

IUS
ECCLESIAE

Direttore

JOAQUÍN LLOBELL

Segretario di redazione

JESÚS MIÑAMBRES

Direttore responsabile

DAVIDE CITO

*

La redazione di «Ius Ecclesiae» è curata dai docenti
della Facoltà di Diritto Canonico
della Pontificia Università della Santa Croce
Via dei Farnesi 82, I 00186 Roma,
tel. +39 06 68164500, fax +39 06 68164600, iusecc@pusc.it

*

Nihil obstat: J. T. Martín de Agar

Imprimatur: Vicariato di Roma

Roma, 1 febbraio 2012

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 29 del 3 luglio 2007.

ISSN 1120-6462

ISSN ELETTRONICO 1972-5671

Rivista associata all'Unione Stampa Periodica Italiana.



*

Le opinioni espresse negli articoli pubblicati in questa rivista rispecchiano unicamente
il pensiero degli autori.

Si invitano gli autori ad attenersi, nel predisporre i materiali da consegnare
alla redazione e alla casa editrice, alle norme specificate nel volume

FABRIZIO SERRA, *Regole editoriali, redazionali & tipografiche*,

Pisa · Roma, Serra, 2009².

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XXIII · N. 3 · 2011

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

Rivista quadrimestrale

*

Amministrazione e abbonamenti

FABRIZIO SERRA EDITORE S.r.l.

Casella postale n. 1, Succursale n. 8, I 56123 Pisa, fse@libraweb.net

Uffici di Pisa: Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,
tel. +39 050 542332, fax +39 050 574888, fse@libraweb.net

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

*

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o Online sono consultabili
presso il sito Internet della casa editrice www.libraweb.net

*Print and/or Online official subscription rates are available
at Publisher's web-site www.libraweb.net.*

I pagamenti possono essere effettuati tramite versamento su c.c.p. n. 17154550
o tramite carta di credito (*American Express, Visa, Eurocard, Mastercard*).

*

Sono rigorosamente vietati la riproduzione, la traduzione, l'adattamento,
anche parziale o per estratti, per qualsiasi uso e con qualsiasi mezzo effettuati,
compresi la copia fotostatica, il microfilm, la memorizzazione elettronica, ecc.,
senza la preventiva autorizzazione scritta della

Fabrizio Serra editore, Pisa · Roma.

Ogni abuso sarà perseguito a norma di legge.

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2012 by *Fabrizio Serra editore, Pisa · Roma.*

*Fabrizio Serra editore incorporates the Imprints Accademia editoriale,
Edizioni dell'Ateneo, Fabrizio Serra editore, Giardini editori e stampatori in Pisa,
Gruppo editoriale internazionale and Istituti editoriali e poligrafici internazionali.*

*

www.libraweb.net

Stampato in Italia · Printed in Italy

SOMMARIO

DOTTRINA

- J. CANOSA, *Giustizia amministrativa ecclesiastica e giurisprudenza* 563
M. DEL POZZO, *Quale futuro per il diritto costituzionale canonico?* 583
F. MARTI, *La legislazione vigente sulla presenza di clero cattolico orientale nei territori dell'occidente* 605
P. A. MORENO, *La conformità delle sentenze nell'istruzione "Dignitas con-nubii"* 627

GIURISPRUDENZA

- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNATURA APOSTOLICA, *Esercizio del ministero sacerdotale* (Ecc.mo Vescovo diocesano – Congregazione per il Clero), Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006 651
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNATURA APOSTOLICA, *Revoca del provvedimento dell'Ecc.mo Vescovo nei confronti del Rev. N.* (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero), Decreto del Prefetto in Congresso, 13 giugno 2008 659
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNATURA APOSTOLICA, *Divieto di esercitare il ministero presbiteriale "coram populo"* (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero), Decreto del Prefetto in Congresso, 30 maggio 2009 (con nota di P. BUSELLI MONDIN, *Il diritto di difesa in ambito disciplinare*) 664

NOTE E COMMENTI

- M. K. ADAM, *Ascrizione a una Chiesa sui iuris e passaggio da una Chiesa sui iuris a un'altra nella normativa vigente* 689
J. I. ALONSO PÉREZ, *La celebrazione del matrimonio canonico di coloro che hanno formalizzato una convivenza non matrimoniale civilmente riconosciuta* 703
Z. GROCHOLEWSKI, *Alcune questioni sul rigetto "in limine" nella "Lex propria" del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* 723
A. M. PUNZI NICOLÒ, *Il problema del male nella riflessione canonistica* 733

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

- N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Il Codice di Diritto Canonico del 1917 quale*

oggetto storico (a proposito del volume di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*) 745

Recensioni

- A. BORRAS (Ed.), *Délibérer en Église. Hommage à monsieur l'abbé Raphaël Collinet, official du diocèse de Liège* (F. Puig) 767
- V. BUONOMO, *Il diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per la governance globale. Introduzione al Codice per le discipline internazionali* (F. Chica Arellano) 768
- A. CATTANEO, *Fondamenti ecclesiologicali del diritto canonico* (M. del Pozzo) 772
- CH. COCHINI, *Origini apostoliche del celibato sacerdotale* (A. Perlasca) 775
- G. DALLA TORRE, P. LILLO, G. M. SALVATI (Eds.), *Educazione e religione* (I. Martínez-Echevarría) 779
- D. LE TOURNEAU, *Droits et devoirs fondamentaux des fidèles et des laïcs dans l'Église* (J.-P. Schouppe) 781
- M. L. RUSSO, *La libertà religiosa nel sistema di protezione dei diritti fondamentali, Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo* (G. Brienza) 783

DOCUMENTI

Atti della Santa Sede

SEGRETERIA DI STATO, Rescritto di approvazione dell'art. 126 bis del "Regolamento Generale della Curia Romana", 7 febbraio 2011 (con nota di E. BAURA, *La procedura per ottenere facoltà speciali dal Romano Pontefice da parte dei Dicasteri della Curia Romana*) 789

Legislazione particolare

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 28-30 marzo 2011; Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 28-30 marzo 2011; Indicazioni concernenti le Determinazioni circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici, degli uditori laici, e dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 27 giugno 2011 (con nota di A. ZAMBON, *Le Determinazioni concernenti la disciplina del rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano nei*

<i>Tribunali ecclesiastici l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore e patrono stabile)</i>	799
--	-----

Giurisprudenza civile

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011, <i>Lautsi contro Italia</i> (con nota di S. MÜCKL, <i>Crocifissi nelle aule? La sentenza definitiva di Strasburgo dopo una controversia lunga</i>)	815
<i>Sommario dell'annata XXIII · 2011</i>	837

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

MIROSLAV KONŠTANC ADAM, Decano della Facoltà di Diritto canonico. Pontificia Università S. Tommaso d'Aquino (Roma).

JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, Ricercatore Diritto ecclesiastico. Università di Bologna.

NICOLÁS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Straordinario di Storia del Diritto canonico (Istituto de Derecho Canónico "San Dámaso"), Madrid.

PAOLA BUSELLI MONDIN, Avvocato della Rota Romana.

JAVIER CANOSA, Straordinario di Diritto amministrativo canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

MASSIMO DEL POZZO, Associato di Diritto processuale canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

ZENON GROCHOLEWSKI, Prefetto della Congregazione per l'Educazione cattolica.

FEDERICO MARTI, Docente di Diritto canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

PEDRO MORENO, Dottore di ricerca in Diritto canonico. Giudice della diocesi Orihuela-Alicante (Spagna)

ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, Emerito di Diritto canonico. Università di Roma III.

Hanno collaborato anche: E. BAURA, G. BRIENZA, F. CHICA ARELLANO, I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, S. MÜCKL, A. PERLASCA, F. PUIG, J.-P. SCHOUPPE, A. ZAMBON.

DOTTRINA

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ECCLESIASTICA E GIURISPRUDENZA

JAVIER CANOSA

SOMMARIO: 1. La tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione ecclesiastica.- 2. Evoluzione delle linee giurisprudenziali.- 3. La tutela giurisdizionale stabilita nella legislazione vigente.- 4. Considerazione conclusiva.

1. LA TUTELA GIURISDIZIONALE NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE ECCLESIASTICA

SE è vero che ogni attività organizzata compiutamente ha bisogno di controlli idonei a salvaguardarne il corretto svolgimento, la funzione amministrativa non costituisce al riguardo un'eccezione. I controlli restano necessari non solo per una ragione di buon andamento ma anche per un motivo di giustizia, poiché il buon governo è certamente responsabilità dell'autorità che governa ed è allo stesso tempo un diritto dei governati.¹

Ogniqualevolta viene commesso uno sbaglio ad opera di chi, in materia di attività amministrativa, è tenuto a decidere, non di rado si produce nel contempo una lesione o nei diritti fondamentali dei governati o in altri diritti non trascurabili. Affinché possano essere tutelate tali situazioni giuridiche soggettive e, quindi, allo scopo di salvaguardare la giustizia, e di garantire che la funzione amministrativa si svolga secondo diritto, una parte dei controlli sulla funzione amministrativa deve essere affidata agli uffici ed organi giudiziari, nonché agli strumenti processuali, tramite i quali viene esercitata la tutela giurisdizionale. Si può dunque affermare che quest'ultima richiede sempre l'esistenza del processo, vale a dire, «un'istituzione giuridico-pubblica il cui fine è dirimere controversie giuridiche tra parti opposte, dinanzi ad un organo superiore, imparziale ed indipendente, appositamente istituito a tal fine».²

¹ Perciò si afferma giustamente che «la responsabilità propria dell'amministrazione ha una configurazione speciale, diversa dalla responsabilità che sorge nei rapporti tra singoli individui» (I. ZUANAZZI, *De damnorum reparatione. La responsabilità dell'amministrazione ecclesiastica a riparare i danni*, in P. A. BONNET, C. GULLO [a cura di], *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, cit., p. 293). Sul diritto al buon governo nel sistema canonico, cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 137 e J. MIRAS, *El derecho al buen gobierno en la Iglesia: una glosa a la doctrina constitucional de Javier Hervada desde el Derecho Administrativo in Estudios de Derecho Canónico en honor del profesor Javier Hervada*, Pamplona 1999, pp. 367-377.

² E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 490.

Il processo, in quanto svolto innanzi ad un'autorità che gode di terzietà, consente la parità formale di parti disuguali, anche in ambiti come l'attività dell'autorità amministrativa.³ Nondimeno il fine ultimo della giustizia amministrativa viene dunque raggiunto quando esiste un sistema che colloca su posizioni formalmente paritetiche – rispetto all'indipendenza dell'organo giurisdizionale – gli interessati in una relazione problematica generata da un atto amministrativo, il che significa le stesse possibilità di argomentazioni, difese, prove e impugnazioni davanti a un tribunale imparziale.⁴

Quando si osserva nell'ordinamento ecclesiale il livello quantitativo delle cause contenziose amministrative esistenti, esso non appare notevolmente elevato, soprattutto se viene confrontato con i sistemi secolari. Un ragionamento troppo conformista tenderebbe a spiegare il fenomeno adducendo che lo spirito cristiano cerca di evitare le contese, ancora di più se una delle parti è costituita in autorità. Se ciò in gran parte è vero, tuttavia un simile argomento non riesce a descrivere l'intera realtà. Per farlo, il sillogismo dovrebbe tener conto, ad esempio, della generalizzata ignoranza della normativa sui ricorsi o della non semplice reperibilità dei mezzi in grado di offrire una accurata tutela giurisdizionale.⁵ Un sistema giuridico amministrativo sviluppato dispone delle risorse, in primo luogo umane, ma anche organizzative e tecniche, in grado di assumere e risolvere idoneamente tutte le richieste legittime di ristabilimento della giustizia in campo amministrativo. Le possibilità attualmente esistenti ed operanti per la giustizia amministrativa ecclesiale contribuiscono in modo meritevole a garantire un livello di tutela giurisdizionale che penso sia superiore a quello esistente trent'anni fa.

³ Comunque, è stato osservato che «di fatto sembra effettivamente difficile pensare che si possa arrivare ad una effettiva parità delle parti, ossia pubblica amministrazione e fedele, finché non si arrivi ad organi giurisdizionali *super partes*» (V. DE PAOLIS, *La giustizia amministrativa: lineamenti generali*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO [ed.], *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*. xxv *Incontro di Studio*. Villa S. Giuseppe – Torino 29 giugno - 3 luglio 1998, Milano 1999, p. 34).

⁴ Benedetto XVI, in una allocuzione alla Rota Romana notava che «l'istituto del processo in generale non è di per sé un mezzo per soddisfare un interesse qualsiasi, bensì uno strumento qualificato per ottemperare al dovere di giustizia di dare a ciascuno il suo. Il processo, proprio nella sua struttura essenziale, è istituto di giustizia e di pace. In effetti, lo scopo del processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale, dopo che è stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e prove entro un adeguato spazio di discussione. Questo scambio di pareri è normalmente necessario, affinché il giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la causa secondo giustizia. Ogni sistema processuale deve tendere, quindi, ad assicurare l'oggettività, la tempestività e l'efficacia delle decisioni dei giudici» (BENEDETTO XVI, *Discorso al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 28 gennaio 2006, AAS 98 [2006], p. 136).

⁵ Cf. G. P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa dei diritti dei fedeli. Il ricorso gerarchico. Il ricorso alla Segnatura Apostolica*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 8 (1995), p. 287.

In questo senso, potrebbe però insinuarsi una sorta di realismo minimalista, che dinanzi ad una situazione complessa si accontenta di fare quello che benevolmente si è capaci senza tuttavia porre in essere considerevoli elementi migliorativi.⁶ Invece, se le lesioni alla giustizia causate da atti amministrativi vengono riparate in modo sempre più efficace ne beneficia l'intera comunità ecclesiale.

La tutela giurisdizionale risulta necessaria per tutte le controversie, anche per quelle che si risolvono in altri modi. Era questa una delle indicazioni del settimo principio della riforma del *Codex Iuris Canonici precedente*, che mantiene tuttora la sua attualità.⁷

Più di quarant'anni di esperienza del contenzioso amministrativo hanno dimostrato che essa – la tutela giurisdizionale – giova soprattutto alla vita ecclesiale corrente perché stimola il buon governo, l'accuratezza, la responsabilità e la correttezza nello svolgimento della funzione amministrativa ecclesiale, il rispetto per le persone, per la loro dignità e, in modo particolare, per il riconoscimento dei diritti dei fedeli.

Risulta chiaro tuttavia che la Segnatura Apostolica, essendo un'istanza propriamente giurisdizionale, non procede nello stesso modo in cui interverrebbe il superiore gerarchico in un ricorso amministrativo. Il tribunale giudica esclusivamente riguardo alla violazione della legge, indicata dal ricorrente affinché il ricorso sia ammesso. Occorre domandarsi quale tipo di decisioni possa aspettarsi il ricorrente dal tribunale amministrativo.

In dottrina è possibile distinguere tra i sistemi che prevedono ricorsi di mera legittimità, nei quali il tribunale si limita ad annullare l'atto amministrativo se riscontra un'illegalità, e sistemi che offrono ricorsi di piena giurisdizione, nei quali il tribunale può giudicare nel merito la fattispecie oggetto della causa. Nel primo caso si cerca innanzitutto di tutelare l'ordinamento legale vigente, nel secondo viceversa si bada soprattutto a ripristinare le situazioni giuridiche soggettive che siano state pregiudicate da un atto amministrativo contrario alla legge. Mentre i primi sono conosciuti come sistemi oggettivi, i secondi vengono denominati sistemi soggettivi.

⁶ In questo difetto di prospettiva potrebbero includersi alcuni postulati della corrente giurisfilosofica del c. d. *realismo scandinavo* (affermati da Olivecrona, ad esempio), secondo cui «el Derecho funciona perfectamente gracias a que la inmensa mayoría de los ciudadanos no saben cómo funciona. Si la mayoría de los ciudadanos fueran ilustrados como para saber, como sabe Olivecrona o cualquiera de sus colegas, cómo funciona el Derecho, dejarían de obedecerlo inmediatamente» (A. OLLERO, *Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial*, in «Anuario de Derecho de la Universidad Austral» 4 [1998], pp. 102–103).

⁷ Su tali principi di riforma del *Codex* del 1917, cf., ad esempio, G. DALLA TORRE, *I principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, in «Anuario de Historia de la Iglesia», 10 (2001), pp. 199–206 e J. CANOSA (a cura di), *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico*, Milano 2000.

Non pare che, secondo il diritto canonico vigente, il ricorso contenzioso amministrativo canonico possa essere classificato come un ricorso di mera legittimità.⁸ Sembra invece che si tratti di un ricorso di piena giurisdizione, il quale, se, da una parte, vede limitati sia i motivi per ricorrere sia la posizione del tribunale – dato che può solo giudicare sulla legittimità dell'atto amministrativo senza poter prendere provvedimenti amministrativi di governo⁹ –, dall'altra, dovrà riscontrare violazione di legge qualora, dall'inosservanza di una norma relativa al procedimento o alla decisione, derivi un onere non conforme alla legge, pur nel rispetto formale delle norme di procedura.

Arrivare a tale traguardo non è stato semplice e nel percorso realizzato non sono mancati dei tentennamenti. Invero, i passaggi che hanno segnato il progresso verso un sistema contenzioso amministrativo canonico di tutela giurisdizionale conforme all'intento stabilito nei principi direttivi sesto e settimo, vale a dire un ricorso di piena giurisdizione, sono stati parecchi e talvolta complessi.¹⁰ Fra di essi, la Cost. ap. *Pastor bonus* ha rappresentato un passo di enorme rilievo poiché il § 2 del suo art. 123 stabilisce che la Segnatura Apostolica, «oltre al giudizio di illegittimità, esso può anche giudicare, qualora il ricorrente lo chieda, circa la riparazione dei danni arrecati con l'atto illegittimo».¹¹ Da questo inciso scaturisce che la decisione della Segnatura Apostolica non deve limitarsi alla mera verifica della legalità formale, ma può essere più ampia, sì da consentire il giudizio circa la responsabilità

⁸ Cf. S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la «Lex propria»*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano 2010, pp. 122-123.

⁹ Come invece potrebbe fare nel decidere un ricorso gerarchico il competente superiore gerarchico *ex can.* 1739 CIC. Relativamente alla esperienza giuridica amministrativa dei sistemi statali, e mi sembra che si possa sostenere anche per il diritto della Chiesa, è stato affermato che «el recurso contencioso-administrativo adopta por ello con normalidad la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos ya dictados y normalmente en trance de ejecución. Pero supone también algo más, y es que la censura del juez administrativo a la actuación administrativa deberá limitarse a términos estrictamente jurídicos» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Jurisdicción contencioso-administrativa* in *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid 1995, p. 3873).

¹⁰ Determinanti sono stati gli studi e le argomentazioni proposte dalla dottrina in favore dell'ampliamento della tutela fino ad arrivare alla piena giurisdizione. Cf. P. VALDRINI, *Injustices et protection des droits dans l'Église*, Strasbourg 1985³, pp. 90-96.

¹¹ Il progresso è stato commentato favorevolmente dalla dottrina. Alcuni cambiamenti legislativi hanno determinato progressi nel diritto amministrativo canonico. Cf., sulle innovazioni introdotte in questo ambito dalla Cost. ap. *Pastor bonus*, il 28 giugno 1988 (AAS 80 [1988], pp. 841-930), J. MIRAS, *El contencioso-administrativo canónico en la Constitución Apostólica «Pastor Bonus»*, in «Ius Canonicum» 30 (1990), pp. 409-422; J. LLOBELL, *Il «petitum» e la «causa petendi» nel ricorso contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della Cost. Ap. «Pastor bonus»*, in «Ius Ecclesiae» 3 (1991), pp. 119-150, e P. HAYWARD, *Changes in ecclesiastical administrative justice brought about by the new competence of the «Sectio altera» of the Apostolic Signatura to award damages*, in «Ius Ecclesiae» 5 (1993), pp. 643-673.

dell'amministrazione ecclesiastica. Per valutare l'illegittimità della lesione, in grado di dare origine al risarcimento dei danni, la Segnatura non può prescindere dal giudicare i diritti e le altre situazioni giuridiche in gioco e, sia pure implicitamente, dal riconoscerle. Con tale operazione il giudice, nell'esercizio della tutela giurisdizionale, rimane nella propria sfera di azione perché non sta valutando motivi di opportunità, bensì ragioni di stretta legittimità.

Risulta doveroso riconoscere che, in buona misura, l'artefice del cambiamento operato è stato il Tribunale della Segnatura Apostolica tramite la sua giurisprudenza e sussistono elementi per ritenere che continuerà ad introdurre ulteriori miglioramenti nell'ambito della tutela giurisdizionale per renderla, appunto, più effettiva.

2. EVOLUZIONE DELLE LINEE GIURISPRUDENZIALI

Intendo ora presentare alcune delle progressive aperture della giurisprudenza amministrativa, una sorta di *grands arrêts*, che, insieme ai cambiamenti legislativi, hanno contribuito a promuovere il vigente sistema canonico di tutela giurisdizionale. In premessa è d'obbligo avvertire che si tratterà di un elenco soltanto illustrativo, senza alcuna aspirazione di completezza, poiché, come è noto, attualmente la maggior parte delle sentenze derivanti dalle cause contenziose amministrative non risulta accessibile.¹²

Il metodo che mi accingo a seguire è semplice: contestualizzare storicamente, per tratti essenziali, il provvedimento giurisdizionale della Segnatura Apostolica in esame e focalizzare gli elementi che lo rendono più rilevante.

Fra le decisioni sulle quali sono accessibili sufficienti informazioni pubblicate ho scelto unicamente alcune sentenze affermative, e ciò non perché non si possano estrarre valide indicazioni dai decreti del Congresso della Segnatura, dai decreti definitivi del Collegio dei Giudici o dalle sentenze negative, ma perché, tenuto conto dello spazio disponibile, ritengo che le sentenze affermative possiedono una maggiore capacità di trasmettere il concetto della tutela giurisdizionale.

Mi riferisco, in primo luogo, alla sentenza definitiva del 24 novembre 1973, prot. n. 2973/72 C. A. *suspensionis a divinis, privationis vocis activae et passivae, relegationis, coram* Staffa.¹³ Si tratta di una delle prime sentenze in assoluto

¹² Fortunatamente per la scienza canonica, i canonisti che hanno prestato servizio o lavorano attualmente nella Segnatura Apostolica hanno potuto attingere a quel prezioso materiale e grazie alla loro produzione scientifica è possibile conoscere molti particolari contenuti in quelle decisioni.

¹³ In «Apollinaris» 47 (1974), pp. 368-376. La decisione è stata pubblicata in altre riviste e raccolte di documenti (cf. J. CANOSA, *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico* in «Ius Ecclesiae» 17, (2005), p. 398, nt.

pronunziate dalla *Sectio altera*. Essa ha ribaltato la decisione della S. Congregazione per i Religiosi, che aveva confermato un provvedimento amministrativo penale assai grave nei confronti di un religioso. La sentenza appare degna di particolare attenzione per diverse ragioni.¹⁴ Da una parte, nel dare la giusta importanza al diritto di difesa, che si fonda nel diritto divino naturale,¹⁵ ha esteso il concetto di legge violata, che non è riducibile alla mera legge formale ma che ovviamente include disposizioni appartenenti allo *ius divinum* – nel caso, diritto naturale –, benché non sia stato formalizzato in un canone del Codice di diritto canonico o in un'altra legge ecclesiastica.¹⁶

In quanto ha applicato alla tutela giurisdizionale il diritto divino naturale, per alcuni versi la decisione ha attribuito la nota della indispensabilità alla garanzia del diritto di difesa, per cui l'ommissione della sua tutela non è sanabile.¹⁷

Considerando l'evoluzione ulteriore della giurisprudenza emerge come caratteristica apprezzabile la modulazione dello *ius defensionis*¹⁸ realizzata

37). In alcuni commenti la sentenza viene indicata con prot. n. 29723/72, ad esempio in G. LOBINA, *La difesa dei diritti fondamentali nelle procedure amministrative riguardanti la rimozione dei parroci e la dimissione dei religiosi*, in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, in E. CORECCO, N. HERZOG, A. SCOLA (a cura), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Église et dans la société. Actes du I^{er} Congrès International de Droit Canonique, Fribourg (Suisse)*, (6-11.X.1980), Fribourg-Freiburg i. Br.-Milano, 1981, pp. 334-335.

¹⁴ Infatti, a distanza di più di trenta anni è stato riconosciuto che «in campo strettamente penale rimane sempre molto interessante la sent. def. *coram* Staffa del 24 novembre 1973» (F. DANEELS, *L'imposizione amministrativa delle pene e il controllo giudiziario sulla loro legittimità* in D. CITO [a cura di], *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 2005, p. 290).

¹⁵ Il Collegio, composto dai cardinali Staffa (Prefetto e ponente), Traglia, Marella, Vagnozzi, Samoré, Bertoli, Violaro e Mozzoni, si pronunciò affermando «nostrum autem S. Tribunal firmiter et inhaesitanter tenet ius sese defendendi reo competere ex ipso iure naturae» (n. 7). Cf. in dottrina, commenti su questo contributo della sentenza in M. CARDINALE, *Il diritto alla difesa nel sistema di giustizia amministrativa canonica*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 39 (1983), p. 111 e J. CANOSA, *Il Diritto divino nella giurisprudenza della seconda sezione del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* in J. I. ARRIETA (a cura di), *Ius divinum*, Venezia 2010, pp. 606-608.

¹⁶ B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli 2007, rileva come la sentenza interpreta in modo ampio in concetto di legge (p. 163) e come valuta il modo di operare dell'autorità esecutiva alla luce dell'equità (p. 188, nt. 74).

¹⁷ N. 10: «Adnotandum est S. C. pro Religiosis habuisse hunc defectum tamquam violationem legis, quae sanari non potest». Inoltre, commentando questa sentenza, è stato osservato che la sentenza dichiara non ammissibile nell'ordine ecclesiale l'inosservanza dell'equità (B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., p. 164, nt. 23). Cf. anche J. CANOSA, *Il Diritto divino nella giurisprudenza della seconda sezione del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, cit., p. 607.

¹⁸ N. 12: «Patet ergo legis violationem, id est errorem iuris in procedendo, patratam esse hoc in caso, quia R.P. Augustinus nec auditus est nec potuit se defendere, antequam ei poenae canonicae infligerentur». M. CARDINALE, *Il diritto alla difesa nel sistema di giustizia*

dalla sentenza nonché l'esigenza posta all'organo amministrativo da parte del tribunale che l'intervento del dicastero entri nel merito del problema, accerti gli estremi della fattispecie, senza limitarsi a presumerli.¹⁹

Ancora prima della promulgazione del CIC del 1983 c'è stato un periodo in cui si può rilevare, riguardo soprattutto l'impugnazione del provvedimento di dimissione di membri di istituti religiosi, una più decisa intenzionalità della giurisprudenza d'influire direttamente sulla prassi amministrativa delle autorità e dei soggetti coinvolti. Un dato significativo è costituito dal maggior numero di sentenze rese pubbliche. Concretamente, durante un periodo determinato (seppur breve, dal 1978 al 1981), stando ai dati forniti dall'allora Promotore di Giustizia,²⁰ tutte le sentenze della Segnatura Apostolica riguardanti la separazione di un religioso o di una religiosa dal loro istituto, quando erano favorevoli al religioso o alla religiosa, sono state pubblicate.²¹ Risulta significativa, a mio avviso, la sentenza definitiva del 31 maggio 1980, prot. n. 10460/78 C. A., *dimissionis, coram Felici*,²² quale traguardo giurisprudenziale nell'evoluzione dalla tutela di legittimità cosiddetta «oggettiva» verso la piena tutela giurisdizionale «sogettiva». La sentenza

amministrativa canonica, in «Ephemerides Iuris Canonici» 39 (1983), considera che dalla sentenza si deduce che «lo *ius defensionis* viene alla ribalta solo se a carico del titolare è iniziato un procedimento penale o semplicemente disciplinare» (p. 106), aggiungendo che «il valore dei criteri giurisprudenziali» relativi al diritto di difesa «hanno contribuito invece, in modo determinante, alla formulazione di un istituto che spesso si dà tanto per scontato da dimenticare di fissarne i tratti» (p. 110).

¹⁹ N. 13: «Habetur ergo error iuris in decernendo gravissimas poenas in P. Augustinum, quia deest debita probatio responsabilitatis ipsius. Consequenter in errorem iuris in decernendo incidit quoque S.C. pro Religiosis, utpote quae Superiorum Religiosorum decisionem confirmavit, hac solum de causa, quia "si deve logicamente supporre che – attraverso prove non sospette né scarse di positiva attendibilità – il Definitorio Generale abbia raggiunto la certezza e tuttora sia certo circa la colpevolezza dei reati di cui Ella (P. Agostino) è stato incriminato"; etenim «facta non praesumuntur, sed rite probanda sint». (cf. cann. 1747-1748 CIC 1917). Da qui che «la sentenza in questione rilevi, inoltre, l'insufficienza della prova dedotta dalle perizie calligrafiche che, pur essendo redatte da due diversi periti senza l'appoggio di altre prove non costituiscono la *plena probatio*» (G. LOBINA, *La difesa dei diritti fondamentali nelle procedure amministrative riguardanti la rimozione dei parroci e la dimissione dei religiosi*, cit., p. 335).

²⁰ Cf. F. D'OSTILIO, *Gli istituti della vita consacrata nelle decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in «Claretianum» 27 (1987), pp. 312-313.

²¹ La pubblicazione è avvenuta sia in «Commentarium pro Religiosis» che nella raccolta di documenti della Curia romana realizzata da X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici editae*, vol. VI, Romae 1987: cf. J. CANOSA, *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico* in «Ius Ecclesiae» 17, (2005), p. 397, nt 34 e 35.

²² SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEG NATURA APOSTOLICA, sentenza definitiva, 31 maggio 1980, *dimissionis*, in «Commentarium pro Religiosis» 62 (1981), pp. 367-374 e in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici editae*, vol. VI, Romae 1987, coll. 7967-7973;

infatti si addentra nel merito (diverso dalla discrezionalità, che sarebbe insindacabile) senza limitarsi a rimanere nella mera dichiarazione riguardante la violazione della legge da parte dell'atto amministrativo contestato,²³ dando inoltre spazio rilevante alla carità con la formula del principio «aegrotans non dimittitur sed curatur (...): id exigit iustitia, si soror N. plures annos in commodum Instituti laboravit: id exigit maxime caritas».²⁴

Nel periodo successivo alla promulgazione del nuovo CIC, una delle prime decisioni della seconda sezione della Segnatura Apostolica è stata la sentenza definitiva del 27 ottobre 1984, prot. n. 10997/76 C. A., *dimissionis a munere docendi, coram Ratzinger*,²⁵ che indubbiamente ha segnato un notevole sviluppo della tutela giurisdizionale. Bisogna ricordare, comunque, che in questo caso, il Pontefice, attraverso la Segreteria di Stato, concesse al menzionato tribunale apostolico la potestà per giudicare non solo sulla violazione della legge, ma anche nel merito.²⁶

Per quanto concerne gli aspetti del procedimento amministrativo, sul diritto di difesa, la sentenza *coram Ratzinger* ha ulteriormente definito la portata di questo diritto nella procedura amministrativa, ribadendo che lo *ius defensionis* deve essere sempre tutelato, in ogni fase e tipo di giudizio, compreso quello amministrativo.²⁷

Riguardo la questione se il decreto di dimissione dall'ufficio di professore fosse stato giusto o meno, la sentenza affermava che, dopo aver considerato la tradizione accademica, si riscontrava nel provvedimento giudicato

²³ Cf. B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., p. 173. L'autrice indica la sentenza adesso commentata datandola però il 28 giugno perché sia in «Commentarium» che nell'articolo di G. Lobina citato nelle nt 13 e 19 le viene assegnata la data di notificazione, successiva alla data di emissione.

²⁴ «Non mancano nella giurisprudenza amministrativa decisioni che, guardando al criterio della *caritas*, realizzano tale sindacato di merito. Così la scelta di dimettere una religiosa ammalata è stata considerata *contraria* alla carità, poiché secondo il giudice amministrativo ciò che la carità imponeva, in quella situazione, era la cura della religiosa e non la sua dimissione» (B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., p. 258). Cf. anche F. D'OSTILIO, *Gli istituti della vita consacrata nelle decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, cit., p. 315 e G. LOBINA, *La difesa dei diritti fondamentali nelle procedure amministrative riguardanti la rimozione dei parroci e la dimissione dei religiosi*, cit., p. 342.

²⁵ Apparsa in «Il Diritto ecclesiastico» 96 (1985), II, pp. 260-270, accompagnata da un decreto del 1° giugno 1985, riguardante l'esecuzione della decisione, in *ibidem*, p. 261 in calce.

²⁶ «*Ex instantia eiusdem Rev.mi recurrentis SS.mo porrecta, Em.mus Cardinalis Secretarius Status litteris diei 13 maii 1981, significavit Em.mo Cardinali Praefecto Supremi Tribunali: "il caso giuridico, al presente sottoposto all'esame di codesto Tribunale circa la illegittimità dell'atto impugnato sia anche giudicato 'de merito' per sovrana disposizione di grazia"*» (sentenza definitiva, 27 ottobre 1984, cit., n. 11). Curiosamente, il ricorrente ottenne dal Romano Pontefice che il ricorso fosse trattato «anche in merito» il 13 maggio 1981, giorno in cui il Papa subì l'attentato in Piazza San Pietro, in Vaticano.

²⁷ Cf. J. CANOSA, *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico* in «*Ius Ecclesiae*» 17, (2005), p. 407.

un eccesso intaccante l'equa proporzionalità che proprio rendeva ingiusto il provvedimento di rimozione.²⁸ Su richiesta del ricorrente, la sentenza si è pronunciata inoltre sul diritto al risarcimento, riconoscendolo giurisprudenzialmente quattro anni prima della emanazione della Cost. ap. *Pastor bonus*.²⁹

Il successivo decreto del Collegio stabilì che «*restituendum esse in munere docendi apud Pontificiam Universitatem N., nisi alia aequa solutio concorder inter partes inveniatur*»,³⁰ attuandosi anche in tale fase il *favor conciliationis*.

La sentenza definitiva del 20 gennaio 1986, prot. n. 17156/85 C. A., *dimissionis, coram Sabattani*³¹ accolse il ricorso presentato da una religiosa che era stata dimessa dall'istituto mediante *dimissio extraordinaria* confermata dalla S. C. *pro Religiosis et Institutis Saecularibus*. La decisione del tribunale constatò, fra altre illegalità, la violazione della legge dovuta alla mancanza della certezza morale con la quale era stato deciso il provvedimento di dimissione. Poiché la certezza morale non si riduce ad una mera convinzione soggettiva ma deve derivare *ex actis et probatis*, l'esigenza, sia della prova che

²⁸ «Utrum nempe decretum dimissionis Reverendi Professoris a munere docendi iustum vel iniustum sit, vera specie facti diligenter determinata et traditionibus academicis consideratis dicere debemus hoc aequam proportionalitatem iustitiae excessisse et deinde iustum non esse. Responso ergo est negative ad primam, affirmative ad secundam partem dubii» «Il diritto ecclesiastico» 96 (1985), II, p. 270. Cf. E. BAURA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006, p. 54. Per un commento di questa sentenza in senso simile: cf. J. LLOBELL, *Il «petitum» e la «causa petendi» nel ricorso contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della Cost. Ap. «Pastor bonus»*, cit., pp. 146-148. Sull'applicazione del criterio dell'*aequa proportionalitas* da parte della sentenza *coram Ratzinger*, cf. B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 184-185.

²⁹ Cf. G. P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, pp. 193-194, dove l'autore osserva «sul piano decisionale la riparazione dei danni di un atto amministrativo illegittimo permette di attingere direttamente la questione di fondo che ha dato origine alla *contentio*, rivelando così un'impostazione soggettiva più che oggettiva della Giustizia Amministrativa. Ciò dipenderà naturalmente dal coraggio e dalla tendenza della giurisprudenza nell'interpretare la competenza per danni».

³⁰ SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, decreto, 1° giugno 1985, in «Il diritto ecclesiastico» 96 (1995), II, p. 261 in nota.

³¹ Pubblicata in «Monitor Ecclesiasticus» 111 (1986), pp. 141-151. Cf. anche F. D'OSTILIO, *Gli istituti della vita consacrata nelle decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in «Claretianum» 27 (1987), p. 315. Per quella causa il Collegio fu composto dai cardinali A. Sabattani, Prefetto e Ponente, P. Palazzini, J. Ratzinger, O. Rossi, M. A. Ciappi, E. Civardi, R. J. Castillo Lara e A. M. Stickler. Ritengo che l'esordio della sentenza sia indicativo della tensione verso la giustizia sostanziale: «Causa, quae nos intentos tenet, acuta indiget consideratione, ne, sub specie mali puniendi et in reos debite interveniendi, obiectiva iniustitia irrogetur».

della formalizzazione degli atti processuali, è reclamata dal principio della verità materiale. In conseguenza di ciò, il testo della sentenza rende più avvertita la necessità che i dati di cui dispone l'autorità per decidere siano sufficientemente sicuri.³² All'interno degli atti istruttori sono previste diverse attività di verifica, le quali presentano una speciale importanza nella procedura, soprattutto alcune di esse, particolarmente qualificate, come la raccolta delle prove e le dichiarazioni delle parti interessate. Si tratta di operazioni strettamente correlate al principio di verità materiale, soprattutto quando da una decisione amministrativa possono derivare effetti gravemente pregiudizievoli per determinati soggetti, come avviene in un provvedimento di dimissione.

Ancora a proposito degli aspetti di procedura, la sentenza del 20 gennaio 1986, ha ribadito l'obbligo di esprimere nel decreto di dimissione di una religiosa i motivi dello stesso (can. 51 CIC) e ha pure rammentato di indicare nel medesimo decreto (can. 700 CIC) il diritto di ricorrere entro un termine perentorio. Ritengo che la sentenza dimostri lo stretto rapporto intercorrente fra l'adempimento dei requisiti formali e l'efficacia delle tutele giuridiche.³³

Una decisione che certamente ha segnato un mutamento d'indirizzo nella giurisprudenza della Segnatura Apostolica è stata la sentenza affermativa del 20 giugno 1992, prot. n. 22036/90 C. A., *suppressionis parociae, coram Fagiolo*,³⁴ perché, fra l'altro, a partire da essa la Segnatura ha cominciato

³² Cf. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, Roma 2009², p. 188; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., p. 203.

³³ Ho cercato di illustrare questo principio del procedimento amministrativo canonico in *Il principio di formalità adeguata nel procedimento di formazione degli atti amministrativi nel Diritto canonico*, in (a cura di J. KOWAL e J. LLOBELL), «*Iustitia et Iudicium*». *Studi di Diritto matrimoniale e Processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. IV, Città del Vaticano 2010, pp. 2259-2277.

³⁴ Sebbene non sia stata pubblicata, gran parte del suo contenuto può trovarsi in I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fideles" per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, pp. 429-442. Ulteriori informazioni sulla sentenza si ricavano anche da «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale» 1992, p. 1117, (dove, fra l'altro, s'informa che il promotore di giustizia deputato per la causa è stato Mons. R. L. Burke, attuale Cardinale Prefetto della Segnatura Apostolica, al tempo difensore del vincolo dello stesso Supremo Tribunale e che il collegio giudicante era formato dal Card. Gantin, Mons. Herranz, Mons. Giannini, Mons. Eid, Mons. Fagiolo) e in A. GULLO, *La normativa della "Sectio altera" del Supremo tribunale della Segnatura apostolica*, Roma 2000, pp. 57 e 73, dove, fra l'altro viene indicato che la concordanza del dubbio avvenne il 6 novembre 1991. Di contenuto molto simile è la sentenza del SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, sentenza, 16 gennaio 1993, prot. n. 21883/90 C. A., *suppressionis parociae, coram Fagiolo*, in «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale», 1993, pp. 1269-1270. Come riferisce I. Zuanazzi, nel lavoro citato, i decreti di ammissione alla discussione per entrambe le cause erano stati emanati nel Congresso tenutosi il 10 ottobre 1991 davanti al Segretario, «vi facultatum specialium a Summo Pontifice conces-

ad ammettere alcuni ricorsi presentati da fedeli laici membri delle comunità parrocchiali, che si ritenevano gravati dai decreti di soppressione della propria parrocchia.³⁵ La novità risiedeva nel riconoscere il diritto dei fedeli al buon governo ecclesiale come fondamento sufficiente per impugnare un atto amministrativo,³⁶ quando proprio cinque anni prima, il 20 giugno 1987, un'interpretazione autentica della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del Codice di Diritto Canonico aveva stabilito che un gruppo di fedeli non costituito in persona giuridica, e privo della *recognitio* di cui al can. 299 § 3, non gode in quanto tale della legittimazione attiva per proporre ricorso gerarchico contro un decreto del proprio Vescovo diocesano,

sarum». La questione preliminare sulla legittimazione attiva dei fedeli in ambedue i ricorsi venne risolta positivamente dal Congresso, sulla base del voto favorevole del promotore di giustizia deputato. Altre notizie sulla causa possono ottenersi in F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, in «Ius Ecclesiae» 10 (1998), pp. 114, 120, 121, 142 nonché in G. P. MONTINI, *Una ricognizione a partire dai ricorsi in materia di parrocchie e di edifici sacri*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (ed.), *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali. xxv Incontro di Studio. Villa S. Giuseppe - Torino 29 giugno - 3 luglio 1998*, cit., pp. 89, 108-111. Cf. anche l'interessante articolo dell'attuale Vescovo di Springfield in Illinois, e al momento della sentenza e dell'articolo, cancelliere della Arcidiocesi interessata, T. PAPROCKI, *Parish Closings and Administrative Recourse to the Apostolic See: Recent Experiences of the Archdiocese of Chicago*, in «The Jurist» 55 (1995), pp. 875-896.

³⁵ Cf. G. P. MONTINI, *I ricorsi amministrativi presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Una ricognizione a partire dai ricorsi in materia di parrocchie e di edifici sacri*, cit., p. 108, traduce un brano della sentenza: «l'erezione e la soppressione di parrocchie deve avvenire in modo ordinato e prudente; si devono soprattutto osservare le norme giuridiche, poiché il diritto è costituito per la tutela dei diritti e del bene dei fedeli».

³⁶ «Per quanto attiene in particolare al problema dell'ammissibilità del ricorso, si sottolinea come le sentenze da ultimo annotate abbiano cambiato, rispetto alla precedente giurisprudenza, la prospettiva di valutazione delle posizioni soggettive poste a fondamento dell'azione dei parrocchiani. La legittimazione attiva, infatti, non viene più definita in rapporto ai diritti e doveri della vita religiosa o di culto che appartengono in generale a tutti i fedeli, ma viene impostata in base alla condizione specifica di membro di una comunità cristiana e per tale qualità possessore di un titolo particolare per far valere il rispetto delle norme che garantiscono la conservazione e l'esercizio delle situazioni giuridiche comprese in questo status» (I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fideles" per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, p. 431). Questo cambiamento giurisprudenziale è stato commentato dalla dottrina, ad esempio, da parte di G. TOGNONI, *La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 8 (1995), p. 329 e C. J. ERRÁZURIZ, *La persona nell'ordinamento canonico: il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa*, in J. I. ARRIETA, G. P. MILANO (a cura di), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999, p. 759. Cf. C. VENTRELLA, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto amministrativo italiano e nell'ordinamento canonico*, in AA. VV., *Diritto canonico e comparazione*, Torino 1992, pp. 183-196, scritto immediatamente prima che il contenuto di tali sentenze fosse conosciuto. Sull'argomento in genere, una sintesi più recente si trova in N. SCHÖCH, *Religation of Churches to profane use (c. 1222, § 2): reasons and procedure*, in «The Jurist» 67 (2007), pp. 485-502.

mentre la possiedono invece i singoli fedeli, sia che agiscano singolarmente che congiuntamente.³⁷

La risposta della Pontificia Commissione ebbe una prima applicazione nel decreto del Collegio dei Giudici della Segnatura Apostolica del 21 novembre 1987³⁸ in cui venne stabilito che il «comitato per salvare la chiesa [della quale si trattava]» non aveva la capacità processuale.³⁹ Quindi, la Segnatura, in quella decisione, non ammise un gruppo di fedeli *come tale* ad impugnare la soppressione di una parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano. Tuttavia, la sentenza del 20 giugno 1992, avvalendosi della seconda parte della stessa risposta della P. C. per l'Interpretazione Autentica del Codice di Diritto Canonico, ha accettato che i singoli parrocchiani potessero, anche *coniunctim agentes*, ricorrere contro tali provvedimenti.

La sentenza presenta un altro elemento che la rende interessante, vale a dire il mettere in evidenza che una decisione della Segnatura regolarmente eseguita non necessariamente soddisfa le aspettative dei ricorrenti.⁴⁰ Nondimeno, l'esecuzione delle sentenze di contenzioso amministrativo, specie di quelle affermative, può diventare un nodo problematico⁴¹ o, quanto meno, può condurre ad un esito poco appagante per le attese del ricorrente.⁴²

³⁷ In AAS 80 (1988), p. 1818. I commenti della dottrina canonistica hanno riscontrato elementi suscettibili di maggiore precisione. Cf., per tutti, E. BAURA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, cit., pp. 9-14.

³⁸ Pubblicato in «Communicationes» 20 (1988), pp. 88-94 (Prot. n. 17447/85 C. A.).

³⁹ Cf. F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, cit., pp. 136-141.

⁴⁰ Come ricorda F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, cit., a pp. 146-147, «il Collegio dichiarò l'illegittimità in procedendo della soppressione della parrocchia (ed anche della riduzione della sua chiesa ad uso profano) proprio per una certa difettosa consultazione del consiglio presbiterale (...) Dopo la decisione del Collegio dei Giudici della Segnatura il Vescovo ha prima decretato il ripristino delle parrocchie e la riapertura delle chiese e poi qualche giorno dopo, osservando stavolta la retta procedura, aveva di nuovo deciso la soppressione delle parrocchie e la chiusura delle chiese».

⁴¹ «Alcuni problemi, però, accantonati all'inizio, emersero in tutta la loro forza in seguito. Tra essi, il principale deve essere ritenuto quello concernente l'esecuzione delle pronunce giudiziali della Segnatura Apostolica nel contenzioso amministrativo» (G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle pronunce giudiziali della segnatura apostolica nel contenzioso amministrativo*, in E. BAURA, J. CANOSA [a cura di], *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, cit., p. 385).

⁴² Soprattutto se la sentenza ha riconosciuto solo la *violatio legis in procedendo*, come è stato il caso nella causa adesso commentata, in cui l'Arcivescovo autore dell'atto impugnato, appresa la sentenza che dichiarava l'illegittimità nella procedura, ha ripetuto l'atto seguendo correttamente tutte le fasi. Questo secondo atto amministrativo, corretto dal punto di vista procedurale, è stato nuovamente impugnato, però è stato dichiarato legittimo dalla Segnatura tramite il decreto del Collegio del 12 novembre 1994, prot. n. 22036/90 C. A., del quale c'è un riferimento in «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale», 1994, pp.

Degna di attenta considerazione è pure la sentenza affermativa emessa il 31 ottobre 1992, prot. n. 22571/91 C. A., *coram* Mercieca.⁴³ In essa fu rilevata la *legis violatio* (sia nel procedere che nel deliberare) compiuta da un decreto della Congregazione per il Clero confermando il provvedimento del Vescovo che, a sua volta, aveva vietato ad un sacerdote della propria diocesi l'esercizio pubblico del ministero. La decisione della Segnatura fu immediatamente impugnata dal Vescovo mediante la richiesta di *restitutio in integrum* a causa delle mancanze, concernenti gli elementi di fatto sui quali si fondava la sentenza giudiziale, che chiaramente, per il Presule, significavano ingiustizia. Attraverso il suo avvocato, il Vescovo presentò nuovi documenti a sostegno della propria tesi. La causa fu accettata⁴⁴ e il nuovo Collegio giudicante,⁴⁵ dopo l'accurato esame dei fatti riguardanti il caso, concesse la *restitutio in integrum*.⁴⁶ Fra le importanti osservazioni svolte nella seconda sentenza emergeva l'inapplicabilità alla fattispecie dei principi e delle norme di diritto penale benché il provvedimento amministrativo fosse restrittivo,⁴⁷ perché non si trattava di un caso penale; infatti, il Vescovo, che aveva dichiarato esplicitamente che il divieto di esercitare gli ordini sacri non fu imposto al sacerdote come pena ma soltanto come atto amministrativo in conseguenza dello stato psicologico del sacerdote, aveva proceduto a giudicare il chierico *inhabilis*

1207-1208. In quell'occasione il Collegio era composto dal Card. Gantin e da Mons. Herranz, Mons. Giannini, Mons. Eid, Mons. Fagiolo (che è stato il ponente).

⁴³ «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale» 1992, p. 1117 riferisce che i membri del Collegio furono i Cardinali Lourdasamy e Gagnon e i Vescovi Fagiolo, Mercieca, Herranz Casado e Eid. Ponente fu Mons. Mercieca; Promotore di Giustizia deputato: p. V. De Paolis, C. S.; patrono del ricorrente: avv. F. Torre; Patrono della Pubblica Amministrazione: avv. C. Gullo. Cf. A. MENDONÇA, *Justice and Equity in Decisions Involving Priests*, in «Philippine Canonical Forum» 3 (2001), pp. 51-86.

⁴⁴ Il dubbio concordato fu il seguente: «An detur restitutio in integrum adversus sententiam huius Supremi Tribunalis diei 31 octobris 1992 in casu, et quatenus affirmative, an constet de violatione legis sive in procedendo sive in decernendo quoad actum Congregationis pro Clericis diei 15 februarii 1991, confirmantem Decretum Exc.mi Episcopi Pittsburgensis» («L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale» 1995, p. 849).

⁴⁵ I membri del Collegio furono i Cardinali Gantin, Lourdasamy, Gagnon, Javierre Ortas e Fagiolo e i Vescovi Herranz Casado, Eid e Davino (ponente).

⁴⁶ *Coram* Davino, 24 giugno 1995, prot. n. 22571/91 («L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale» 1995, p. 849). In dottrina, cf. J. LLOBELL, *Note sull'impugnabilità delle decisioni della Segnatura Apostolica*, in «Ius Ecclesiae», 5 (1993), pp. 675-698 e G.P. MONTINI, *De querela nullitatis deque restitutione in integrum adversus sententias Sectionis Alterius Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis*, in «Periodica de re canonica», 82 (1993), pp. 669-697.

⁴⁷ Precedentemente il decreto definitivo del Collegio dei Giudici della Segnatura del 20 aprile 1991, *suppressionis consociationis, coram* Gantin (in «Studia Canonica» 25 [1991], pp. 409-415), aveva già chiarito che i principi e le norme del diritto penale non sono di applicazione in una fattispecie di natura amministrativa non penale. Cf. R. PAGÉ, *La Signature apostolique et la suppression du statut canonique de l'Armée de Marie*, in «Studia Canonica» 25 (1991), pp. 403-408.

a svolgere adeguatamente il proprio ministero, anche alla vista del rapporto psicologico che aveva ricevuto sulle condizioni di salute del sacerdote.

Nella sentenza si afferma inoltre che la *restitutio in integrum* è un rimedio straordinario contro una decisione chiaramente ingiusta che è divenuta *res iudicata*. L'equità naturale richiede che tale situazione venga sanata mediante il ristabilimento dello *status quo* esistente prima della violazione segnalata.

Risalgono al 24 giugno 1995 tre cause connesse di prot. n. 23443/92 C. A., 23444/92 C. A., 23445/92 C. A., *translatiois, coram* Agustoni,⁴⁸ le quali appaiono come esempi di processi contenziosi amministrativi correttamente svolti che, dopo la sentenza affermativa adeguatamente motivata,⁴⁹ sono in grado di risanare la comunione all'interno della Chiesa.⁵⁰

Un'ulteriore decisione importante, anche dal punto di vista della riparazione dei danni, è la sentenza definitiva del 6 maggio 2000, prot. n. 29240/98 CA, *iurium, coram* Pompedda,⁵¹ nella quale il Tribunale della Segnatura,

⁴⁸ In «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale», 1995, p. 849. La composizione del Collegio era: Card. Agustoni, (prefetto e ponente) Card. Gantin, Card. Lourdasamy, Card. Javierre, Card. Gagnon, Mons. Herranz, Mons. Eid, Mons. Davino. Altre notizie su queste tre cause si trovano in P. HAYWARD, *The Apostolic Signatura and Disputes Involving the Transfer of Parish Priests*, in «Newsletter of Canon Law Society of Great Britain & Ireland», N° 104 (December 1995), pp. 24-32; Z. GROCHOLEWSKI, *Trasferimento e rimozione del parroco*, in *La Parrocchia*, Città del Vaticano 1997, pp. 199, 202, 241-245 e 247; A. MENDONÇA, *Justice and Equity in Decisions Involving Priests*, cit., pp. 54-60; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 106, 236, 245, 255 e 275 e in G. P. MONTINI, *La rimozione del parroco tra legislazione, prassi e giurisprudenza*, cit., pp. 110 e 123.

⁴⁹ Che accertano in questo caso soltanto la violazione della legge *in procedendo*. Il testo della parte *in iure* si trova in «Forum: A Review of Canon Law and Jurisprudence» 6 (1995), pp. 117-122. Il n. 4 si esprime così: 4. «Haud raro ad N.S.T. controversiae deferuntur cuius obiectum est vel translatio vel amotio parochorum. Qua re pretium operis esse videtur quaedam recolere quae in novum ius canonicum recepta sunt ex Concilii Vaticani II amplius disceptatis quaestionibus ecclesiologicis ac desumi possunt ex eius Decretis, praesertim ex illo quod inscribitur "Christus Dominus", quaeque deinde novum Codex Iuris Canonici recepit atque legis vigore firmavit».

⁵⁰ Cf. M. LANDAU, *Amtsenthörung und Versetzung von Pfarrern. Eine Untersuchung des geltenden Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Zweiten Sektion des Höchsten Gerichts der Apostolischen Signatur*, Frankfurt am Main 1999, pp. 248, 261, 262, 277, 302, 305 e 308. Nella «Newsletter of Canon Law Society of Great Britain & Ireland», N° 104 (December 1995), pp. 22-23, viene pubblicato il documento strutturato in dieci punti, *A Statement by Bishop Taylor regarding the Transfer of three Priests to other Parishes*, dove si legge, fra l'altro: «1. The bishop and priests of the diocese welcome the fact that at last a decision has been made by the Apostolic Signatura of the Holy See, enabling the matter to be brought to a conclusion. (...) 4. All involved in this matter accept fully the decision of the highest Tribunal of the Church. (...)».

⁵¹ Cf. G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle pronunce giudiziali della segnatura apostolica nel contenzioso amministrativo*, cit. pp. 396, 405, 406, 414. In «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale», 2000, pp. 893-894 s'informa, fra l'altro, che il Collegio fu composto dai cardi-

poiché aveva accertato quale era lo *status quo ante* al decreto illegittimo, ha potuto «giudicare compiutamente gli effetti della illegittimità dichiarata definendoli nel dispositivo e offrendoli all'esecuzione senza la necessità di ulteriori mediazioni (come accade, invece, con un dispositivo che dichiara meramente l'illegittimità dell'atto)». ⁵² In questo caso la sentenza ha incluso il giudizio sulla riparazione del danno, come era stato chiesto dal ricorrente ed ha stabilito la restituzione dell'ufficio in conseguenza di una rimozione illegittima comportante la restituzione del salario ingiustamente ritenuto, nonché la *satisfactio* per la lesione che tocca la buona fama, la reputazione e l'onore della persona danneggiata. ⁵³

6. LA TUTELA GIURISDIZIONALE STABILITA NELLA LEGISLAZIONE VIGENTE

La recente *Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae* ⁵⁴ ha accolto in modo significativo numerosi aspetti dell'orientamento del contenzioso

nali Schotte, Agustoni e dai vescovi Pompèdda (Prefetto e ponente), Herranz, Giannini, Eid e Davino. Un brano della sentenza è ripreso da F. DANEELS, *Il contenzioso-amministrativo nella prassi*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, cit., pp. 323-324.

⁵² H. PREE, *La responsabilità giuridica dell'amministrazione ecclesiastica*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 59-97. Cf. F. SALERNO, *La responsabilità per l'atto giuridico illegittimo (can. 128 CIC). (Obbligo della riparazione del danno nel Codex '83) in L'atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, p. 369.

⁵³ Inoltre, la sentenza definitiva ha stabilito che «huius executionem esse Congregationis pro Clericis [il Dicastero che aveva confermato l'atto impugnato, dichiarato illegittimo], quae providere debet committendo, imprimis quod attinet ad pecuniae debitae computationem, Em.mo Metropolitae B. [il Metropolita del Vescovo diocesano tenuto a risarcire il danno secondo la normativa patrimoniale diocesana]: qui dein de peractis Hoc Supremum Tribunal suo tempore certius reddere tenetur» (SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, *iurium*, 6 maggio 2000, prot. n. 29240/98 CA, *coram* Pompèdda, inedita, n. 18, p. 17). G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle pronunce giudiziali della segnetura apostolica nel contenzioso amministrativo*, cit. p. 396. Successivamente, nello stesso contributo appena indicato, viene ripreso a pp. 413-414, il seguente testo: «The execution of this provision was left to the Congregation for the Clergy [...] Therefore, any specific questions about the execution of the decision should be taken up with the Congregation; if, however, you cannot resolve such questions with the Congregation, you can present the matter to this Supreme Tribunal» (SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, lettera al Vescovo diocesano, *iurium*, 26 marzo 2002, prot. n. 29240/98 CA, p. 2)». Osserva G. P. Montini che «l'interesse all'esecuzione è naturalmente non solo del ricorrente, ma pure dell'Autorità ecclesiastica resistente. Nel caso citato la Segnetura Apostolica aveva chiesto di essere informata dell'esecuzione».

⁵⁴ Si veda BENEDETTO XVI, Lett. ap. *motu proprio* data, *Antiqua ordinatione*, mediante la quale ha promulgato la *Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae*, in AAS 100 (2008), pp. 513-538 (in seguito citata come LPSA).

amministrativo canonico verso un giudizio di legittimità sostanziale.⁵⁵ Non rimane però spazio adesso per mostrare le novità presenti nella LPSA che riguardano l'oggetto del contenzioso amministrativo⁵⁶ se non per osservare che in gran parte sono state indicate o favorite dalla giurisprudenza.⁵⁷ Così, ad esempio, accennando alle sentenze affermative prima menzionate, innovazioni come l'art. 90 – il quale statuisce che i giudici «per risolvere la controversia possono stabilire gli effetti diretti e immediati della illegittimità»(non limitandosi cioè a costatare che l'atto è illegittimo) – trovano

⁵⁵ «La *Lex*, oltre a ribadire la competenza alle pronunzie sul risarcimento del danno, contiene importanti prescrizioni in base alle quali i Giudici ecclesiastici del contenzioso amministrativo possono andare ben al di là dei limiti di una semplice illegittimità formale» (S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la «Lex propria»*, cit., p. 127).

⁵⁶ Si rinvia alla bibliografia pubblicata da quando è stata promulgata la *Lex propria*. Da prospettive differenti, trattano aspetti del processo contenzioso amministrativo nella LPSA, oltre ai contributi contenuti nel volume curato da P. A. BONNET, C. GULLO, *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, cit., altri contributi come, ad esempio, J. I. ARRIETA, *La legge propria della Segnatura Apostolica*, in M. BLANCO, B. CASTILLO, J. A. FUENTES, M. SÁNCHEZ LASHERAS (a cura di), *Ius et iura. Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada 2010, pp. 61-75; S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la Lex propria*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista tematica [www.statoechiese.it]» aprile 2009; M. GANARIN, *Lineamenti del rinnovato processo contenzioso amministrativo ecclesiale. Commento al m.p. Antiqua ordinatio-ne di Benedetto XVI*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica [www.statoechiese.it]» prima parte, luglio 2011 e seconda parte settembre 2011; F. DANEELS, *La nuova lex propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in «L'Osservatore Romano», 24 dicembre 2008, p. 7; W. L. DANIEL, *The power of governance enjoyed by the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura with historical antecedents*, in «Ius Ecclesiae» 21 (2009), 631-652; C.-M. FABRIS, *L'esecuzione della sentenza nella nuova Lex propria della Segnatura Apostolica*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 50 (2010), pp. 299-311; J. LLOBELL, *La nuova «lex propria» della Segnatura Apostolica e i principi del processo canonico*, in «Ius Ecclesiae» 21 (2009), pp. 460-477; IDEM, *La struttura del processo contenzioso amministrativo nella nuova «lex propria» della Segnatura Apostolica*, in G. DALLA TORRE e C. MIRABELLI (a cura di), *Le sfide del diritto. Scritti in onore del cardinale Agostino Vallini*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 367-383; P. MALECHA, «Lex propria» Najwyższego Trybunału Sygnatury Apostolskiej («Lex propria» del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica), in J. WROCEŃSKI e J. KRAJCZYŃSKI (a cura di), *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana ks. profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji 70 urodzin (Finis legis Christus. Studi in onore del prof. Wojciech Góralski in occasione del 70° genetliaco)*, vol. I, Warszawa 2009, pp. 565-585; J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, Roma 2009², pp. 367-397; R. ROMÁN SÁNCHEZ, *Notas fundamentales de la nueva Ley del Tribunal Supremo de la Segnatura Apostólica*, in «Revista Española de Derecho Canónico» 67 (2010), pp. 221-253 e N. SCHÖCH, *Presentación de la Ley propia del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica*, in «Anuario Argentino de Derecho Canónico» 15 (2008), pp. 203-227.

⁵⁷ «È importante rilevare come la nuova «*Lex propria*» del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (...) abbia potuto fare tesoro della apprezzabile evoluzione giurisprudenziale cui ho accennato e degli apporti dottrinali che l'hanno accompagnata» (S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la «Lex propria»*, cit., p. 123).

ispirazione in pronunce giurisprudenziali come quella del 31 maggio 1980, *dimissionis, coram Felici*, o quella del 27 ottobre 1984, *dimissionis a munere docendi, coram Ratzinger*. La sentenza del 23 novembre 1973, *suspensionis a divinis, privationis vocis activae et passivae, relegationis, coram Staffa*, ha influito sul miglioramento del diritto di difesa, mentre quella del 20 gennaio 1986, *dimissionis, coram Sabbatani*, lo ha fatto riaffermando che i fatti nel processo devono constare *ex actis et probatis*. La sentenza del 20 giugno 1992, *suppressionis paroeciae, coram Fagiolo*, ha accolto ricorsi di fedeli di una parrocchia avverso il provvedimento di soppressione e con ciò ha impedito che in futuro fossero rigettati *in limine* per mancanza di legittimazione ricorsi di questo tipo. Se la pronuncia del 31 ottobre 1992, *coram Mercieca* aveva mostrato le necessità di un'accurata istruzione, la sentenza del 24 di giugno 1995, *impedimenti ab Ordinibus exercendis, coram Davino*, ha contribuito, insieme ad altre sentenze precedenti, a rendere esperibile la richiesta di *restitutio in integrum* della sentenza di contenzioso amministrativo. Le sentenze del 24 di giugno 1995 nelle cause di trasferimento, *coram Agustoni*, hanno confermato l'importanza ecclesiale dell'adeguata motivazione nella sentenza. Infine, la sentenza del 6 maggio 2000, *iurium, coram Pompedda*, ha messo in rilievo sia il modo di determinare il risarcimento dei danni sia diversi estremi concernenti l'esecuzione della decisione.⁵⁸

Risulta ovvio che la giurisprudenza giova alla preparazione delle leggi, come è accaduto nella formazione della LPSA, arricchitasi grazie alle massime contenute nelle decisioni degli anni precedenti. È anche certo che, a sua volta, le pronunce giudiziali di contenzioso amministrativo beneficiano della dottrina giurisprudenziale delle decisioni anteriori,⁵⁹ e così i principi giuridici esplicativi emersi in casi decisi precedentemente contribuiscono spesso alla qualità della tutela giurisdizionale che presta la Segnatura Apostolica.

In modo analogo, si deve accettare che la protezione dei diritti soggettivi in sede processuale riceve pure il sostegno e l'impulso apportati dalla dottrina, in primo luogo, quella magisteriale, come è ben provato dalla sentenza del 20 giugno 1992 *coram Fagiolo*, nel richiamare l'approfondimento operato nel Concilio Vaticano II relativo ai diritti dei fedeli.⁶⁰ Di certo, anche la

⁵⁸ Il riepilogo delle sentenze affermative accennate nel presente contributo scopre, fra l'altro, che, tranne il giudice Ratzinger, tutti gli altri ponenti (Staffa, Felici, Sabbatani, Fagiolo, Mercieca, Davino, Agustoni e Pompedda) potevano vantare una propria precedente esperienza come giudici della Rota Romana.

⁵⁹ Nelle decisioni viste, cf. ad esempio, la sentenza del 24 di giugno 1995, *coram Davino*, che ha concesso la *restitutio in integrum*.

⁶⁰ «Nemo est qui hodie, post declarationes Concilii Vaticani II quoad christifidelium iura et obligationes partem habentium in evangelizatione, in actuositate pastorali et in adivandis ministris sacrae hierarchiae, non videat quantum sit christifidelium 'interesse' seu bonum, quod, per se ipsum, iam fundamentum praebet cationi vel legitimationi agendi ut idem bo-

dottrina degli autori esercita una funzione di garanzia sulla giurisprudenza del contenzioso amministrativo fornendo ai giudici, ai promotori di giustizia, ai referendari e agli avvocati, elementi di valutazione, di riflessione e di confronto. Anche la scienza dei canonisti concorre alla tutela giurisdizionale. E simile apporto diverrebbe maggiore qualora si realizzasse la pubblicazione regolare delle decisioni della Segnatura Apostolica. Nella LPSA esiste una disposizione, il § 4 dell'art. 11, la quale prevede che il Capo della Cancelleria si occupi della raccolta di tutte le decisioni, delle quali alcune, scelte ogni anno dal Prefetto in Congresso, vengano pubblicate per iniziativa del Supremo Tribunale.⁶¹ Dunque, ormai esiste una previsione legislativa che dispone la pubblicazione delle decisioni della Segnatura, il che non accadeva nella disciplina precedente alla promulgazione della LPSA. Il modo di applicare questa norma può essere diverso a seconda delle varie circostanze. Si tenga comunque conto che, senza dubbio, i canonisti che non esercitano un ufficio o un ruolo istituzionale nella Segnatura Apostolica seguono con interesse l'attività di tutela giurisdizionale del Tribunale, convinti che, come afferma il Papa, tale funzione costituisce un servizio di primaria importanza, e sono pronti a prestare il loro contributo di studiosi per conoscere meglio, per integrare, per analizzare e per calibrare i diversi aspetti del sindacato giurisdizionale riscontrabili nella giurisprudenza del contenzioso amministrativo.

Le sentenze andrebbero pubblicate inoltre con finalità pratica e didattica, poiché, come è stato scritto, «la conoscenza della giurisprudenza è premessa indispensabile per l'interpretazione e l'applicazione pastorale dei prescritti canonici».⁶² Infatti, l'apprezzamento di ciò che è giusto nelle singole fattispecie – proprio del canonista – richiede una formazione previa che non può essere fornita unicamente dalla pur necessaria cognizione della norma giuridica. Mi sembra che tenda verso quella direzione l'idea che la preparazione dei canonisti debba includere un apprendimento ampio – e nel contempo preciso – della disciplina che si riferisce al contenzioso amministrativo, in grado cioè di coniugare la comprensione della teoria con l'intelligenza pratica dei problemi sulla base dell'analisi della giurisprudenza contenziosa amministrativa che, pure perciò, merita di essere pubblicata.

num persequi et vindicare ipsi valeant; quodque ipsa lex agnoscit atque defendit: non aliter, enim, deducitur ex plurimis canonibus, siml recte perpensis, iura muneraque fidelium respicientibus (cf. cann. 224-231)» (sentenza del 20 giugno 1992 *coram* Fagiolo, n. 7, in I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fideles" per la tutela dei diritti comunitari*, cit., p. 431).

⁶¹ LPSA, art. 11 § 4. «Ipse curat ut omnes decisiones colligantur, quarum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt».

⁶² Articolo *Editoriale*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 22 (2009), p. 339.

7. CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA

Resta sicuramente la consapevolezza che, come è stato scritto recentemente, «la protezione dei diritti dei fedeli nei confronti dei Pastori della Chiesa, nonostante i progressi degli ultimi tempi, richiede ancora di raggiungere risultati di maggiore efficacia e certezza». ⁶³ Poiché le persone che prestano – o hanno prestato – il loro servizio in Segnatura ricoprendo incarichi istituzionali o professionali relativi al contenzioso amministrativo – giudici, prelati, ufficiali, referendari, avvocati – continuano a dimostrare che per svolgere tali mansioni si richiede amore verso la Chiesa, essere giusti, lavorare intensamente, una buona dose di esperienza e di coraggio nonché la conoscenza del diritto canonico, penso che la compagine canonistica, che stima queste qualità, continui ad essere fiduciosa e disposta a dare il suo responsabile contributo, affinché non si fermi lo sviluppo del diritto amministrativo canonico. ⁶⁴ Nutre pure la convinzione che – riprendendo le parole del Santo Padre Benedetto XVI nel suo discorso alla Segnatura Apostolica all'inizio di quest'anno – «la giustizia, che la Chiesa persegue attraverso il processo contenzioso amministrativo, può essere considerata quale inizio, esigenza minima e insieme aspettativa di carità, indispensabile ed insufficiente nello stesso tempo, se rapportata alla carità di cui la Chiesa vive. Nondimeno il Popolo di Dio pellegrinante sulla terra non potrà realizzare la sua identità di comunità di amore se in esso non si avrà riguardo alle esigenze della giustizia». ⁶⁵

⁶³ I. ZUANAZZI, *La tutela dei diritti in tema di privilegio*, in «Ius Ecclesiae» 23 (2011), p. 84.

⁶⁴ Ho considerato il tema del progresso del diritto amministrativo canonico in *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico* in «Ius Ecclesiae» 17 (2005), pp. 385-415.

⁶⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti alla Plenaria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, 4 febbraio 2011, in AAS 103 (2011), p. 118. Ho trattato su questo intervento del Pontefice in *L'attività del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica a servizio della comunione nella Chiesa. Annotazioni al discorso di Benedetto XVI del 4 febbraio 2011*, in «Ius Ecclesiae» 23 (2011), pp. 490-499.

QUALE FUTURO PER IL DIRITTO COSTITUZIONALE CANONICO?

MASSIMO DEL POZZO

SOMMARIO: 1. Una dimensione giuridica virtuale o reale?. 2. Le recenti vicende storiche della disciplina. a. La “preistoria” costituzionale. b. La primavera costituzionale ecclesiale. c. L’autunno costituzionale canonico. 3. L’impostazione della dottrina contemporanea. 4. Il giusto rigore epistemologico. 5. Un approccio scientifico formativo. a. L’intrinseca graduazione della giuridicità positiva. b. La visione d’insieme delle linee portanti del sistema. c. La purificazione delle categorie teologiche. 6. L’influenza attuale della scienza costituzionale. a. L’ermeneutica costituzionale. b. È improponibile una legge sulle fonti?

1. UNA DIMENSIONE GIURIDICA VIRTUALE O REALE?

L’ESISTENZA di una “costituzione materiale nella Chiesa” è abbastanza pacificamente riconosciuta dalla dottrina canonistica.¹ Molto più articolata e diversificata appare l’estensione e la portata del supposto principio costituzionale. L’opportunità e la validità scientifica dell’autonomo studio della materia resta però un problema aperto.² La scarsa emersione di tale insegnamento nel piano di studi delle Facoltà di diritto canonico,³ soprattutto se confrontata con l’impostazione degli studi giuridici secolari, sembra ridurlo ad un’opzione di scuola o d’indirizzo anziché rappresentare una significativa questione epistemologica ed ermeneutica nell’esercizio dell’*ars boni et aequi*.

¹ Cfr. a livello esemplificativo R. BERTOLINO, *Lezioni di diritto canonico*, Torino 2007, pp. 114-116 (*I fondamenti costituzionali materiali dell’ordinamento canonico*); S. GHERRO, *Diritto Canonico (nozioni e riflessioni)*. I. *Diritto costituzionale*, Padova 2005², pp. 56-58; E. MOLANO, *El Derecho constitucional y la estructura de la Iglesia*, «*Ius Canonicum*», 48 (2008), pp. 91-115; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, «*Costituzione della Chiesa*», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, x, Roma 1998, p. 2.

² Il metodo strettamente esegetico, ancora abbastanza diffuso, trova una congenita difficoltà ad accettare un criterio selettivo nello studio dell’ordinamento, il metodo sistematico manifesta invece un naturale favore per la divisione in branche.

³ Ci risulta che sia previsto solo dalle Facoltà di diritto canonico dell’Università di Navarra e della Pontificia Università della Santa Croce. Non bisogna trascurare il rilievo che però può avere nell’insegnamento sul Popolo di Dio (cfr. es. G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991; M.E. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Libro II del CIC. Pueblo de Dios, I. Los fieles*, Valencia 2005; L. SABBARESE, *I fedeli costituiti popolo di Dio, Commento al Codice di Diritto Canonico, libro II, parte I*, Città del Vaticano 2000).

L'intento del presente contributo è dunque quello di avviare un sereno dibattito sull'attualità e, soprattutto, sulle prospettive di un approccio sicuramente discusso e complesso, ma, magari proprio per questo, singolarmente produttivo e stimolante. Il non recondito desiderio dello scritto è dimostrare la valenza non solo pedagogica e formativa ma pratica e operativa del relativo sapere.

Anche a prescindere dalle prevenzioni culturali legate al rischio di mutuare il costituzionalismo liberale statuale, alla radice delle resistenze nei confronti dell'applicazione della scienza costituzionale nella Chiesa può esservi una non trascurabile *perplexità dottrinale e concettuale*. In presenza di un diritto normativamente "mai nato" può venire infatti il dubbio se siamo in presenza di un'interruzione della gravidanza spontanea o volontaria. La mancata formalizzazione della *Lex Ecclesiae fundamentalis* (LEF) indica una prudente scelta legislativa o una più oculata riserva di principio? L'archiviazione del progetto è indice d'intempestività e impreparazione ecclesiale o, piuttosto, d'inidoneità e insufficienza strutturale a recepire la tecnica costituzionale? L'immatùrità registrata insomma è momentanea o cronica? Fermo restando il fatto che la questione costituzionale non può essere limitata alla LEF, una soluzione radicalmente negativa precluderebbe chiaramente buona parte del senso al prosieguo dell'indagine. Alle *difficoltà* teoriche si aggiungono poi quelle *tecnico-pratiche*⁴ e *gnoseologiche*.⁵ Non intendiamo entrare nel merito delle accese dispute degli anni '70 (che appresso sommariamente riepilogheremo, *infra* § 2), comunque non si può sottacere completamente la motivata e comprensibile (anche se poco condivisibile) presa di distanza polemica dall'iniziativa costituente. Occorre rispettare inoltre la *ratio* essenziale delle decisioni prese. Il tema insomma è assai delicato e sensibile. La compiacenza o l'opposizione "ideologica" chiaramente poco giovano ad arrivare a un risultato non necessariamente condiviso ma almeno serio e ponderato.⁶

Il dilemma proposto (virtuale o reale?) riecheggia la distinzione della morale tra attualità e virtualità dell'intenzione. Ci sembra utile chiarire che non basta supporre la potenzialità del dato, occorre accertare l'attualità del bene giuridico. La stessa usuale nozione di "costituzione materiale" può in questo senso risultare ambigua. L'assodata e incontrovertibile assenza di un testo formale non implica semplicemente il passaggio ad un altro genere

⁴ Non appare semplice un giudizio sugli atti del Legislatore supremo che non comprometta il «*Prima Sedes a nemine iudicatur*» (can. 1404 CIC), l'individuazione dei criteri per determinare la gerarchia delle fonti o l'assunzione della rigidità del testo.

⁵ La differenziazione del diritto costituzionale rispetto ad altre materie quali la teologia del diritto canonico, la teoria fondamentale, l'organizzazione ecclesiastica non è sempre agevole e chiara.

⁶ Occorre evitare di presentare un'opinione o una teoria come un "dogma" o un assioma, ma anche di banalizzare o di liquidare l'assunto come una fisima o un vezzo intellettualistico.

di legalità (la legge non scritta) ma anche lo sforzo di “decodificazione” del messaggio primario dell’ente.⁷ La giuridicità precede per definizione la legalità.⁸ Anche nella Chiesa c’è dunque una struttura essenziale storicamente e positivamente configurata derivante dall’aspetto ontologico o fondamentale, ma non confondibile con esso. Nella scienza costituzionale secolare non a caso si tiene frequentemente a distinguere tra costituzione reale (l’assetto primario della giuridicità dello Stato) e costituzione materiale (l’effettività dell’attuazione del governo sociale).⁹ La concretezza della vita di un popolo dà luogo a una forma comunitaria normativa (il popolo di Dio, fermo restando il rispetto della volontà fondazionale di Cristo, non fa certo eccezione a questa dinamica anzi l’avvalora alla luce del peso costituente della tradizione). Il linguaggio stesso del corpo mistico di Cristo induce a superare la semplice dialettica forma-materia a favore dell’effettività dell’ordine sociale giusto. Pur ammettendo che la formalizzazione e la promulgazione restano una meta auspicabile di ogni fenomeno costituzionale e che vi è un autonomo supporto tecnico di criteri e principi da rispettare e sviluppare, la costituzione della Chiesa non deve essere intesa come un futuribile o un’ipotesi credibile ma come una realtà data o, piuttosto, come una dimensione o una parte integrante del *mysterium Ecclesiae sub specie iuris*.

Adombrata la consistenza reale del profilo costituzionale ecclesiale, torniamo al punto che più interessa approfondire: esiste un riscontro pratico di tale acquisizione? L’articolazione delle posizioni ovviamente può essere molto varia. L’impostazione del problema della scienza costituzionale può ridursi ad un’alternativa pregiudiziale del tipo superfluo-proficuo o inutile-vantaggioso. Riteniamo tuttavia ci si debba spingere oltre. La consequenzialità argomentativa conduce ad associare alla validità teorica l’efficacia prati-

⁷ Cfr. il ns. *Un invito a decodificare il messaggio fondamentale dell’essere* (nota al Discorso di Benedetto XVI ai partecipanti al Congresso Internazionale sulla legge morale naturale promosso dalla Pontificia Università Lateranense del 12 febbraio 2007), «Ius Ecclesiae», 19 (2007), pp. 497-509.

⁸ «La giuridicità – o essenza del giuridico – sta nel diritto, nel giusto, e consiste nella relazione di dovere o debito che comporta un’esigibilità. Per questo la legge non è giuridica di per se stessa – per suo mandato – ma per la sua relazione con il diritto. La legge è giuridica per il fatto che incide come regola – causa e misura – del diritto, ossia quando genera o regola una relazione giuridica o relazione di giustizia» (J. HERVADA, *Pensieri di un canonista nell’ora presente*, Venezia 2007, p. 50).

⁹ «(...) s’intende per *costituzione*, in senso puramente sostanziale, tutto quel complesso di norme giuridiche fondamentali, scritte o non scritte, idoneo a tracciare le linee maestre dell’ordinamento stesso» (P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1989, p. 88). La dottrina costituzionalistica italiana, ispirandosi alla nota teoria del Mortati, distingue spesso tra la nozione di costituzione istituzionale o sostanziale e la nozione di costituzione materiale (*ibid.*, pp. 91-92). In generale circa la portata del concetto di costituzione in senso materiale cfr. pure T. MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano 1990, pp. 26-29; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, pp. 18-27.

ca. L'affermazione piena del principio costituzionale non è solo dichiarativa o descrittiva ma performativa e interpretativa del sistema.

2. LE RECENTI VICENDE STORICHE DELLA DISCIPLINA

La disciplina del diritto costituzionale canonico ha un passato remoto praticamente inesistente, un passato prossimo intenso ma esiguo, un presente ignorato o contestato, un futuro dubbio e incerto. La sommaria descrizione proposta coincide in buona parte con il tentativo di formalizzazione della materia e tradisce la dipendenza dall'iniziativa legislativa ecclesiale. L'emancipazione scientifica dal contesto normativo appare allora come una non scontata esigenza per non restare indefinitamente vincolati alle scelte della prudenza di governo. Il rischio altrimenti è quello di fare della materia una sorta di "fossile" della LEF.

Il confronto con la lezione della storia e con il testo e, soprattutto, il contesto della *Lex* risulta ad ogni modo fruttuoso e necessario. Riteniamo utile pertanto compiere una breve analisi retrospettiva del dato legislativo e del panorama dottrinale coevo.

a. La "preistoria" costituzionale

Si può parlare di "diritto costituzionale canonico" anteriormente al Concilio Vaticano II? La risposta non può che essere ambivalente: no in quanto scienza e tecnica nel senso moderno del termine; sì ovviamente quanto all'oggetto del sapere. Il responso riproduce insomma lo stacco tra realtà e idea, tra essenza e conoscenza, tra continuità del fenomeno e percezione nel tempo.¹⁰ La costituzione della Chiesa non è stata certo scoperta o supposta dall'elaborazione o dall'ecclesiologia conciliare, appartiene all'attuazione del piano di salvezza nel mondo. Fino alla profonda rivisitazione del *mysterium Ecclesiae* da parte dell'assise ecumenica mancava però la consapevolezza di un apparato giuridico rapportabile agli schemi concettuali del costituzionalismo moderno.¹¹ La "splendida" autonomia e rivendicazione d'indipendenza dello *ius publicum ecclesiasticum* escludeva d'altronde l'opportunità del ricono-

¹⁰ La verità del dato non implica l'immediatezza e precisione della sua conoscenza, soprattutto quando la determinazione della nozione dipende dalla consapevolezza della formalità scientifica adottata. Circa l'irriferevolezza della scuola storica tedesca e della scienza del diritto pubblico ecclesiastico al sapere costituzionale cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. 5-7 (anche in seguito nel contesto del presente scritto si farà ampio riferimento alla dottrina del "maestro" di Navarra, limitandosi a citarlo esplicitamente solo in poche occasioni per evitare eccessivi appesantimenti).

¹¹ Lombardía attribuisce a J. Hervada il merito di aver dato origine a questa nuova disciplina nell'ambito canonico (ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, «Costituzione della Chiesa», cit., p. 3, l'originaria voce del 1988 risale a P. Lombardía).

scimento di garanzie e di tutele interne che salvaguardassero l'identità e la funzionalità della compagine ecclesiale.¹² I diritti dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica non solo erano compresi dall'impostazione gerarcologica della *potestas* ma non sembravano reclamarsi a vicenda. Il costante richiamo della tradizione canonica alla costituzione gerarchica della Chiesa non equivaleva certo all'individuazione di una sintetica direttiva d'azione (comunque insufficiente).¹³

Il giudizio riguarda con una certa approssimazione tutta la *scienza canonistica* ante *Vaticano II*, in particolare la produzione di fine '800 e inizio '900. Diversi autori, pur nei limiti dell'ecclesiologia dell'epoca, tracciano una visione d'insieme abbastanza chiara e ben composta dell'*Ecclesia Iuris*, non giungono però minimamente a configurare una giuridicità fondamentale del popolo di Dio e a supporre una gerarchia ordinamentale definita. Espressioni ricorrenti del tipo *ius constitutivum* o *ius fundativum Ecclesiae* non debbono prestarsi ad una lettura ingenua e superficiale. L'esistenza di capisaldi essenziali o aspetti irrinunciabili *iure divino* non significa riconoscere un'ulteriore strutturazione primaria del corpo di Cristo, anzi può risultare ambigua e fuorviante conducendo all'assorbimento della dimensione giuridica positiva unicamente nella fonte divina.¹⁴ Nessuno mette in dubbio la matrice soprannaturale dell'istituzione ecclesiale (la volontà fondazionale di Cristo), la componente storica e umana tuttavia integra e completa il disegno divino. Nella letteratura più risalente in definitiva difetta una visione composita e graduale del sapere canonico e una strumentazione ermeneutica adeguata e differenziata.

b. *La primavera costituzionale ecclesiale*

La stagione costituente ecclesiale coincide, com'è noto, con l'elaborazione del progetto della *Lex Ecclesiae fundamentalis*. Tale momento storico può facilmente essere considerato come il periodo al contempo di nascita, auge e tramonto della scienza costituzionale. Al di là dell'accurata e laboriosa opera redazionale dei cinque schemi,¹⁵ nello spazio di circa un decennio si è

¹² Per l'inquadramento epistemologico della menzionata disciplina cfr. ad es. G. SIVIERO, *Il Diritto pubblico ecclesiastico: una disciplina canonistica tra passato e futuro*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 9 (1996), pp. 209-238.

¹³ La costituzione della Chiesa non può essere rapportata al solo aspetto gerarchico dell'organizzazione ecclesiastica. Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., p. 232.

¹⁴ Cfr. G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale*, Prefazione a HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. XLVI-XLVIII.

¹⁵ Cfr. D. CENALMOR PALANCA, *La Ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pamplona 1991. Purtroppo la parte più considerevole del lavoro della Commissione, che coincide con il passaggio dal c.d. *textus emendatus* all'ultimo schema (*schema novum* o *postremum*) non ha ricevuto il riscontro e l'attenzione che merita.

assistito ad una straordinaria fioritura del dibattito circa lo *ius constitutum Ecclesiae*. L'interesse della dottrina canonica (e non solo) è stato infatti quasi completamente assorbito dal sogno o dall'incubo della LEF. La caratterizzazione epistemologica del sapere costituzionale, pur con molte sviste e incongruenze, è stata dunque per lo meno affrontata e tematizzata da parte degli autori più lungimiranti. Non pretendiamo minimamente di illustrare il tentativo di varare un testo costituzionale (peraltro già abbastanza ben curato descrittivamente¹⁶), vogliamo evidenziare solo la *volubilità degli umori dell'opinione pubblica* e la *disparità delle istanze della dottrina*. L'archiviazione del progetto è stata dunque la scontata soluzione di un *iter* probabilmente troppo convulso e vorticoso.

La breve storia della LEF ricorda l'immagine evangelica del seme: «Un'altra parte cadde sul terreno sassoso, dove non c'era molta terra; germogliò subito, perché il terreno non era profondo, ma quando spuntò il sole, fu bruciata e, non avendo radici, seccò» (Mt 13,5-6). L'entusiasmo iniziale di fronte all'annuncio papale si è trasformato in un alacre impegno attuativo (del *caetus* dei consultori) e nel vagheggiamento di una malintesa apertura progressista (nel fronte del dissenso). Al favore e alla fibrillazione pregiudiziale degli anni '60 è subentrata così la "crisi" degli anni '70.¹⁷ Il contenuto del testo sin dalle prime proposte freddava ogni aspettativa di cambiamento e trasformazione radicale dell'assetto ecclesiale. La veemenza della critica e della contestazione che si scatenarono lasciarono non poco interdetti e sconcertati gli addetti. Mentre il dibattito (acceso ma rispettoso) a favore dell'iniziativa si appuntava sulle possibili revisioni e miglioramenti del progetto; la rumorosa e intransigente opposizione militante stroncava in radice ogni ipotesi di dialogo e faceva terra bruciata nei mezzi di comunicazione. Una così rapida evoluzione del clima ecclesiale ed extraecclesiale non sembra indice di una serena e motivata presa di posizione critica ma di una spinta piuttosto emotiva e ideologica contro le iniziative dell'ordine costituito. Nei lavori preparatori della LEF stupisce dunque il contrasto tra l'ampio consenso dell'episcopato mondiale e della commissione di Cardinali, fin quasi alle ultime battute,¹⁸ e lo sfavore dell'opinione pubblica.

¹⁶ Cfr. ad es., oltre al citato testo di CENALMOR, anche P. LA TERRA, *Doveri-diritti fondamentali dei fedeli e Lex Ecclesiae fundamentalis. La formalizzazione dei doveri-diritti fondamentali dei fedeli nei progetti di LEF fino al Codice di diritto canonico del 1983*, Ragusa 1995; *Lex Ecclesiae fundamentalis*, Roma 1974. Manca ancora un'analisi critica approfondita della genesi dello *schema postremum*.

¹⁷ Per comprendere il turbolento clima di quegli anni cfr. ad es.: J. HERRANZ, *Nei dintorni di Gerico*, Milano 2005, pp. 127-159; L. SCHEFFCZYK, *La Chiesa: aspetti della crisi postconciliare e corretta interpretazione del Concilio Vaticano II*, Milano 1998; J. RATZINGER, *Rapporto sulla fede*, Cinisello Balsamo 1985, pp. 25-54.

¹⁸ Cfr. CENALMOR, *op. cit.*, pp. 141-145 e 167-173. L'osservazione non intende chiaramente

L'insostenibilità della promulgazione si è imposta insomma per avvedute e comprensibili ragioni sociologico-culturali più che per motivi tecnico-giuridici.¹⁹

Ai convinti assertori del disegno costituzionale è imputabile magari un difetto di divulgazione e di comunicazione. Ai più è sfuggito il senso e lo spirito dell'operazione in atto (si trattava di una riforma dell'apparato legale nel segno della continuità, non certo di ripensare la *communio regiminis*). La *coincidentia oppositorum* nella delusione di fronte al *textus emendatus* del giugno 1970 deriva dalla disparità di vedute dei diversi ambienti. L'idea abbastanza condivisa di una costituzione o, piuttosto, di un diritto comune fondamentale non rispondeva affatto ad un piano univoco e chiaro. La radice delle riserve palesò il sottostante scontro d'istanze. Le improprie richieste di democratizzazione e di decentramento trovavano logicamente ben poco accoglimento nell'idealità della Commissione.²⁰ La struttura tuttavia non soddisfaceva appieno il desiderio di un più ampio rinnovamento concettuale del sistema.²¹ Anche le aspirazioni giuridiche di maggior rigore e perfezione tecnica del testo ebbero tardiva e imperfetta realizzazione.²² Le preoccupazioni ecclesologiche ed ecumeniche più generali svolsero infine un ruolo decisivo. In pratica, il disaccordo e la mescolanza tra le diverse tesi rendevano debole e confuso il sostrato dottrinale.²³ La stessa decisa evoluzione dello schema dall'indole teologico-giuridica a quella propriamente giuridica testimonia il disorientamento iniziale.²⁴

sottacere o sminuire le perplessità e le riserve manifestate da parecchi vescovi circa il merito o l'impostazione del progetto.

¹⁹ Un'avveduta valutazione pastorale ha indotto a non fare di una possibile acquisizione normativa un pesante elemento di rottura e di contrasto nella comunità ecclesiale. Per una sintetica esposizione dei pro e dei contro dell'iniziativa cfr. G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico. Dopo il codice del 1983*, Bologna 2002, pp. 33-37.

²⁰ Una parte (minoritaria ma rumorosa) della dottrina aveva visto nella costituzione un mezzo per affermare posizioni dissidenti e scardinare l'assetto precedente.

²¹ Cfr. ad es. *De lege Ecclesiae fundamentalis condenda. Conventus canonistarum hispano-germanicus Salamanticae diebus 20-23 januarii 1972 habitus*, Salamanca 1974; A. MORONI (a cura di), *Lex fundamentalis ecclesiae. Atti della tavola rotonda*, Macerata, 12-13 ottobre 1971, Milano 1973.

²² Cfr. ad es. REDACCIÓN IUS CANONICUM, *El proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia. Texto y análisis crítico*, Pamplona 1971.

²³ Con significative e autorevoli voci contrarie (es. Fedele, Guerzoni, Maldonado, ecc.), molti insigni canonisti si manifestarono favorevoli all'idea costituzionale, pur essendo in disaccordo circa il concreto contenuto del testo. Per un riscontro del panorama dottrinale successivo alla pubblicazione del *textus emendatus* cfr. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La opinión de los canonistas*, in *El proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia*, cit., pp. 10-20.

²⁴ Cfr. CENALMOR, *op. cit.*, pp. 191-226.

c. *L'autunno costituzionale canonico*

La *Lex* è stata dunque l'improbabile palestra della scienza costituzionale. Il progressivo chiarimento delle posizioni svela l'im maturità delle premesse e l'assenza di un valido sostrato teorico, il giovane virgulto insomma si è fatto le ossa strada facendo. La forza propulsiva della primavera costituzionale si è arenata però nelle secche della discussione ideologica prima ancora che delle questioni di merito. Il germoglio del sapere è stato repentinamente inaridito dal calore della disputa e poi coperto dal fango della delusione e dal gelo dell'esegesi del nuovo codice. L'autunno costituzionale canonico ben descrive il declino della progettualità e vitalità del settore e l'isolamento della canonistica rispetto alla corallità e partecipazione del periodo precedente (la LEF ha interessato non pochi storici della Chiesa, ecclesiologi, dogmatici, ecc.).

Si è parlato di circa un decennio perché in effetti la grande stagione costituente abbraccia il periodo dal '65 al '75. Dopo il 1975 misteriosamente il *pathos* scompare e subentra una sorta di apatia e di sopore, nonostante la prosecuzione dell'oscuro lavoro della Commissione. Lo *schema postremum* in un certo senso è nato morto. Addolora pensare che l'interesse della critica è scemato in così poco tempo e che il frutto migliore dello sforzo intrapreso sia stato silenziato e praticamente ignorato.²⁵ Benché formalmente l'approvazione della LEF sia stata solo riservata *sine die* dal supremo Legislatore, appare evidente che la vicenda può considerarsi ormai conclusa. La sensazione tra gli addetti era comunque che la gestazione fosse condannata da tempo all'insuccesso e che il residuo sforzo sarebbe stato comunque utile in vista del CIC.

«(...) E, non avendo radici, seccò» (Mt 13,6). Il seme costituzionale non ha attecchito in profondità al suolo ecclesiale. Dal dibattito dottrinale degli anni '70 emerge chiaramente come più del contenuto e della struttura sia risultata problematica la questione pregiudiziale della natura e della finalità della legge. Senza il ricorso alla gerarchia delle fonti è difficile concepire un disegno fondativo organico e coerente.²⁶ La carenza epistemologica e metodologica ha inficiato dunque la riuscita del piano. È mancata forse la riflessione e la meditazione previa sul senso dello *ius commune et fundamentale* a suo tempo auspicato dal Pontefice. Parecchi autori si sono limitati a richiamare l'indole comune del testo legislativo senza supporre alcuna sopraordinazione istitu-

²⁵ Cfr. *supra* nt. 15 e 16.

²⁶ Per Lombardia la natura del progetto non poteva prescindere dal ricorso a una "super-legge" (cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Libertad y derecho constitucional en Pedro Lombardía*, Pamplona 1998, pp. 56-67).

zionale.²⁷ La discreta *imago Ecclesiae* risultante dal CIC manifesta peraltro la non drammaticità della situazione e l'opinabilità delle opposte soluzioni.²⁸

3. L'IMPOSTAZIONE DELLA DOTTRINA CONTEMPORANEA

L'*excursus* proposto potrebbe far supporre che al declino della stagione costituzionale sia subentrato il freddo dell'inverno e che il seme della gerarchizzazione ordinamentale giaccia ormai sotto la coltre di neve dell'esegesi del CIC.²⁹ La situazione non sta proprio in questi termini. La cultura del diritto costituzionale non gode certo di ottima salute; il panorama dottrinale tuttavia è meno sconcertante delle attese e delle premesse. Al letargo legislativo non corrisponde una completa quiescenza e inerzia della dottrina e della ricerca. Autori contemporanei di diversa estrazione sovente ricorrono o invocano la tecnica costituzionale e utilizzano le relative categorie.³⁰ La sfida della modernità secolare insomma è entrata nella *forma mentis* e nell'armamentario di molti canonisti.

L'esistenza di una costituzione materiale, come accennato, è frequentemente ammessa. Il richiamo non si limita però alla portata normativa della configurazione storica del popolo di Dio, sovente involge anche gli aspetti essenziali dell'ordinamento positivo. La qualifica "costituzionale" introduce scientemente una nota di riguardo e particolare considerazione del bene giuridico considerato. I *diritti fondamentali del fedele* ad esempio, nonostante le iniziali riserve di una parte della dottrina, trovano attualmente una larga condivisione e una discreta attenzione teorica.³¹ Pochi per l'origine e per

²⁷ Si tratta ad es. di Mörsdorf e di molti suoi seguaci (cfr. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *op. cit.*, pp. 10-11).

²⁸ La mancata formalizzazione non costituisce dunque un "danno emergente" nel sistema ecclesiale ma un'"occasione perduta".

²⁹ Può essere significativo notare che nell'ambito dei *Discorsi alla Rota*, che costituiscono uno spettro della preoccupazione giuridica dei Papi, il termine "costituzionale" compare ripetutamente solo nel pontificato di Paolo VI, proprio nell'arco temporale che abbiamo qualificato come "primavera costituzionale" (cfr. *Discorsi del 1966, 1970, 1972, 1974, 1975*). Successivamente la dizione scompare dal vocabolario pontificio.

³⁰ Cfr. ad es. SABBARESE, *op. cit.*, pp. 16-18 (*Principi costituzionali*); D. COMPOSTA, *La Chiesa visibile. La realtà teologica del diritto ecclesiale*, Città del Vaticano 2010 (rist.), pp. 196-219 (*Gli stati societari nella comunità ecclesiale. I. Lo stato cristiano o responsabilità costituzionale del battezzato*).

³¹ Per un inquadramento storico delle diverse posizioni cfr. E. CORECCO - N. HERZOG - A. SCOLA (Eds.), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Église et dans la société. Actes du IV. Congrès international de droit canonique, Fribourg (Suisse), 6-11-X-1980*, Fribourg/Freiburg im Breisgau/Milano 1981. Per la rilevanza della categoria cfr. ad es. Á. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Milano 1999, pp. 41-147; C.J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, pp. 205-228; G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991, pp. 9-51; P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos*, Pamplona 1969.

il tenore delle disposizioni vigenti nutrono dubbi sul rango basilare e sulla valenza strutturante dell'organismo ecclesiale della condizione comune del battezzato. Parimenti l'impostazione della funzione docente e santificante della Chiesa o degli organi primari (Papa e collegio episcopale) corrisponde all'indole costitutiva del corpo mistico di Cristo *in hoc saeculo*.³² Il discorso cambia un po' se dai capisaldi ci si sposta alla concezione d'insieme. La chiarezza di principio è vincolata magari alla concreta determinazione dei singoli istituti, stenta ad avventurarsi a mo' di introduzione previa nella realtà complessiva della Chiesa visibile.

Nell'orizzonte canonistico spiccano sicuramente i testi e manuali che affrontano specificamente la materia costituzionale.³³ Benché la disciplina non sia stata generalmente recepita nella *ratio studiorum* delle Facoltà ecclesiastiche, l'autonoma considerazione del settore primario evidenzia un desiderio costruttivo e, in genere, abbastanza originale di selezione critica nella normativa ecclesiale e di individuazione delle priorità e prevalenze nell'organismo salvifico. La modesta e limitata consistenza numerica di tali opere tradisce una subalternità culturale rispetto all'omologazione ermeneutica del sistema. L'esistenza di uno sparuto fronte di trattazioni omogenee e definite rappresenta dunque un indirizzo minoritario ma, per così dire, non di nicchia. Prescindendo dall'analisi dei contenuti, i canonisti sensibili alla realtà costituzionale affrontano lo studio dello *ius canonicum* alla luce di principi e criteri di concettualizzazione sintetici e preminenti.³⁴ Manca ancora però una convergenza di fondo circa la natura ed il fine del sapere coltivato. La varietà delle istanze che animò e, in parte, affossò il dibattito sulla LEF non può ritenersi del tutto superata. Il problema non è rappresentato ovviamente dalla disparità di vedute e dal pluralismo scientifico, ma dall'ideologizzazione o strumentalizzazione della tecnica.

Il *punctum dolens* nello stato dell'elaborazione della scienza costituzionale sembra costituito dalla *carezza epistemologica*. In molti casi non è chiaro e acquisito che cosa sia la connotazione o l'indole costituzionale *in Ecclesia*. Nulla

³² È abbastanza evidente che il solo diritto divino non basta a giustificare la consistenza primaria e basilare dei diversi istituti.

³³ Cfr. ad es. R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Torino 1989; J.M. CASTAÑO FERNÁNDEZ, *Introduzione al diritto costituzionale della Chiesa*, Roma 1994; HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit.; GHERRO, *op. cit.*; P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico. Introduzione, diritto costituzionale, parte generale*, Milano 1985, pp. 79-166; U. MOSIEK, *Verfassungsrecht der lateinischen Kirche*, 1, Freiburg im Breisgau 1975.

³⁴ Cfr. ad es. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 34-40. Gherro, ricorrendo a più usuali categorie civilistiche, identifica la costituzione materiale della Chiesa con la vigenza del diritto divino positivo e naturale nell'ordinamento canonico. Il professore di Padova comunque sviluppa acutamente il rapporto tra l'immutabilità dell'essere e la storicità del divenire nella linea della funzione dinamica e teleologica dello *ius*

quaestio circa il riferimento tangenziale o congiunturale alla nozione, purché la qualifica non sia puramente nominalistica,³⁵ sarebbe opportuno però un minimo chiarimento circa il senso e il significato dell'espressione. In assenza di un linguaggio comune e condiviso si rischia di intavolare un "dialogo tra sordi". Il limite gnoseologico comporta inoltre un'inevitabile sovrapposizione di piani e di oggetti (il diritto costituzionale ha contatti e intersezioni praticamente con tutte le branche). L'acquisizione terminologica diffusa insomma non equivale sempre ad un uso critico e rigoroso della categoria.

4. IL GIUSTO RIGORE EPISTEMOLOGICO

Il limite epistemologico da ultimo constatato induce a chiarire subito la *specificità e originalità dell'approccio costituzionale*. Solo il rigore metodologico assicura infatti la comunicazione e la possibilità d'intesa tra gli studiosi. L'assenza di una formalizzazione legislativa accentua l'esigenza di individuare l'oggetto materiale della disciplina e, in buona parte, anche quello formale nella condivisione della prospettiva e dell'obiettivo dei ricercatori. Non si tratta di omologare e uniformare la proficua disparità dei possibili apporti e punti di vista ma di evitare equivoci e contrasti innecessari. Le vicende storiche della LEF evidenziano d'altronde come il divario di fondo e l'incapacità divulgativa abbiano compromesso la riuscita del progetto.³⁶ La lezione del passato è dunque monito per il presente.

L'accoglimento della *teoria della distinzione dei livelli della conoscenza giuridica* fornisce una collocazione chiara e definita al diritto costituzionale canonico, evitando confusioni e fraintendimenti. Tale teorizzazione distingue tre piani di osservazione della realtà giuridica: quello fondamentale o ontologico che procede dalle cause ultime, quello fenomenico o scientifico che procede dalle cause prossime e quello prudenziale legato alla soluzione delle singole fattispecie.³⁷ La scienza costituzionale si inserisce appunto nel piano

³⁵ La costituzionalità non è una formula enfatica ma dovrebbe avere un preciso valore tecnico, a meno di non sminuire o banalizzare la forza del concetto.

³⁶ Il progetto costituzionale non può essere ridotto all'approntare una super legge o una legge rinforzata, richiede un coerente quadro di riferimento globale. Non stupisce affatto che il *textus emendatus* (25 giugno 1970) incontrò aspre opposizioni nei detrattori e viva insoddisfazione negli stessi sostenitori.

³⁷ «La teoria dei tre livelli nasce dall'osservazione che la conoscenza canonica – ed in generale la conoscenza giuridica – non è un atto unico, ma un processo che si compone di diversi livelli, caratterizzati per il loro grado d'astrazione e, nel caso specifico, per proprie specifiche modalità di articolare i concetti» (HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, cit., p. 70). Cfr. anche il nostro *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005, pp. 287-299 e J.G. BUZZO SARLO, *La estructura del saber jurídico y su relevancia en el ámbito canónico*, Roma 2005, C.J. ERRÁZURIZ M., *Circa la conoscenza del diritto ecclesiale e il suo insegnamento universitario*, «Ius Ecclesiae», 15 (2003), pp. 562-573; J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona 1963.

fenomenologico o positivo e ne rappresenta la punta più spinta e avanzata.³⁸ L'apparente contiguità rispetto alla teoria fondamentale (da alcuni assimilata alla teologia del diritto canonico³⁹) è risolta allora in radice dalla diversità del contenuto e del mezzo conoscitivo (il diritto costituzionale studia l'assetto presente nella configurazione giuridica del popolo di Dio, la teoria fondamentale invece il *mysterium Ecclesiae sub specie iuris* nel suo nucleo essenziale e nella sua valenza metastorica). Chiaramente la sintesi organica e la "decodificazione selettiva" dell'ordinamento vigente richiede non poca concettosità e capacità di astrazione (perciò parliamo di apice o vertice del livello scientifico) senza però sconfinare nell'ontologia. Per contro la mera equiparazione con altri settori fenomenologici (ad es. l'organizzazione ecclesiastica o il diritto della persona) tradisce un'insufficiente prospettiva valoriale (la mancata differenziazione tra ordine primario e secondario, tra principio basilare e conseguente determinazione o specificazione). L'inevitabile sovrapposizione e vicinanza tematica con altre materie (nelle suddette discipline è particolarmente evidente, ma praticamente tutte le branche della scienza canonica sono in nuce ricomprese nel diritto costituzionale) risponde perciò alla disgiunzione tra parzialità e totalità, tra settorialità e unitarietà del sistema. Occorre precisare comunque che i tre profili gnoseologici (fondamentale, fenomenico e prudenziale) sono unificati dalla concretezza e praticità del sapere giuridico e non possono essere mai completamente separati e disgiunti. Nell'attribuzione del giusto (che è l'univoco fine del sapere giuridico) chiaramente non interessa la perfezione formale del modello teorico ma la pienezza ed effettività del dovuto (l'adeguata individuazione, ponderazione e gerarchizzazione dei beni tuttavia aiuta non poco l'arte del giurista).

I principi e la tecnica costituzionale risentono profondamente dell'elaborazione e dell'esperienza secolare. Nell'ordinamento canonico le risorse normalmente adoperate nei sistemi statuali (la formalizzazione solenne del testo e il rango di "superlegge", la resistenza rinforzata del dettato, l'esistenza di speciali organi di tutela, la generalità del controllo di rispondenza, ecc.)⁴⁰ sono improbabili futuribili. L'assenza di meccanismi configurati *ad hoc* non

³⁸ Tale connotazione gnoseologica risale d'altronde agli iniziatori del "movimento costituzionale" (Lombardia ed Hervada) e come tale appare particolarmente calzante per individuare l'oggetto del sapere, né può essere considerata una giustificazione *ex post* del loro pensiero.

³⁹ La matrice soprannaturale di tutta la realtà giuridica ecclesiale non deve ricondurre il fenomeno costituzionale all'esame della sola fonte divina e soprattutto confondere l'approccio propriamente giuridico con quello teologico. Per un inquadramento del tema cfr. anche E. MOLANO, *Derecho divino y Derecho constitucional canónico*, «Ius Canonicum», 49 (2009), pp. 195-212.

⁴⁰ Solo nello *schema postremum* della LEF furono apprestate le *Normae finales* (artt. 83-86) che sancivano l'applicazione di una più rigorosa tecnica costituzionale.

esclude tuttavia l'applicabilità dei soggiacenti criteri ermeneutici sostanziali. Le due costanti caratteristiche della scienza costituzionale sono la *preminenza* e la *congruenza*. La superiorità istituzionale configura la sopraordinazione del disposto nella logica del sistema. La conformità degli sviluppi normativi salvaguarda la coerenza e l'armonia dell'insieme. L'ordine costituzionale è insomma intensivo ed estensivo ad un tempo. In assenza di una chiara gerarchia e graduazione delle fonti, la prevalenza si può riscontrare nell'*insopprimibilità dello statuto fondamentale del fedele e della funzione di governo*, cioè nella struttura portante del popolo di Dio come comunione gerarchica storicamente determinata.⁴¹ L'invulnerabilità del diritto non significa però assolutezza del riconoscimento.⁴² La congruenza si rileva parimenti non solo nella consequenzialità della regolamentazione ma nell'equilibrio e nella simmetria che regge le diverse parti. L'*unità organica del tessuto ecclesiale* esalta anzi la razionalità e univocità dell'insieme.⁴³ Gli elementi distintivi tipici della cultura costituzionale appaiono quali validi criteri di discernimento intrinseci alla stessa realtà ecclesiale.⁴⁴

Chiarita la peculiarità e l'adeguatezza della scienza costituzionale, il rischio opposto è quello di svalutare la portata euristica e veritativa della nostra disciplina. Il vero nemico del giusrealismo non è tanto il positivismo quanto il funzionalismo.⁴⁵ Un equivoco ricorrente sta nel confondere l'essenza o la sostanza della realtà con la profondità e il metodo dell'osservatore. Il problema costituzionale resta più di contenuti che di apertura mentale. La Chiesa "possiede" una costituzione intrinseca al suo dover essere e non si limita a "usare" una tecnica *aliunde* elaborata.⁴⁶ Non si tratta pertanto di emulare e ricalcare gli schemi di concettualizzazione secolari ma di confrontarsi con l'assoluta singolarità del dato. La *plenitudo potestatis* degli uffici capitali, la mutua interiorità tra Chiesa universale e Chiese particolari, l'interazione *ordo-plebs*, la triplice proiezione della *communio (fidelium, hierarchica, ecclesia-*

⁴¹ La determinazione storica aggiunge una nota caratterizzante alla formalizzazione della comunione ecclesiale.

⁴² Per un sommario inquadramento dei diritti fondamentali con l'espreso riconoscimento del loro valore costituzionale e delle loro principali caratteristiche cfr. ad. es. J. FERNÁNDEZ, *Introducción cc. 208-223*, in A. MARZOJA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coord. e dir.), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, II/1, Pamplona 2002, pp. 53-58.

⁴³ La tradizionale direttrice della *rationabilitas* informa tutta la strutturazione del sistema canonico.

⁴⁴ Prevalenza e congruenza non sono solo parametri logici, appaiono criteri euristici connotati al dover essere della comunione gerarchica.

⁴⁵ Il funzionalismo sostituisce la fondamentale e insopprimibile domanda: "che cos'è?" con l'efficientistico interrogativo: "a che serve?".

⁴⁶ La stessa espressione "costituzione o struttura gerarchica della Chiesa" (cfr. Lib. II, Parte II CIC) indica che il popolo di Dio possiede un autonomo principio d'organizzazione, anche se l'ordine costituzionale non è riducibile solo all'aspetto gerarchico.

rum), solo per citare alcuni tratti che strutturano il corpo mistico di Cristo, sono irriferribili ai parametri della socialità civilistica.

5. UN APPROCCIO SCIENTIFICO FORMATIVO

Puntualizzata l'esigenza di raggiungere un più maturo statuto epistemologico della materia, nell'ideale *pars construens* del presente contributo vogliamo avvalorare anzitutto la non troppo assodata *utilità pedagogica dell'autonomo insegnamento del diritto costituzionale canonico*. L'oggettiva esistenza di una struttura primaria e fondamentale del popolo di Dio riteniamo che renda imprescindibile il ricorso a tale sapere, l'ammissione dell'assunto però non conduce automaticamente alla sua evidenziazione formale e didattica.

a. *L'intrinseca graduazione della giuridicità positiva*

Il canonista non è immune dal forte rischio di uniformare e appiattare la disciplina vigente. L'apprensione della scienza costituzionale porta invece *suapte natura* a graduare e gerarchizzare il regime esistente, a cercare i rilievi e lo spessore nell'ordine sociale giusto del popolo di Dio. L'osservanza dello statuto personale del chierico o del laico, solo per fare un esempio, non può essere rapportata al carattere nevralgico del rispetto dei diritti e doveri fondamentali (*alias* condizione costituzionale del fedele).⁴⁷ La mutevolezza e variabilità della regolamentazione di molti aspetti del patrimonio salvifico non incide chiaramente sull'assetto basilare della *communio* ecclesiale. La sensibilità costituzionale aiuta allora a ordinare e gerarchizzare i concetti e le norme. Il giudizio non riguarda ovviamente la dignità della fonte o la stringenza del debito ma l'importanza pratica del contenuto e l'organicità del bene comune.⁴⁸ La dialettica primario-secondario, centrale-marginale, essenziale-accessorio non vuole sminuire l'importanza del dettame o della regola, mira a illuminarli alla luce dei cardini e dei principi e a prevenire il pericolo del casuismo o del letteralismo.

L'*indole costituzionale* ha ragion d'essere nella misura in cui sussiste un'*effettiva differenza con il regime ordinario*. L'atecnica adozione della categoria (quasi come se si trattasse di enfatizzare o suffragare un'espressione) ingenera come abbiamo rilevato più danni che benefici. Nell'ordinamento canonico in mancanza di un testo sovraordinato il risultato non può che essere

⁴⁷ Nell'osservazione proposta si prescinde da insufficienze o carenze nell'attuale formalizzazione codiciale (ad es. la *libertas in temporalibus* ex can. 227 viene ricondotta nella sistematica codiciale al laico anziché al fedele in generale).

⁴⁸ L'eterogeneità delle fonti dell'ordinamento canonico non è un ostacolo alla sua organicità e coesione. L'individuazione di un piano secondario e derivato non induce al lassismo e alla trascuratezza, comporta al contrario il rigoroso rispetto di tutta la disciplina ecclesiastica per una ragione di armonia e coerenza esistenziale.

conseguito in via interpretativa. L'assenza di un inequivoco criterio formale può rappresentare tuttavia una risorsa dal punto di vista formativo: la natura costituzionale non risiede nella formalità della qualifica ma nella sostanzialità dell'ordine. La scienza costituzionale avvalorà il fatto che la giuridicità ecclesiale ha un'intrinseca strutturazione graduale e differenziata.

b. *La visione d'insieme delle linee portanti del sistema*

La scienza costituzionale aiuta inoltre a coltivare una *considerazione complessiva dell'ordinamento*.⁴⁹ L'individuazione stessa della disciplina risponde evidentemente all'impostazione sistematica degli studi canonistici; l'insegnamento non si limita tuttavia a determinare una branca o un settore definito in ragione dell'oggetto, abbraccia i profili comuni e inderogabili dell'intero apparato.⁵⁰ Non vi è parte o ramo del sapere canonico che di per sé non contenga un riferimento al suo nucleo primario e basilare, solo l'esame del tutto permette di cogliere la strutturazione profonda e l'armonica integrazione dell'insieme. La visione globale e la sintesi organica tipiche dell'approccio costituzionale possono contribuire notevolmente alla formazione dei giuristi ecclesiali e allo sviluppo delle singole parti. L'opzione per l'evidenziazione scientifica del diritto costituzionale canonico e per una sorta di propedeuticità didattica non è quindi un'indebita esorbitanza o una smania di protagonismo ma la costatazione di una progressività logica nella conoscenza.⁵¹

Nell'accentuata frammentazione e settorializzazione del sapere giuridico moderno la scienza canonica è riuscita a conservare una certa unitarietà e onnicomprensività. Fermo restando il vantaggio offerto da una relativa (mai assoluta) specializzazione, il diritto costituzionale preserva e garantisce l'esigenza di non perdere di vista il quadro generale e di cercare sempre le direttrici portanti del sistema. A fronte del rischio dell'eccessiva "lottizzazione" o parcellizzazione del complesso o, peggio, della pedissequa scansione dei canoni la scienza costituzionale permette di recuperare il principio d'unità e il senso del tutto.

⁴⁹ Non pare corretto tra l'altro considerare i due codici come complessi a sé stanti o principi di divaricazione del regime giuridico: tali leggi capitali, ed evidentemente non solo esse, integrano l'unico *corpus iuris canonici*. Il dualismo codificatorio non implica una dissociazione ordinamentale né men che mai una sfasatura disciplinare, è lo strumento per promuovere la legittima diversità dei fedeli e la peculiarità organizzatoria della *communio Ecclesiarum*.

⁵⁰ Il porre l'accento solo sulla comunanza (Paolo VI aveva parlato di *ius fundamentale et commune*) è stato fonte di equivoci nei lavori della LEF, sviando taluni Autori dall'approfondimento della natura fondamentale del testo. Il diritto costituzionale non dovrebbe caratterizzarsi tanto per la scontata universalità dell'applicazione quanto per l'imprescindibilità del regime.

⁵¹ L'antiorità rispetto ad altre materie non esclude però la subordinazione gnoseologica rispetto al livello fondamentale.

c. *La purificazione delle categorie teologiche*

Il rigore nell'indagine costituzionale del *mysterium Ecclesiae* aiuta infine a “*disambiguare*” alcuni concetti e idee. L'influenza teologica ha condotto all'uso in ambito giuridico di categorie ed espressioni non sempre chiare e convincenti. La nozione di Chiesa particolare, di *sacra potestas*, di gerarchia d'ordine, fino alla spesso riemergente “concezione per stati”, ad esempio, hanno a lungo condizionato l'elaborazione canonistica, mutuata o appiattita sull'ecclesio-logia. La scienza costituzionale cerca invece di ragionare sui termini adoperati e sulla validità delle concezioni sottostanti e di trovare un armamentario concettuale adeguato e confacente. Tale operazione culturale induce a depurare le categorie teologiche da eventuali irrispondenze o ambiguità dal punto di vista giuridico e a sostituirle con un proprio bagaglio di meditate e appropriate acquisizioni (ad es. ripartizione ecclesiastica, organizzazione ecclesiastica, strutture gerarchiche complementari, ecc.). L'affinamento mentale ed espressivo è un'importante premessa per cogliere la giuridicità realista.⁵² La riflessione critica sulle nozioni primordiali è la base per acquisire una *forma mentis* consapevole e matura e così poter intavolare un fecondo dialogo interdisciplinare anche con i teologi. Nella rivendicazione di autonomia e perfezionamento scientifico non c'è una smania di “alternatività” ma un desiderio di verità.⁵³ La configurazione della scienza costituzionale non a caso sembra legata all'emancipazione tanto dalla dipendenza normativa (cfr. *supra* § 2) tanto dalla subalternità rispetto alla teologia.

6. L'INFLUENZA ATTUALE DELLA SCIENZA COSTITUZIONALE

La supposta dimostrazione dell'utilità didattica dell'insegnamento costituisce un obiettivo minimale dell'indagine. Acclarata la risposta positiva al quesito: “esiste l'oggetto del presunto sapere?” resta ora da affrontare il ben più difficile interrogativo: “*esiste un riscontro pratico di tale acquisizione?*”. La soluzione ci pare che possa essere moderatamente affermativa. Da un canto, si può cogliere la valenza interpretativa della scienza costituzionale; dall'altro, è molto difficile congetturare, almeno in tempi brevi, una nuova stagione costituente. La prudente stasi dell'idea o del movimento costituzionale ecclesiale non esclude tuttavia possibili interventi mirati e limitati. L'incerta supposizione di una “legge sulle fonti” ha allora un intento quasi provocatorio o di sfida.

⁵² La preoccupazione per la precisione delle qualificazioni e delle definizioni non esprime un atteggiamento nominalistico ma un anzi una profonda sensibilità sostanzialistica.

⁵³ L'operazione risponde insomma alla tommasiana *adaequatio intellectus et rei* (*S.Th.*, I, q. 21, a. 2c).

a. *L'ermeneutica costituzionale*

L'ordine costituzionale funge da *criterio ispiratore* e da *canone interpretativo* dell'intero impianto giuridico ecclesiale. La strutturazione primaria e basilare del popolo di Dio opera nei due momenti privilegiati della dinamica del giusto nella Chiesa: nell'elaborazione o configurazione della realtà giuridica e nella sua realizzazione o interpretazione.⁵⁴ Tali passaggi esprimono d'altronde una sequenza successiva e consequenziale. Avendo di mira non la predisposizione teorica del sistema ma l'effettività dell'applicazione dei principi e della tecnica costituzionale ci soffermeremo soprattutto sulla fase ermeneutica.

Vale la pena di chiarire pregiudizialmente che, ancorché non emersa esplicitamente e patentemente, la *rispondenza alla prospettiva della scienza costituzionale* è in qualche modo presente nella *genesì del disposto codiciale* e più in generale della normativa vigente. È indicativa la confluenza nel CIC di una parte del contenuto e dell'impostazione della LEF.⁵⁵ La predisposizione di principi direttivi previi e soprattutto l'espreso desiderio di tradurre in termini canonici gli insegnamenti conciliari manifesta la viva influenza nel quadro normativo della costituzione materiale e dell'autocoscienza maturata. Il Legislatore non ha mancato d'altronde di esprimere lo spirito soggiacente al nuovo ordine ecclesiale.⁵⁶ La *corresponsabilità di tutti i battezzati*, la *struttura comunionale* e la *configurazione diaconale della potestà* nella Chiesa costituiscono la *ratio* e i principi informatori dell'intero ordinamento canonico. Lo statuto fondamentale del fedele e l'impegno ecumenico, l'integrazione e l'armonizzazione universale-particolare, collegialità-primato e la dimensione solidale e gerarchica della comunità divengono i principali frutti o implicazioni della nuova visione ecclesiologica.

⁵⁴ C.J. Errázuriz M. individua fondamentalmente tre momenti di emersione dinamica di ciò che è giusto nella Chiesa: configurazione, realizzazione e conoscenza (*Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, pp. 210-268). Essendoci già soffermati finora sull'aspetto conoscitivo, esploriamo brevemente gli altri due settori.

⁵⁵ Cfr. CENALMOR, *op. cit.*, pp. 503-505 (*Apéndice v*).

⁵⁶ «Fra gli elementi che caratterizzano l'immagine vera e genuina della Chiesa, dobbiamo mettere in rilievo soprattutto questi: la dottrina, secondo la quale la Chiesa viene presentata come il popolo di Dio (cf. *Lumen gentium*, 2) e l'autorità gerarchica viene proposta come servizio (cf. *ib.* 3); la dottrina per cui la Chiesa è vista come "comunione", e che, quindi, determina le relazioni che devono intercorrere fra le chiese particolari e quella universale, e fra la collegialità e il primato; la dottrina, inoltre, per la quale tutti i membri del popolo di Dio, nel modo proprio a ciascuno, sono partecipi del triplice ufficio di Cristo: sacerdotale, profetico e regale. A questa dottrina si riconnette anche quella che riguarda i doveri e i diritti dei fedeli, e particolarmente dei laici; e, finalmente, l'impegno che la Chiesa deve porre nell'ecumenismo» (GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. «*Sacrae disciplinae leges*», 25 gennaio 1983, AAS 75/II (1983), p. XII).

La forza del principio costituzionale rifluisce poi nel *momento applicativo ed interpretativo* delle norme. La realizzazione del giusto comporta l'attuazione esecutiva e giurisprudenziale del disposto. Gli organi amministrativi e giudiziari della Chiesa sono chiamati dunque a rendere operativi i valori costituzionali *cum sensu Ecclesiae*, esplorando il significato di ogni prescrizione in maniera conforme non solo al senso letterale quant'anche alla *mens Legislatoris*, sciogliendo eventuali contrasti e incongruenze e integrando e rimediando a manchevolezze e insufficienze. In pratica, pur evitando eterei e generici richiami carismatici, non si può negare che il rispetto essenziale della volontà fondazionale di Cristo eserciti un'influenza decisiva nella decodificazione del dover essere cristiano. La conformità con il patrimonio storico e dottrinale della santa convocazione diviene allora la garanzia più sicura dell'amministrazione della giustizia e della tutela dei diritti.

Posto che la rivendicazione della legittimità dell'approccio costituzionale non vuole certo stravolgere il sistema vigente o indurre ad un deprecabile "uso alternativo del diritto", intende semmai manifestare la più stretta fedeltà ai principi sostanziali dell'ordinamento e rafforzare i capisaldi della strutturazione del popolo di Dio, la rigorosa applicazione del criterio di prevalenza e di congruenza non concerne solo l'intelligenza della realtà giuridica ecclesiale, influenza pure la *forma mentis* e il *modus operandi* degli addetti. La questione insomma non è puramente accademica e speculativa ma operativa e prudenziale. La gerarchizzazione qualitativa normativa ad esempio permette di risolvere più agevolmente contrasti e incongruenze. Il canonista educato alla ricerca del livello primario e basilare penetra con maggior disinvoltura nel nucleo del rapporto di giustizia e può superare le antinomie del contingente. L'eguaglianza radicale e la varietà funzionale divengono così il fulcro attorno a cui ruota tutto il processo interpretativo.⁵⁷ È appena il caso di precisare che il ricorso alla tecnica costituzionale lungi dall'essere deliberato ed esplicito finisce in molti casi coll'essere sottostante e implicito, ma non per questo fittizio o inesistente.⁵⁸

b. È improponibile una legge sulle fonti?

L'archiviazione del progetto della LEF ha un carattere di stabilità e, probabilmente, di definitività. Non sembra ipotizzabile, almeno nel futuro prossimo, una riconsiderazione di portata generale del modello e dei presupposti dell'ordinamento vigente. Il disegno globale del sistema giuridico ecclesiale

⁵⁷ L'eguaglianza e la diversità sono i principi che illuminano la condizione dei battezzati. Cfr. anche P. PELLEGRINO, *Il principio di uguaglianza e il principio di varietà*, «Revista Española de Derecho Canónico», 60 (2003), pp. 701-709.

⁵⁸ Un vincolo di identità e d'appartenenza così forte con la Chiesa finisce necessariamente coll'esercitare un'influenza e una dipendenza sugli operatori.

pare essersi ormai fissato e consolidato. La situazione di stallo, da un canto, non significa fissismo e irrimediabilità, dall'altro, non esclude aggiustamenti magari più modesti e contenuti ma comunque abbastanza incisivi e significativi. La stessa novellazione codiciale in piena fase di espansione indica la non chiusura del Legislatore all'aggiornamento ed evoluzione dell'insieme.⁵⁹ Lo sfiorire dell'idea costituzionale non implica una condanna permanente del costituzionalismo canonico ad un'amara rassegnazione o ad un ruolo di semplice avanguardia culturale ma addita un orizzonte diverso e più complesso e, forse proprio per questo, meno ingenuo e inesperto.⁶⁰

Superate le prevenzioni polemiche, si tratta presumibilmente di cercare forme di applicazione dei criteri di prevalenza e congruenza consone o compatibili coll'impianto attuale. In fin dei conti il movimento costituente (almeno nella sua componente più sana) non era animato dalla smania di affermazione di un principio teorico ma dal desiderio di correzione e perfezionamento della positivazione esistente. Un equivoco ricorrente è quello di ridurre la rivendicazione di un testo ad una semplice questione pragmatica o tecnica. In realtà solo un'esigenza di maggior giustizia giustifica e legittima un ricorso a soluzioni innovative o differenti. Nonostante il superamento di limiti e insufficienze pregresse, la giuridicità canonica non sembra aver raggiunto ancora una condizione esemplare o pienamente appagante soprattutto da un punto di vista logico-formale (che non significa formalistico).⁶¹ Difetta una chiara determinazione dei limiti, dei contenuti e della modalità di esercizio dell'attività legislativa e amministrativa.

Una sentita necessità appare, ad esempio, la *formalizzazione e rigorizzazione della pratica legislativa*.⁶² L'impiego di atti di diversa natura non aiuta a comprendere la forza e il valore dei diversi provvedimenti. L'eterogeneità della provenienza, le disparate modalità d'intervento e le insufficienze procedurali non contribuiscono certo alla chiarezza dell'apparato e all'in-

⁵⁹ Dopo il m.p. *Omnium in mentem* («Ius Ecclesiae», 22 [2010], pp. 475-477), i ventilati cambiamenti nel campo penale, ma anche in quello matrimoniale o in altri settori, fanno presagire una certa fluidità e desiderio di affinamento della regolamentazione vigente.

⁶⁰ Cfr. es. E. MOLANO, *El Derecho constitucional tras la promulgación del Código de 1983*, «Ius Canonicum», 29 (1989), pp. 359-369.

⁶¹ L'approccio sapienziale cristiano pone sempre al centro di ogni questione l'uomo nella sua limitatezza ontologica e nella sua contingenza storica, non ricerca, quindi, illusoriamente la soluzione dei problemi nei soli mutamenti strutturali e istituzionali. Ogni riforma sociale deve misurarsi con i soggetti ricettori e la bontà oggettiva di qualunque sistema, peraltro sempre perfezionabile, viene mediata necessariamente dall'imperfezione dei destinatari.

⁶² Ha trattato approfonditamente il tema P. TOXÉ, *Tipologia codiciale degli atti normativi e prassi della Curia Romana*, nel Seminario per professori della Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce del 30 aprile 2009. Spunti interessanti sono contenuti anche in E. BAURA, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa*, «Ius Ecclesiae», 19 (2007), pp. 28-36.

formazione e motivazione dei destinatari. Il significato giuridico-normativo delle istruzioni e dei direttori e la rispondenza ai criteri fissati, ad esempio, ingenera non pochi problemi di inquadramento e di concreta efficacia del disposto.⁶³ I rescritti *ex audientia Santissimi* o le approvazioni del Romano Pontefice si prestano a talune incertezze o dubbi circa la reale *intentio* e supervisione della Suprema Autorità. L'uso storico di qualifiche e dizioni assai variabili e articolate oltretutto non aiuta a fissare un costume e un modello definito. Il discorso non riguarda solo la veste formale ma può incidere anche sulla qualità del *modus procedendi*.⁶⁴ In generale la concentrazione sulla provenienza gerarchica ha forse condizionato lo sviluppo dell'*ars legiferandi* e di un'adeguata sensibilità per la coerenza e organicità ordinamentale nella *praxis Curiae*. Un discorso non troppo dissimile potrebbe essere svolto anche a livello locale ed a proposito delle prerogative delle Conferenze episcopali.⁶⁵ In tale contesto, supporre un intervento legislativo generale di semplificazione del quadro esistente, di individuazione tipologica delle modalità degli atti normativi e di fissazione dei mezzi e dei requisiti procedurali non sembra troppo inutile e peregrino. La recente legge vaticana sulle fonti del diritto, al di là delle profonde diversità contestuali e storiche, costituisce una valida indicazione di metodo e di principio e un primo modello di riferimento.⁶⁶ La razionalizzazione del procedimento di formazione delle decisioni di governo e la formalizzazione degli atti d'imperio rappresentano un'esplicazione della prudenza pastorale ed un valido supporto della perizia e competenza umana ai carismi gerarchici.⁶⁷ Non bisogna dimenticare tra l'altro che nel fenomeno giuridico la forma spesso è anche sostanza.

Una "legge sulle leggi" non è chiaramente la "legge delle leggi" o la "super-legge" auspicata dai pionieri del costituzionalismo canonico, costituirebbe

⁶³ Emblematico è il caso della *Dignitas connubii* che ha suscitato non pochi dubbi interpretativi, cfr. E. BAURA, *Il valore normativo dell'Istruzione "Dignitas connubii"*, in P.A. BONNET - C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas connubii". Parte prima: i principi*, Città del Vaticano 2007, pp. 185-211; J. LLOBELL, *La natura giuridica e la ricezione ecclesiale dell'istr. «Dignitas connubii»*, «Ius Ecclesiae», 18 (2006), pp. 344-354. Per il valore giuridico dei direttori cfr. J.A. CARVAJAL PRIETO, *Los directorios en el derecho canónico*, Roma 2003.

⁶⁴ Il disappunto deriva proprio dal rischio di compromettere la bontà del disposto per un limite di natura tecnico-formale.

⁶⁵ Si lamenta sovente la scarsa effettività dell'esercizio della *potestas iurisdictionis* degli uffici capitali periferici, cfr. ad es. J. HERRANZ, *La funzione di governo del vescovo diocesano*, in ID., *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, Milano 2011, pp. 323-333.

⁶⁶ Cfr. BENEDETTO XVI, m.p. *Legge n. LXXI, sulle fonti del diritto*, 1 ottobre 2008, con commento di J.I. ARRIETA, *La nuova legge vaticana sulle fonti del diritto*, «Ius Ecclesiae», 21 (2009), pp. 227-247.

⁶⁷ Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 253-256; J. OTADUY, *La ratio en las fuentes normativas del Derecho Canónico*, «Ius Canonicum», 49 (2009), pp. 149-194.

solo una legge ordinaria. La proposta insomma non è un surrettizio tentativo d'inserimento tardivo della gerarchia normativa ma un semplice rimedio al disordine e alla confusione della situazione odierna. La previsione rientra dunque *ratione materiae* nei profili generali della regolamentazione delle fonti, con un carattere integrativo e suppletivo rispetto ai codici. L'indole costituzionale tuttavia non deriverebbe solo dalla rilevante incidenza sul sistema vigente, ma dall'indiretta influenza sull'atteggiarsi della potestà legislativa. Non si può escludere inoltre un immediato influsso sulla strutturazione della *communio regiminis* in ragione dell'eventuale contenuto.⁶⁸ Per quanto nessuno intenda rivedere in radice la modalità d'esercizio della giurisdizione (si chiede semmai un aggiustamento del quadro d'insieme e una correzione di possibili disfunzioni), non è difficile supporre un certo rilievo organico e fondamentale in un ambito tanto sensibile e delicato. La valenza costituzionale emergerebbe patentemente là dove si prevedessero ad esempio restrizioni alle approvazioni pontificie o meccanismi di controllo e di coordinamento tra gli organi vicari. Qualora il testo avesse una sorta di efficacia rinforzata integrerebbe a maggior ragione un tratto primario della struttura della Chiesa. I limiti congeniti in una simile operazione di risistemazione dell'apparato legale tuttavia avvalorano l'esigenza di rispettare *in primis* la natura e la missione del popolo di Dio.⁶⁹ La strumentalità della risistemazione delle regole si coniuga insomma con la vita e il fine della comunità ed ha il chiaro intento di incrementare l'ordine sociale giusto del popolo di Dio.

L'esistenza dell'oggetto materiale della disciplina apre dunque la strada ad un possibile riscontro pratico effettuale. Se la cosciente adozione della scienza e della tecnica costituzionale a livello normativo appare ancora lontana, ma non del tutto irrealistica; le smagliature nel tessuto legislativo ecclesiastico possono rivelarsi ad ogni modo un'opportunità per cogliere il segno dei tempi, se non di una svolta, almeno di un salto di qualità nella deontologia degli operatori.

⁶⁸ Già all'epoca della LEF emerse chiaramente come le non indifferenti difficoltà di tipo tecnico-giuridico apparivano in realtà superabili in presenza di una maggior chiarezza e condivisione circa lo scopo e la tipologia dell'intervento (cfr. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, cit., p. 36).

⁶⁹ La costituzione reale della Chiesa agisce non solo da criterio ispiratore e interpretativo dell'ordinamento, ma da clausola-limite intrinseca alle modifiche del sistema, cfr. anche MOLANO, *El Derecho constitucional...*, cit., p. 113.

LA LEGISLAZIONE VIGENTE
SULLA PRESENZA
DI CLERO CATTOLICO ORIENTALE
NEI TERRITORI DELL'OCCIDENTE

FEDERICO MARTI

SOMMARIO: 1. Il decreto *Qua sollerti alacritate* ed il decreto *Non raro accidit*. 2. La regolamentazione sui missionari orientali nelle Americhe ed in Australia. 3. L'emigrazione per fini privati. 4. Risultati conseguiti ed estensione a tutti i territori *extra orientales regiones*. 5. La legislazione vigente. 6. Coerenza del NRA e del QSA rispetto all'intero sistema normativo.

1. IL DECRETO *QUA SOLLERTI ALACRITATE*
ED IL DECRETO *NON RARO ACCIDIT*

COMPRENDERE appieno ed applicare una legge, ancor più quando è il risultato di una stratificazione di vari interventi normativi susseguitisi nel tempo, richiederebbe anzitutto una conoscenza almeno a livello generale di quali siano state le motivazioni alla base della scelta dell'Autorità Ecclesiastica di intervenire autoritativamente in un determinato ambito della vita ecclesiale. Nondimeno ragioni di economia impongono di limitare la trattazione a quella che è la legislazione vigente in materia, rinviando ad un successivo contributo la ricostruzione storica sulla genesi della normativa.¹

La disciplina riguardante la presenza di clero orientale cattolico formalizzata nei noti decreti QSA del 1929² e NRA del 1930³ è il frutto della progressiva stratificazione ed estensione a tutti gli orientali cattolici di disposizioni

¹ Abbreviazioni: *Fontes – Codicis Iuris Canonici Fontes*, a cura di P. Gasparri e I. Serédi, Typis Polyglottis Vaticanis, 1926-1939; CPF (R.O.) – Sacra Congregazione de Propaganda Fide, sezione per gli Affari di Rito Orientale; SCO – Sacra Congregazione per la Chiesa Orientale; ACO – Archivio storico della Congregazione per le Chiese Orientali; LD – *Lettere e Decreti*; QSA – *Qua sollerti alacritate*; NRA – *Non raro accidit*. Alla luce della pubblicazione on-line degli *Acta Apostolicae Sedis* e per evitare di appesantire il testo si è scelto di non citare le disposizioni richiamate.

² SCO, decreto *Qua sollerti alacritate* del 23 dicembre 1929, in AAS, vol. 22 (1930), pp. 99-105.

³ SCO, decreto *Non raro accidit* del 7 gennaio 1930, *ibidem*, pp. 106-108.

originariamente emanate per i fedeli rutheni di tradizione slavo-bizantina provenienti dall'impero austro-ungarico ed installatisi nel Nordamerica.⁴

Riducendo il discorso ai minimi termini si può dire che alla fine degli anni venti del secolo scorso, salvo il caso dei rutheni che per varie vicissitudini avevano in quest'ambito una propria disciplina,⁵ la normativa relativa alla migrazione di clero cattolico orientale in Occidente era rimasta ferma alle disposizioni date da CPF (R.O.) il 12 aprile 1894 con due provvedimenti di analogo contenuto destinati l'uno all'episcopato orientale e l'altro a quello latino, ovverosia le lettere encicliche *In varie occasioni* e *Relatum est*⁶ inviate rispettivamente ai vescovi orientali e latini, da integrarsi con una successiva istruzione del 1896 valida per tutti i sacerdoti cattolici provenienti dalla Polonia e dall'Italia senza distinzione di rito, e volta a regolamentare l'incardinazione nelle diocesi statunitensi.⁷

I problemi legati alla migrazione in prevalenza nelle Americhe ed in Australia di clero cattolico orientale nel corso del tempo anziché assestarsi e

⁴ Per un'analisi storico-giuridica della migrazione dei rutheni nel nord America cfr. F. MARTI, *I Rutheni negli Stati Uniti, Santa Sede e mobilità umana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 322-329; 395-402; 421-428; 479-485.

⁶ CPF (R.O.), lettera enciclica *In varie occasioni* del 12 aprile 1894, «Analecta Ecclesiastica seu Romana Collectanea», Annus Sextus, Fasciculus Primis, Ianuarius 1898, pp. 11-12; CPF (R.O.), lettera enciclica *Relatum est* del 12 aprile 1894, in S.C. DE PROPAGANDA FIDE, *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide seu decreta, instructiones, rescripta pro apostolicis missionibus*, typ. Sacrae Congregationis de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. II, n. 1866. Per qualche approfondimento cfr. F. MARTI, *I Rutheni negli Stati Uniti...*, *op. cit.*, pp. 208-217. La vigenza dell'enciclica del 1984, sempre sostenuta dalla CPF (R.O.), era stata ufficialmente riaffermata nella normativa riguardante la mobilità del clero latino dalla S.C. Concistoriale con il decreto *Clericos peregrinos* del 14 novembre 1903, in ASS, vol. 36 (1903-1904), pp. 355-357, ove si ricordava che «Quo vero ad Sacerdotes Orientalis ritus servantur dispositiones datae a S.C. de Propaganda Fide litteris diei 12 Aprilis 1894» (cfr. *ibidem*, oobreatio, p. 757). Il provvedimento del 1894 ancora veniva dal medesimo Dicastero dichiarato legge vigente nel decreto *Ethnografica studia* del 25 marzo 1914, in *Fontes*, n. 2088.

⁷ S.C. DE PROPAGANDA FIDE, istruzione *Exigua prorsus* del 25 febbraio 1896, in *Fontes*, n. 4933. Diversamente sulla delicata questione della raccolta di elemosine e di intenzioni di messa tra i fedeli orientali della diaspora vi erano stati numerosi interventi per cercare di arginare i gravi abusi e truffe che si erano e si stavano tuttora verificando: cfr. CPF (R.O.) decreto *Cum pluries Praelati* del 15 luglio 1908, in ASS, vol. 41 (1908), pp. 640-641; CPF (R.O.), *Avviso ai cattolici* apparso sull'*Osservatore Romano* del 27 marzo 1909, p. 3; CPF (R.O.), lettera circolare *Sacrae huic* del 1 gennaio 1912, in AAS, vol. 4 (1912), pp. 532-533; SCO, *Monitum* del 21 marzo 1928, in AAS, vol. 20 (1928), p. 107; SCO, *Diffida* apparsa sull'*Osservatore Romano* del 25 marzo 1928, p. 2. Già in precedenza si era occupata incidentalmente della questione la S.C. Concistoriale con la lettera *Recenti decreto* del 22 maggio 1907, in ASS, vol. 40 (1907), pp. 344-346, statuendo che l'invio di intenzioni di messa ai sacerdoti orientali nelle proprie regioni doveva avvenire per tramite della CPF (R.O.) ovvero del delegato apostolico di quelle regioni. Di un ulteriore decreto del medesimo Dicastero con analoghi contenuti e datato 9 settembre 1907 dà notizia D. PRÜMMER, *Manuale Theologiae Moralis*, Herder, Friburghi Brisgoviae, 1915, Tom. III, p. 192, n. 4.

trovare una naturale composizione, si erano progressivamente acuiti. La necessità di provvedere ai bisogni del crescente numero di cattolici orientali nella diaspora di per sé spiegava l'invio continuo di sacerdoti dall'Oriente. Questo però era avvenuto ed avveniva in non pochi casi con la violazione da parte dei gerarchi orientali delle disposizioni emanate dalla Sede Apostolica.⁸ Il tutto poi era aggravato dal continuo afflusso di sacerdoti orientali o sedicenti tali che di propria iniziativa si recavano nelle terre di emigrazione in cerca di fortuna. Per tali ragioni l'8 giugno 1928, «Il S. Padre aderendo al giusto desiderio dell'Episcopato americano ha ordinato che d'ora innanzi non si conceda dalla Congregazione Orientale il permesso ad Ecclesiastici Orientali di recarsi in America, anche se Vescovo».⁹

In tale contesto la SCO sul finire degli anni venti del secolo scorso si decise per un intervento risolutore, nel tentativo di poter finalmente portare un minimo di ordine e normalità in un ambito dove mai sostanzialmente vi erano stati. A tale riguardo nel corso della Plenaria tenutasi il 17 giugno 1929 fu rimessa allo studio dei Padri la ponenza dal titolo *Circa i sacerdoti orientali che si recano nelle Americhe*¹⁰ la cui preparazione era stata particolarmente curata ed aveva visto il coinvolgimento di illustri canonisti quali consultori. L'esito fu la redazione di due distinti schemi di atti normativi, uno riguardante il trasferimento e l'attività pastorale del clero orientale nelle Americhe ed in Australia, l'altro riguardante la raccolta al di fuori delle regioni orientali di elemosine o intenzioni di messa fatta da chierici orientali.

Pio XI nell'udienza del 9 ottobre 1929 accordata al card. Luigi Sincero, Segretario della SCO, dispose: «Il Santo Padre, udito il giudizio di Mgr. Fumasoni Biondi, ordina che si pubblicino i due decreti del 20 luglio 1929 circa i preti Or. emigranti e questuanti, per ora non negli Acta Ap. Sedis, ma però a stampa in modo da farli avere a tutto l'Episcopato di Oriente e di America. Il timore prospettato che ciò sollevi il malumore di alcuni Vescovi Or. e possa recare pregiudizio alla Codificazione non è ritenuto motivo sufficiente di differire: poiché, riconosciuta la necessità, si deve dare il rimedio. Per la trascrizione in inglese si incarichi il Del. Ap. degli Stati Uniti, secondo la sua profferta. Tuttavia si facciano accompagnare i due decreti con una lettera diretta ai Vescovi Or., ove si ricalibri ciò che già è detto nel preambolo di uno

⁸ Ciò detto è importante non cadere in giudizi affrettati. Non si può liquidare la condotta dei gerarchi orientali come semplice negligenza o ancor peggio disobbedienza, poiché il loro agire aveva ben altra e più profonda motivazione ossia, oltre alla difficoltà di avere il costante controllo del proprio clero, il fermo convincimento fondato sulla più assoluta buona fede che la cura pastorale dei fedeli del proprio rito in diaspora spettasse primariamente a loro, come risulta da numerose lettere conservate in ACO, *Oriente Diritto*, N. Prot. 337/28, Fasc. I-III.

⁹ *Circa i sacerdoti orientali che si recano nelle Americhe*, Ponenza N. Prot. 337/28 del 17 giugno 1929, in ACO, Ponenze, anno 1929, tomo II, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*.

dei decreti, che cioè questo regolamento è usato “per tutelare il buon clero orientale che vuole fare veramente sacro e proficuo ministero, e insieme gli orientali emigrati che chiedono pastori di anime secondo il Cuore del Divino Pastore”». ¹¹

L’originario decreto per regolare la presenza di clero orientale, sin dalle prime redazioni era stato diviso in due parti, distinguendo tra coloro che intendevano andare in America ed Australia per assumere la cura spirituale dei fedeli del rito lì emigrati, da coloro che invece lo facevano per ragioni personali sia economiche che morali ovvero si trovavano nella necessità di recarsi in quei luoghi temporaneamente. Per quanto è possibile comprendere da una lettura sommaria del materiale di archivio emerge che il 15 ottobre le bozze dei due decreti vennero inviate a mons. Bacci, fine latinista della Segreteria di Stato, per la revisione della forma latina. Il 24 ottobre il revisore riconsegnò il materiale al Dicastero con le opportune correzioni. Nondimeno il 12 novembre si parlava già di tre decreti, per i quali nell’udienza del 7 dicembre il Santo Padre dispose la pubblicazione immediata negli *Acta Apostolicae Sedis*. ¹² Dal materiale archivistico non è possibile comprendere perché si scelse di dividere le due parti dell’originario unico decreto sulla mobilità clericale. In ogni modo la prima parte fu emanata il 23 dicembre 1929 come decreto QSA; la seconda parte, assieme al decreto per riorganizzare la raccolta delle elemosine *Saepenumero Apostolica Sede*, come decreto NRA il giorno 7 gennaio 1930. Lo slittamento dell’approvazione del NRA e del *Saepenumero* fu dovuto ad un ulteriore passaggio di bozze. Fu però deciso di mantenere unica la data di entrata in vigore per i tre decreti, fissandola per il giorno 1 aprile 1930. ¹³ Importante sottolineare che la limitazione territoriale del QSA e del NRA alle Americhe e all’Australia, lasciava nell’incertezza su quale legge applicare negli altri luoghi dell’Occidente; certa invece in forza dell’art. 18 era la permanenza in vigore della normativa particolare per i rutheni.

2. LA REGOLAMENTAZIONE SUI MISSIONARI ORIENTALI NELLE AMERICHE ED IN AUSTRALIA

Nel QSA, secondo la consueta prudenza che contraddistingueva al tempo l’operato dei vari Dicasteri della Curia romana, nessun accenno o richiamo diretto veniva fatto ai presuli orientali per non aver curato sufficientemente l’applicazione delle disposizioni a suo tempo date dalla Sede Apostolica,

¹¹ Foglio d’udienza del Santo Padre, in ACO, *Oriente Diritto*, N. Prot. 337/28, Fasc. III.

¹² Cfr. *ibidem*.

¹³ Al riguardo giustamente osservava Creusen che «Par disposition spéciale, ce décret et les deux suivants entrèrent en vigueur le 1^{er} avril 1930, bien que leur promulgation ne date que du 22 février et que le fascicule des A.A.S. ait, en fait, paru plusieurs jours après cette date», J. CREUSEN, nota al QSA, «Nouvelle Revue Théologique», vol. 57 (1930), p. 416.

quantunque chi fosse dentro la questione ben poteva scorgerlo tra le righe: «Verum, cum procedente tempore, leges et decreta huiusmodi aut rite non intellecta sint, aut velut in oblivionem venisse viderentur, et abusus non pauci irrepserint, iidemque eius naturae, ut probis ritus orientalis sacerdotibus haud mediocri detrimento esse possent, Sacra haec Congregatio opportunum, immo necessarium esse duxit easdem leges ac decreta iterum commemorare, et restituere, idque praesertim ad spiritualem fidelium orientalium utilitatem efficacius procurandam».¹⁴ Con altrettanta forza e chiarezza veniva ribadito nel secondo paragrafo dell'art. 7 il principio per cui «Unius erit huius Sacrae Congregationis, Ordinariis et ipsis Patriarchis exclusis, hanc licentiam [di emigrare] concedere quam Sacra Congregatio scripto, seu per *rescriptum*, dumtaxat dabit». Se già la menzione dei vescovi latini fra i destinatari della normativa, con la previsione di numerosi obblighi giuridici su loro gravanti in relazione alle necessità spirituali dei fedeli orientali in diaspora, risultava degna di nota, ancor più lo era la previsione dell'art. 15 del decreto. Con tale norma infatti si faceva loro divieto, riprendendo in questo oltre quanto stabilito nella *In varie occasioni* del 1894 anche i vari decreti per Rutheni, di ammettere all'esercizio del Sacro ministero sacerdoti giunti in Occidente in violazione delle disposizioni vigenti, chiaro segno che di fatto ciò accadesse.¹⁵ Da sottolineare infine come ancora una volta il Dicastero, richiamando gli Ordinari latini a fare il possibile per favorire le vocazioni al sacerdozio tra le comunità orientali immigrate, intendesse rimarcare il fatto che il ricorso a chierici fatti venire dall'Oriente era da considerarsi come una misura temporanea e non la soluzione per le necessità spirituali degli orientali cattolici in diaspora.¹⁶

Analizzando nel dettaglio i contenuti del decreto non pochi erano gli elementi di significativa novità rispetto ai succinti provvedimenti precedenti degli anni 1890-1894. Se infatti la struttura di questi era più simile ad una lettera

¹⁴ SCO, decreto QSA, cit., p. 100.

¹⁵ Questa considerazione, nascosta tra le righe, viene espressa nel commento ai tre decreti riportato ne «Il Monitore Ecclesiastico»: «La Sacra Congregazione, pertanto mossa, dal desiderio e dal dovere di tutelare l'assistenza religiosa dei fedeli orientali emigrati, e decisa a voler difendere il buon nome del clero delle Chiese d'Oriente, ha voluto emanare precise norme, la cui osservanza – anche da parte degli Ordinari *latini*, che debbono ampiamente cooperarvi, come risulta dagli stessi decreti – assicuri tutela e protezione al sacro ministero in favore di quei fedeli, e servano a regolare l'invio di buoni sacerdoti nelle Americhe, Canada e Australia, regioni ove più vivo se ne sentiva il bisogno», *Annotazione*, «Il Monitore Ecclesiastico», vol. 42 (1930), p. 171 (corsivo originale).

¹⁶ Osservava al riguardo Dini «In primis igitur Sacra Congregatio tanquam benigna Mater, rogat Ordinarios locorum ut erectionem Ecclesiarum atque Scholarum pro orientalibus populis, curare valeant ac “incolumi manente ritu”, vocationes ecclesiasticas inter filios indigenarum quam maxime foveant», T. DINI, *Animadversiones* al decreto QSA, «Apollinaris», vol. 2 (1930), p. 225.

che ad un atto normativo vero e proprio, il QSA si presentava con un lungo preambolo e ben 19 disposizioni. Il sistema di filtro e controllo sull'emigrazione del clero che continuava a far leva sul ruolo centrale della SCO diveniva molto più raffinato e strutturato, come pure i meccanismi previsti per attivare la procedura per l'invio di sacerdoti. Si riconosceva infatti esplicitamente il diritto per i fedeli immigrati di richiedere l'assistenza di un proprio sacerdote, novità questa che andava a recepire ma anche a correggere ciò che nella maggior parte dei casi era stata la prassi, poiché quasi sempre era avvenuto che le comunità della diaspora avessero richiesto sacerdoti direttamente ai loro vescovi di origine.¹⁷ Ora i fedeli orientali avrebbero potuto fare domanda direttamente al vescovo latino del luogo, il quale aveva l'obbligo di comunicarla *sine mora* tramite il legato pontificio alla Sede Apostolica. Laddove l'ordinario latino, venendo meno ai suoi doveri, non avesse preso in considerazione la richiesta omettendo di comunicarla alla SCO, si stabiliva all'art. 4 addirittura che «Equidem non tantum Domini Patriarchae, et Ordinarii sive latini sive orientalis ritus, sed etiam fideles, possunt directe ea quae, de quibus supra, cum hac Sacra Congregatione communicare; attamen non parvum temporis compedium sequetur, si ordine supra statuto id fiat». Riassumendo i diversi articoli e le varie ipotesi in essi contemplate (iniziativa o comunque informativa sullo stato di necessità proveniente dall'ordinario latino, proveniente dai gerarchi orientali, proveniente dai fedeli orientali), la procedura prevedeva l'acquisizione del parere (ovvero direttamente la richiesta di invio) dell'ordinario latino, il parere del nunzio o delegato apostolico *ad quem*, la designazione dei missionari fatta dai gerarchi orientali, il parere del nunzio o delegato apostolico *a quo* circa il sacerdote da inviare, infine la licenza della SCO data alla luce dei pareri pervenuti.¹⁸ Ovviamente diverso l'oggetto dei pareri del vescovo e del delegato apostolico *ad quem* rispetto a quello dato dal delegato apostolico *a quo*. I primi due davano una valutazione in merito ai bisogni dei fedeli orientali presenti in quella data diocesi ed alla necessità o meno di assicurargli l'assistenza spirituale tramite un sacerdote del rito. Il parere del delegato apostolico *a quo* avrebbe riguardato

¹⁷ Cfr. F. MARTI, *I Rutheni negli Stati Uniti...*, *op. cit.*, pp. 136-141. Un riconoscimento della prassi precedentemente invalsa di chiedere direttamente ai propri gerarchi in Oriente, e la presa d'atto che questa difficilmente sarebbe venuta meno rapidamente si trovava all'art. 2 dove si esortavano i presuli orientali ad inoltrare alla SCO le eventuali richieste di invio di sacerdoti che fossero loro pervenute.

¹⁸ Da sottolineare che l'art. 1 salvaguardava la dignità dell'ufficio patriarcale prevedendo che se il rito orientale "godeva" di un patriarca, le comunicazioni con i vescovi di quel rito a cui provvedeva il legato apostolico, avrebbero dovuto essere effettuate per tramite del patriarca, viceversa direttamente tramite il vescovo interessato. Il tenore letterale dell'art. 8 lasciava intendere che il patriarca avrebbe direttamente preso i contatti con il sacerdote in questione.

invece l'idoneità dell'inviando sacerdote. L'art. 5 imponeva inoltre al gerarca orientale di inviare alla SCO, oltre al nominativo del sacerdote designato, la lettera commendatizia per la celebrazione della divina liturgia nonché un suo *curriculum vitae*, così da mettere il Dicastero nella miglior condizione per prendere una decisione in ordine alla concessione o meno della licenza.¹⁹ La licenza, se concessa, assieme al *celebret* rilasciato dallo stesso Dicastero, sarebbe stata poi recapitata attraverso il delegato apostolico sia al vescovo latino *ad quem* che al gerarca orientale o superiore religioso *a quo*; quest'ultimo poi avrebbe provveduto a consegnarla all'interessato assieme all'autorizzazione ad emigrare.²⁰ Di fondamentale importanza la regola sancita sin dall'encicliche *In varie occasioni* e *Relatum est*, salvo l'omissione nella costituzione *Ea semper* del 1907, costantemente ribadita pure nella legislazione particolare ruthena, secondo cui mancando il rescritto della SCO il vescovo latino nella sua diocesi non poteva ammettere nessun sacerdote orientale al sacro ministero.²¹

Similmente a quanto previsto per i rutheni si prevedeva una procedura notevolmente semplificata nel caso in cui il missionario orientale avesse desiderato trasferirsi da una diocesi ad un'altra della stessa nazione, in quanto sarebbe bastato il consenso scritto del vescovo latino *a quo* e di quello *ad quem* dandone poi notizia al SCO tramite il delegato apostolico.²²

Vale la pena sottolineare che il QSA sul punto del delicato requisito del celibato si mostrava più elastico rispetto a quanto prevedeva la normativa per i rutheni del Canada e degli Stati Uniti, la cui vigenza rimaneva ai sensi del

¹⁹ Il medesimo articolo precisava che «si agatur de sacerdote cleri regularis designatio et informationes transmittantur etiam a suo Superiore».

²⁰ La necessità che pure il gerarca orientale o superiore religioso rilasciassero per iscritto l'autorizzazione ad emigrare o ad allontanarsi temporaneamente si ricava dall'art. 10 dove se ne faceva menzione tra i documenti che il presbitero orientale, una volta giunto a destinazione, doveva presentare al vescovo latino *ad quem*. In forza del *celebret* ricevuto dal Dicastero il sacerdote orientale avrebbe potuto essere ammesso a celebrare nei luoghi in cui si fosse fermato a soggiornare nel corso del viaggio; nel caso in cui la permanenza si fosse protratta oltre il ragionevole l'ordinario del luogo avrebbe potuto allontanarlo, dando notizia dell'accaduto al legato pontificio o allo stesso Dicastero, cfr. art. 9.

²¹ Cfr. art. 15. L'eventuale facoltizzazione di un chierico orientale privo del *rescriptum* della Sede Apostolica doveva comunque ritenersi valida ancorché illecita, cfr. I. JAROS, *Annotaciones* al *Monitum* del 20 luglio 1937, «Apollinaris», vol. 10 (1937), p. 13, n. 10. Vale la pena segnalare come alcuni autori all'epoca evidenziassero la difficoltà di distinguere all'interno della tradizione costantinopolitana, anche ai fini dell'individuazione del diritto applicabile, chi fossero da considerare rutheni poiché «praesertim ex actis S. Sedis non liquet, utrum ritus Slavonico-Byzantinus sit identicus cum Ruthenus aut Italo-Graecus cum Graeco puro. Quae difficultas non est mere theoretica, sed pratica fit, quoties v. gr. in Canada vel USA sacerdos ritus Slavico-Byzantini, Bulgarus vel Russicus, curam fidelium ritus Rutheni suscipieret», I. JAROS, *Annotaciones* al decreto *Cordi semper fuit* del 16 novembre 1938, «Apollinaris», vol. 12 (1939), p. 444.

²² Cfr. art. 13.

ricordato art. 18 fuori discussione. La maggior flessibilità del QSA rispetto a quella particolare per i rutheni era evidente, basti pensare all'art. 6 dove la vedovanza con figli non era più fattore ostativo per l'emigrazione in Occidente, ed anzi soltanto per giusta causa i vedovi potevano essere esclusi dalle diocesi o dai luoghi, come pure dalle diocesi e dai luoghi confinanti, in cui si trovavano i loro figli.²³ Era dunque chiaro che per il Dicastero in linea generale la presenza dei figli nello stesso luogo in cui il missionario esercitava il ministero di per sé non era più così rilevante.²⁴

Interessante era anche l'introduzione dell'obbligo a carico del missionario orientale di inviare una relazione scritta alla SCO riguardo allo stato religioso dei fedeli a lui affidati.²⁵

Disposizione di grande importanza, infine, era il secondo paragrafo dell'art. 10 dove, tra le altre cose, si stabiliva in capo all'ordinario latino l'obbligo di facoltizzare il sacerdote orientale conformemente al tenore del *rescritto*, assegnandogli l'incarico pastorale di cura dei fedeli del proprio rito, e questo perché «licentiam [di emigrare concessa dalla Santa Sede] nunquam secumfert facultatem sacra munia persolvendi. Etenim omnis iurisdictionis ambitus determinandus est ab Ordinario loci»;²⁶ l'esistenza dell'obbligo di facoltizzare non toglieva ovviamente che il missionario orientale, salvo quelle che erano le esigenze del rito, dovesse svolgere secondo le direttive del vescovo latino alla cui giurisdizione diveniva soggetto.

In deroga al principio generale di diritto riconosciuto nel can. 10 del Codice latino del 1917 si disponeva l'applicazione retroattiva delle disposizioni del

²³ Non condivisibile è pertanto l'affermazione secondo cui «La S. Congrégation défend qu'on envoie dans ces pays des prêtres mariés. S'ils sont veufs, ils pourront ne pas être admis au ministère dans les endroits à proximité desquels vivraient leurs enfants», J. CREUSEN, nota al QSA, *op. cit.*, p. 416.

²⁴ Per i rutheni la disciplina era ben più restrittiva in quanto l'art. 15 del *Graeci-rutheni ritus* (vigente in Canada) richiedeva almeno la vedovanza senza figli, e l'art. 12 del *Cum data fuerit* ammetteva solo celibi, anche se poi di questa norma si proponeva un'interpretazione estensiva secondo cui «Coelibes autem hic intellegi videntur sacerdotes, qui aut numquam matrimonium duxerunt, aut vidui sunt absque liberis; ita conicere licet ex constitutione "Ea Semper"», A. HERMAN, *Annotationes* al decreto *Cum data Fuerit*, «Periodica», vol. 18 (1929), pp. 204-205.

²⁵ Cfr. art. 14. La relazione doveva essere consegnata all'ordinario latino il quale, dopo averla approvata ed integrata con sue eventuali osservazioni, l'avrebbe inoltrata alla SCO. A riguardo Coussa notava che l'obbligo di inviare la relazione alla Sede Apostolica «minime vero prohibet quominus dicti sacerdotes ad proprios quoque praesules relationem scriptam circa easdem res mittant» A. COUSSA, *Animadversiones* all'istruzione *Quo facilius*, «Apollinarius», vol. 5 (1932), p. 412. L'attuazione di questa norma al pari delle altre incontrò difficoltà costringendo nuovamente la SCO ad intervenire con il decreto *Cordi semper fuit* del 16 novembre 1938, in AAS, vol. 31 (1939), pp. 169-170, dove oltre a richiamare i missionari al rispetto dell'obbligo della relazione annuale proponeva uno *specimen* di relazione.

²⁶ I. JAROS, *Annotationes* al *Monitum* del 20 luglio 1937, *op. cit.*, p. 12.

QSA riguardanti la presenza e l'operatività in Occidente del clero cattolico orientale, non già di quelle relative alle procedure per l'emigrazione. Così facendo la SCO con saggezza, da un lato, accettava di sanare la situazione di tutti quei sacerdoti che, venuti in violazione delle regole esistenti, si trovavano ormai in Occidente e, dall'altro, si mostrava ferma nel pretendere che da quel momento in avanti la cura pastorale dei cattolici orientali della diaspora dovesse essere assicurata in assoluto rispetto delle disposizioni normative vigenti.

3. L'EMIGRAZIONE PER FINI PRIVATI

Di gran lunga meno complesso ed articolato del precedente, il decreto NRA regolava il trasferimento sia definitivo che temporaneo di chierici orientali nelle Americhe ed in Australia per finalità diverse dall'assistenza spirituale dei cattolici orientali della diaspora. Se dal punto di vista pastorale e giuridico di minor gravità ed importanza erano le questioni sollevate, nondimeno dal punto di vista quantitativo non si trattava certamente di un fenomeno marginale. Il decreto, composto di soli 8 articoli, attribuiva ai legati pontifici il compito di raccordo tra i vari soggetti coinvolti nella procedura e questo non solo per evitare come nel passato casi di falsificazione dei documenti, ma anche probabilmente per avere la possibilità di una verifica in loco della correttezza delle informazioni raccolte.²⁷ Diversamente dal QSA il decreto sull'emigrazione per fini privati non conteneva alcuna clausola di salvaguardia della legislazione speciale per i rutheni; pertanto il NRA trovava piena applicazione anche nei loro riguardi.

La procedura prevedeva che la domanda di emigrare dovesse essere presentata dal sacerdote orientale direttamente al proprio gerarca. Questi avrebbe poi provveduto ad inviarla, unitamente ad una sua valutazione sulla fondatezza delle motivazioni addotte a sostegno della richiesta, al *curriculum vitae* del sacerdote ed al *celebret*, alla SCO per mezzo del legato pontificio. Espletata l'istruttoria il Dicastero avrebbe fatto recapitare tramite la rappresentanza pontificia ovvero direttamente al gerarca dato mero avviso al delegato apostolico, la concessa licenza data *per rescriptum* unitamente al *celebret*.²⁸ Per quanto atteneva il viaggio sia di andata che di ritorno si rinviava direttamente alle norme date nel QSA.²⁹ Nel caso di permanenza protratta

²⁷ Il timore di falsificazione già manifestato nell'art. 15 del QSA, era infatti ripreso all'art. 6 in cui si ordinava al vescovo *ad quem*, laddove non gli fosse pervenuto preavviso da parte del legato pontificio ex art. 3, di non prendere in considerazione qualsivoglia tipo di documento presentatogli dal sacerdote orientale.

²⁸ Cfr. artt. 1-3. Per i casi urgenti l'art. 4 prevedeva la possibilità di concedere ai legati pontifici speciali facoltà per autorizzare direttamente l'emigrazione del sacerdote.

²⁹ Cfr. art. 5.

senza giusta causa oltre il tempo autorizzato, si imponeva all'ordinario *ad quem* di non consentire più al sacerdote di celebrare la Divina Liturgia e di darne avviso al delegato apostolico, salva peraltro la possibilità di intervenire personalmente con ulteriori misure contro il chierico.³⁰

4. RISULTATI CONSEGUITI ED ESTENSIONE A TUTTI I TERRITORI *EXTRA ORIENTALES REGIONES*

Nonostante l'accuratezza con cui si era posto mano alla loro preparazione, i due decreti sul trasferimento di clero orientale ed il contestuale collegato decreto sulla raccolta di elemosine e di intenzioni di messa, non conseguirono significativi risultati. Di fatti a meno di tre anni dalla loro promulgazione, la SCO si vide costretta ad intervenire con l'istruzione *Quo facilior* del 26 settembre 1932³¹ per sollecitare il rispetto dei decreti vigenti o, come affermava il card. Tisserant in risposta ad una richiesta di chiarimenti del 30 settembre 1937³² proveniente da mons. Leone Kierkels delegato apostolico delle Indie Orientali, «Con essa la Santa Sede ha inteso rafforzare e determinare meglio delle norme già altre volte date dalla Santa Sede per il clero orientale che recasi fuori del proprio patriarcato.³³

La prima innovazione introdotta dall'istruzione era senza dubbio l'estensione delle disposizioni del QSA e del NRA a tutti i territori al di fuori delle

³⁰ Questa è la lettura da darsi, alla luce del parallelo art. 15 del QSA, dell'inciso «salvo suo iure» contenuto nell'art. 7.

³¹ SCO, istruzione *Quo facilior* del 26 settembre 1932, in AAS, vol. 24 (1932), pp. 344-346.

³² Nella richiesta si domandava se le disposizioni dei tre decreti dovevano applicarsi nel caso dei sacerdoti malabaresi che uscivano dalle proprie eparchie recandosi nelle altre zone dell'India, di Ceylon e di Malacca, in altre parole se tali regioni potevano considerarsi "regione propria". «Una tale latitudine può recare serii inconvenienti quando i sacerdoti malabaresi si recano fuori delle loro diocesi a scopo di questuare. Quando invece il viaggio si fa a scopo di affari o di visita a parenti ed amici etc. non vi sarebbero gravi inconvenienti. Quindi insistendo sulla necessità di un Rescritto per poter questuare fuori dalle diocesi Orientali, a tenore del Decreto del 7 Gennaio 1930, sottopongo con ogni deferenza se si possa essere più larghi per la celebrazione della S. Messa, essendo frequenti le occasioni di viaggio utili o indispensabili fuori del piccolo territorio malabarese», lettera di Kierkels alla SCO (Tisserant) del 30 settembre 1937, Prot. N. 8602/37, in ACO, Malabaresi, Affari Generali, Prot. N. 20/38.

³³ Lettera della SCO (Tisserant) a Kierkels del 13 gennaio 1938, in ACO, Malabaresi, Affari Generali, Prot. N. 20/38. Altra richiesta sempre in relazione all'istruzione provenne da parte dei vescovi rutheni d'Europa ove si leggeva «Episcopi infrascripti in Conferentiis coadunati rogant humillime Eminentiam Vestram Reverendissimam, ut ex parte eiusdem S. Congregationis, «Actis Apostolicae Sedis» declaratio publicetur, hoc decretum a) minime obligare sacerdotes ritus orientalis, qui ad dioeceses canonicas erectas pertinent; b) respicere eos, qui extra fines propriae dioeceseos sacri ministerii causa emigrant» in ACO, Rutheni, Affari Generali, Prot. N. 1103/32.

regioni orientali risolvendo così i dubbi circa la disciplina vigente nelle altre zone dell'Occidente.³⁴

Tra i vari elementi degni di nota va menzionato il contenuto dell'ultima disposizione (l'art. 9) ove si leggeva «Enixe rogantur Exc.mi Episcopi, ut has normas penitus urgeant, si quos habeant sacerdotes ritus orientalis in sua dioecesi. Ipsi sacerdotes iisdem normis curent statim sese conformare, et *rescriptum*, si nullum habeant, ab hac Sacra Congregatione petere; secus, ad celebrationem Missae in dioecesi extra regionem suam non amplius admitti possunt», poichè fa capire che i principali destinatari dell'istruzione erano i vescovi latini *ad quem*. Infatti i primi a tenere in poca considerazione i decreti erano proprio loro, non essendo raro il caso in cui si mostravano disponibili ad accogliere e facoltizzare sacerdoti privi del *rescriptum* ovvero a continuare ad avvalersi di sacerdoti il cui *rescriptum* era scaduto.³⁵

Senza dubbio ciò che della *Quo facilior* deve essere posto in risalto è l'affermazione contenuta nell'art. 2 laddove, ribadita la regola tenacemente difesa della sottoposizione giurisdizionale dei missionari orientali all'ordinario del luogo, si veniva ad esplicitare un principio nuovo ed assolutamente singolare alla luce non solo dell'art. 10 del *Qua sollerti alacritae* ma anche di tutta la legislazione in materia fino ad allora emanata. Si stabiliva che la sottoposizione all'ordinario latino non faceva cessare e diminuire «vinculum subiectionis a proprio Antistite vel Patriarcha», sentenziando così la sottoposizione del clero orientale ad una duplice giurisdizione.³⁶

³⁴ Cfr. art. 1. Il motivo dell'estensione della disciplina vigente oltre i territori delle Americhe e dell'Australia era che «in alias quoque exteras regiones non raro nec pauci clerici Orientales, varias ob causas, sese conferunt. Alii enim curam fidelium proprii ritus gerunt, sic Melchiatae apud Massiliam etc., alii vero personam respectivi patriarchae apud S. Sedem vel civilia gubernia sustinent cum vel sine fidelium proprii ritus cura spirituali, ita procuratores patriarchales Romae, Lutetiae, et alibi degentes; non pauci tandem exteras regiones ad tempus petunt, negotiorum personalium vel ad proprium praesulem pertinentium agendum causa», A. COUSSA, *Animadversiones* all'istruzione *Quo facilior*, *op. cit.*, p. 412.

³⁵ «La Sacrée Congregation insiste pour que les Ordinaries observent et fassent observer ces prescriptions. On ne peut nier que certains d'entre eux, par une charité mal comprise, mettent leurs vénérés collègues dans un grave embarras, en donnant des *celebret* de complaisance pour quelques jours à des clerics ou prélats orientaux qui voyagent et sollicitent des aumones sans aucune autorisation de la Sacrée Congrégation», nota all'istruzione *Quo facilior*, «Nouvelle Revue Théologique», vol. 60 (1933), p. 71. In maniera più velata lo stesso è affermato da A. BENTLEY, *Roman Documents*, in «The Clergy Review», vol. 5 (1933), p. 165.

³⁶ La legislazione speciale per i rutheni escludeva in maniera netta il mantenimento di qualunque legame giurisdizionale dei missionari rutheni con i gerarchi d'Europa pure nel caso in cui fossero rimasti incardinati nell'eparchie d'origine. Scriveva Coussa commentando l'istruzione «Insuper declarat S.C.O. praedictos clericos non haberi tamquam incardinatos seu adscriptos dioecesi in qua ministerium exercent, sed eosmet dicit manere subiectos propriis quoque Orientalibus praesulibus» A. COUSSA, *Animadversiones* all'istruzione *Quo facilior*, *op. cit.*, pp. 412-413. Di doppia obbedienza parla A. BENTLEY, *Roman Documents*, *op. cit.*, p. 165. In conseguenza di questa doppia giurisdizione Jaros era dell'opinione che il gerarca

Dalla seconda parte dell'art. 9 emerge la consapevole difficoltà del Dicastero ad imporre la propria autorità, poiché di fatto si aprivano le porte ad una sanatoria di coloro che in violazione del QSA e del NRA già si trovavano in Occidente. Tra l'altro, forse senza rendersene pienamente conto, l'istruzione indeboliva ulteriormente l'autorità dei due decreti sull'emigrazione poiché mancando un termine entro cui regolarizzare la propria posizione non era da escludere che un sacerdote orientale anche successivamente a questa istruzione sarebbe potuto andare in Occidente senza richiedere le necessarie autorizzazioni salvo poi domandare la regolarizzazione.

Come già i decreti del 1929 e del 1930, anche l'istruzione del 1932 incontrò non poche difficoltà e resistenze soprattutto, ancora una volta, da parte degli Ordinari latini i quali continuavano a facoltizzare o concedere il *celebret* a sacerdoti orientali sprovvisti della debita autorizzazione. Non a caso il 20 luglio 1937 la SCO pubblicò un *Monitum* nel quale richiamava al rispetto del *decretum* del 1932 «Ne istae gravissimae ac sacrilegae fraudes suum habeant deprecabilem exitum, eadem Sacra Congregatio locorum Ordinarios instantissime rogat ut normas et decreta memorerit quae Apostolica Sedes ad praecavendos huiusmodi dolos et damna non semel tradidit». ³⁷ Dal punto di vista giuridico l'istruzione del 1932, e di conseguenza il successivo *Monitum* del 1937, estendendo a tutto il mondo disposizioni specificamente dettate per le Americhe e l'Australia poneva una difficoltà poiché «questio fieri potest, utrum haec instructio (et per ipsam etiam monitum) vim legis extensivae habeat, an potius tanquam mera interpretatio legum antea promulgatarum intelligenda sit». ³⁸ Se dal punto di vista teorico la questione era particolarmente interessante nondimeno, tenuto anche conto dell'orientamento dottrinale prevalente per cui «constat etiam instructio quandoque novas leges continere posse ac veris propriisque decretis aequiparari», ³⁹ dal punto di vista pratico era di scarsa rilevanza rimanendo comunque chiara ed indiscu-

orientale «iusta tamen de causa et naturali aequitate servata» avrebbe potuto richiamare i propri sacerdoti missionari (cfr. I. JAROS, *Annotationes* al *Monitum* del 20 luglio 1937, *op. cit.*, p. 13, n. 10), ossia proprio l'esatto contrario di quanto si prevedeva nella legislazione particolare per i rutheni (art. 14 del *Cum data fuerit* ed art. 16 del *Graeci-Rutheni Ritus*).

³⁷ SCO, *Monitum* del 20 luglio 1937, in AAS, vol. 29 (1937), pp. 342-343. Quasi ironica è l'affermazione di commento al *Monitum* secondo cui «il semble que ces prescriptions n'ont pas encore obtenu leur plein effet», E. BERGH, nota al *Monitum* del 20 luglio 1937, «Nouvelle Revue Théologique», vol. 64 (1937), p. 1125. Riguardo all'istruzione del 1932, la quale nel *Monitum* veniva ora indicata come decreto, giustamente si faceva notare che: «tamen ista appellationis mutatio non est magni facienda», I. JAROS, *Annotationes* al *Monitum* del 20 luglio 1937, *op. cit.*, p. 11, n. 3. Nel tentativo di dissuadere i vescovi dal violare ulteriormente la normativa, specialmente riguardo alle intenzioni di messa, si introduceva ora la responsabilità personale dell'ordinario riguardo all'esatto adempimento delle intenzioni stesse.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

tibile la sostanza di precetto legale vincolante per le disposizioni contenute nell'istruzione *Quo facilior*.

5. LA LEGISLAZIONE VIGENTE

Dopo aver passato in rassegna le fasi terminali del processo di formazione e consolidamento della legislazione universale sulla presenza di clero orientale in Occidente, resta da affrontare un'ultima questione, ossia dare una risposta alla domanda su quale sia oggi la legislazione vigente. Ciò significa verificare se l'impianto normativo formato dal QSA, dal NRA, dall'istruzione *Quo facilior* e dal *Monitum* del 1937, sia ancora vincolante. Sin da subito è bene premettere che le vivaci discussioni sul tema vertono unicamente sulla questione della migrazione a fini pastorali, e sono a volte contrassegnate dalla mancanza di quella prudenza e tatto che la delicatezza dell'argomento richiederebbe. Il motivo di tanto vivo interesse nasce da una diversità di vedute sull'argomento tra i gerarchi orientali da un lato, e la Santa Sede ed alcuni episcopati nazionali dall'altro. I primi infatti, rivendicando la pari dignità della propria tradizione e trovandosi nella necessità di dover provvedere a fedeli sparsi su territori ampissimi, chiedono di poter impiegare sacerdoti coniugati al servizio delle proprie comunità in Occidente,⁴⁰ mentre la Sede Apostolica ritiene questo un passo non opportuno e certamente ancora prematuro.⁴¹ Più articolata in merito è invece la posizione degli episcopati

⁴⁰ Secondo quanto riportato, a dire il vero con alcune imprecisioni, da L. PREZZI, *Chiesa ucraina: clero uxorato*, «Il Regno-Attualità», n. 16 del 1998, p. 526 «il 1° settembre il Consiglio dei Gerarchi della Chiesa cattolica di rito ucraino e ruteno negli USA ha deciso, secondo i poteri previsti dal nuovo *Codice dei canoni delle chiese orientali*, che i preti sposati greco-cattolici possono esercitare il ministero nelle diocesi ucraino-rutene del Nordamerica: con ciò viene annullato il divieto imposto da Roma nel 1890 e poi confermato coi decreti *Cum data* e *Qua sollerti* del 1929». Ben più famosa certamente la dichiarazione del 9 agosto 1976 del Patriarca Maximos V Hakim, in reazione alla notizia apparsa sul settimanale *The Tablet* del 10 aprile 1976 della sospensione di tre sacerdoti ucraini coniugati in Canada motivata tra l'altro in base ai divieti circa la presenza di sacerdoti orientali coniugati in Occidente, nella quale forte anche delle posizioni morbide sul punto di diverse conferenze episcopali interessate, invocava la revoca dei divieti vigenti in virtù del decreto *Orientalium Ecclesiarum* n. 16. Cfr. «Canon Law Digest», vol. VIII, pp. 53-55.

⁴¹ Cfr. la lettera del Segretario di Stato card. Angelo Sodano del 4 marzo 1998, di cui si dà notizia in «Irénikon», vol. 71 (1998), pp. 378-379, con la quale nell'ordinare l'allontanamento dei sacerdoti coniugati della chiesa greco-cattolica ucraina dalle eparchie della Polonia si ribadiva il permanere in vigore della legislazione restrittiva sul clero orientale uxorato in Occidente. L'esplosione di numerose proteste indusse il Segretario di Stato a soprassedere dal pretendere l'esecuzione della sua decisione, invitando ad un approfondimento della questione, cfr. L. LORUSSO, *Estensione delle potestà patriarcale e sinodale in diaspora: designazione dei Vescovi, erezione di circoscrizioni ecclesiastiche, clero uxorato*, «Angelicum», vol. 83 (2006), p. 864. Anche i Romani Pontefici Paolo VI e Giovanni Paolo II avrebbero espressamente dichiarato la vigenza dei decreti sull'emigrazione, cfr. G. NEDUNGATT, *USA: Forbidden Territory for*

latini nei cui territori sono presenti comunità orientali, poiché alcune sono sostanzialmente favorevoli, come ad esempio l'episcopato canadese e quello australiano, altre conservano una posizione di cautela su tale argomento, come la conferenza episcopale statunitense,⁴² o di netta chiusura come la conferenza episcopale italiana.⁴³

Rispondere al quesito se il QSA ed il NRA, come pure le norme speciali per i Rutheni, siano ancora in vigore non è facile tenuto conto che si sono succedute dalla sua promulgazione due legislazioni generali di diritto canonico orientale: la prima, peculiare nelle modalità di promulgazione, problematica nella sua attuazione ed ancor più nella sua riduzione a ordinamento sistematico generale, avvenuta sotto il pontificato di Pio XII tramite quattro motu proprio;⁴⁴ la seconda compiuta ed organica avvenuta nel 1990 con la promulgazione del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (CCEO).

Iniziando ad analizzare l'impatto della prima legislazione generale occorre partire dal dato che nessuno dei quattro motu proprio conteneva disposizioni sulla legge in generale similmente a quanto previsto nel libro primo

Married Eastern Catholic Priests, «The Jurist», vol. 63 (2003), p. 157. Nella sessione ordinaria del 9 giugno 1992 la Congregazione per le Chiese Orientali ha riaffermato la perdurante vigenza delle restrizioni circa la presenza di clero orientale coniugato in Occidente. Tale decisione, ricevuta l'approvazione del Santo Padre, è stata comunicata il 30 ottobre 1992 al cardinale Lustiger nella sua veste di Ordinario di Francia per i cattolici orientali sprovvisi di gerarchia propria, cfr. A. FLEYFEL, *Quelques réflexions sur la présence en Occident de prêtres catholiques orientaux mariés*, in «Istina», vol. 54 (2009), pp. 421-422. Il medesimo orientamento è stato confermato in occasione dell'elaborazione della legislazione particolare della Chiesa metropolitana *sui iuris* di Pittsburgh dei Bizantini, cfr. N. R. A. RACHFORD, *Norms of Particular Law for the Byzantine Metropolitan Church sui iuris of Pittsburg, USA and its implications for Latin Dioceses*, «CLSA Proceedings», vol. 62 (2000), pp. 238-241.

⁴² Cfr. G. NEDUNGATT, *Forbidden Territory...*, *op. cit.*, pp. 167-168.

⁴³ In Adista Notizie del 4 dicembre 2010 n. 93 è stata pubblicata la notizia secondo la quale il 13 settembre 2010 il presidente della Cei, card. Angelo Bagnasco, avrebbe inviato all'arcivescovo maggiore della Chiesa greco-cattolica rumena, mons. Lucian Muresan, una lettera riservata nella quale scriveva che «dopo aver attentamente esaminato la questione anche alla luce dei dati numerici relativi alla consistenza delle comunità etniche provenienti da Paesi dell'Est europeo e alla situazione del clero nelle diocesi italiane, [la Cei] ritiene che, al presente e in linea generale, non esista la 'giusta e ragionevole causa' che giustifichi la concessione della dispensa. La convenienza di tutelare il celibato ecclesiastico e di prevenire il possibile sconcerto nei fedeli per l'accrescersi di presenze sacerdotali uxorate prevale infatti sulla pur legittima esigenza di garantire ai fedeli cattolici di rito orientale l'esercizio del culto da parte di ministri che parlino la loro lingua e provengano dai loro stessi Paesi».

⁴⁴ Pio XII, motu proprio *Crebrae allatae* del 22 febbraio 1949, in AAS, 41 (1949), pp. 89-117, riguardante il matrimonio; *Sollicitudinem Nostram* del 6 gennaio 1950, in AAS, 42 (1950), pp. 5-120, relativo al diritto processuale; *Postquam Apostolicis Litteris* del 9 febbraio 1952, in AAS, 44 (1952), pp. 65-152, sui religiosi, i beni ecclesiastici e sul significato dei termini tecnici adottati dal legislatore; *Cleri sanctitatis* del 2 giugno 1957, in AAS, 49 (1957), pp. 433-600, sui riti orientali e sulle persone.

del Codice del 1917. In via analogica si può senza timore di errore applicare in merito le disposizioni codiciali latine, e tra queste particolarmente utile si rivela il can. 22 che recitava «lex posterior, a competenti auctoritate lata, obrogat priori, si id expresse edicat, aut sit illi directe contraria, aut totam de integro ordinet legis prioris materiam; sed firmo praescripto can. 6, n. 1, lex generalis nullatenus derogat locorum specialium et personarum singularium statutis, nisi aliud in ipsa expresse caveatur». Ora in forza della norma richiamata pare possibile affermare che i motu proprio non abbiano affatto inciso né sulla disciplina universale riguardante il trasferimento di clero orientale in Occidente né su le singole disposizioni in materia contenute nella legislazione particolare per i rutheni, poiché nella legislazione di Pio XII non si dava alcuna nuova regolamentazione generale in tale ambito, e dunque questa non poteva considerarsi come riorganizzante integralmente la materia secondo quanto richiesto dal can. 22 del Codice del 1917 e quindi abrogativa. E ciò ancorché il *Cleri sanctitati* introducesse due elementi di novità, in quanto data la loro limitatezza e scarsa importanza non potevano nemmeno lontanamente essere qualificati come una nuova disciplina sostitutiva della precedente ai sensi del can. 22 del Codice del 1917. Tali modifiche erano più che altro degli innesti che andavano ad inserirsi sulla regolamentazione esistente: la prima, introdotta con il can. 85 §1 del *Cleri sanctitati*, riconosceva ai gerarchi orientali la facoltà di autorizzare la permanenza dei propri chierici in occidente fino a sei mesi, ribadendo però al § 2 l'esclusiva competenza della Santa Sede per periodi più lunghi; la seconda, introdotta con il can. 261, prevedeva, alla luce della rivalutazione della figura e dei poteri (per certi versi anche superiore alla tradizione orientale) operata dai motu proprio nei riguardi dell'ufficio patriarcale, l'obbligo in capo al sacerdote orientale in cura d'anime nelle terre di emigrazione di inviare una relazione quinquennale alla SCO ed al Patriarca (can. 261 § 2 n. 5), ed il riconoscimento a quest'ultimo del potere di richiamare in Oriente i propri sacerdoti (can. 261 § 3 n. 2). Per la medesima ragione lo *status quo* normativo non cadeva sotto la scure della clausola derogatoria apposta ai motu proprio il cui scopo era unicamente di assicurare la prevalenza assoluta delle disposizioni dei motu proprio (salvo eccezioni espressamente previste) su eventuali norme ad essi contrarie. Quanto ora argomentato vale pure a sostenere la sopravvivenza delle norme in materia contenuta nella legislazione particolare per i rutheni.⁴⁵ La definitiva certezza che la normativa universale sul clero orientale in Occidente, e pure la legislazione particolare per i rutheni degli Stati Uniti

⁴⁵ Peraltro le uniche norme del *Cum data fuerit* ad essere eliminate per effetto della nuova legislazione orientale, e nello specifico il m.p. *Crebrae allatae*, furono gli artt. 38, 39 e 40 (così come i corrispettivi artt. 44, 45 e 46 del decreto per il Canada *Graeci-rutheni ritus*), cfr. V. J. POSPISHL, *Interritual Canon Law Problems in the United States and Canada*, op. cit., pp. 208 e 219.

non fu toccata viene data dal can. 23 del Codice del 1917, che disponeva «in dubio revocatio legis praeexistentis non praesumitur, sed leges posteriores ad priores trahendae sunt et his, quantum fieri possit conciliandae».

Passando ad analizzare la questione della perdurante vigenza del QSA e del NRA e di quella particolare per i Rutheni a seguito della promulgazione del Codice orientale bisogna anzitutto far rilevare che ai sensi del can. 6 n. 1 del CCEO «Codice vim obtinente: 1° abrogatae sunt omnes leges iuris communis vel iuris particularis, quae sunt canonibus Codicis contrariae aut quas materiam respiciunt in Codice ex integro ordinatam». Ora per quanto riguarda il QSA ed il NRA, esulando completamente l'ambito del decreto dai contenuti del CCEO, è fuori dubbio che non siano stati toccati. Lo stesso è da dirsi delle disposizioni date per i Rutheni riguardanti la mobilità clericale.

Parecchi sforzi sono stati fatti in dottrina per sostenere la tesi dell'abrogazione di qualunque restrizione circa la presenza di clero orientale in Occidente. Un primo tentativo si fonda sull'assunto che il can. 393 del CCEO «has reordered all previous regulations on the distribution of clergy. By virtue of this canon every previous stipulation which restricted the movement of married priest is rendered juridically ineffective. Every norm against the immigration of married priests issued by the Apostolic See from 1890 onwards has now been abrogated by the Code. *Cum data fuerit* and *Qua sollerti* have been abolished». ⁴⁶ Ciò peraltro avrebbe comportato anche il venir meno del divieto di ordinare in Occidente fedeli orientali coniugati in quanto la proibizione riguardante «the ordination of married men in the United States [e così negli altri territori dell'Occidente] was simply the corollary of or a necessary inference from this more fundamental restriction, i. e., “Quum quid prohibetur, prohibetur omnia quae sequuntur ex illo”». ⁴⁷ Ora, si sostiene, essendo state abrogate le restrizioni in ordine all'immigrazione del clero orientale, sarebbe perciò venuta meno anche la norma derivata o implicita vietante l'ordinazione di uomini sposati in Occidente, e questo a prescindere dal fatto che «the intention of Eastern Code Commission [nel redigere il can. 758 §3] was, therefore, to uphold the celibacy discipline wherever it was already in force by virtue of laws prior to the promulgation of the Code». ⁴⁸ Tralasciando ogni considerazione in ordine alla tesi secondo cui il divieto di ordinare gli uomini coniugati sarebbe una norma derivata e dipendente dalla normativa vietante l'emigrazione in Occidente per il clero uxorato, pare sufficiente un'unica semplice osservazione a far cadere tutto il ragionamento. Il can. 393 non

⁴⁶ R. M. CHOLIJ, *An Eastern Catholic Married Clergy in North America: Recent Changes in Legal Status and Ecclesiological Perspective*, «Studia Canonica», vol. 31 (1997), p. 325.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 313.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 321.

è assolutamente una norma riguardante la «distribution of clergy», ossia una norma che voglia regolamentare o quantomeno dare delle indicazioni circa l'esercizio del sacerdozio ordinato e la sua distribuzione ma, come è evidente *ictu oculi* sia dal suo chiaro tenore letterale come dalla sua collocazione sistematica nel titolo *De Iuribus et Obligationibus Clericorum*, essa ha come scopo semplicemente quello di sancire il dovere per ogni sacerdote di rendersi disponibile al sacrificio di assumere incarichi pastorali nelle missioni e nelle regioni che soffrono di scarsità di clero. Viceversa non è assolutamente configurabile un corrispondente diritto soggettivo in capo al chierico in forza del quale egli possa avanzare la pretesa di recarsi in "missione".⁴⁹ L'altra tesi, che senza dubbio ha il pregio di essere giuridicamente molto più solida, è quella espressa da Nedungatt. Pienamente condivisibile è quanto egli dice riguardo alla permanenza in vigore della normativa in questione, ossia che «the Second Vatican Council did not formally abrogate the 1930 norms either: for, first, the council only declared the ecclesial and legal principles regarding the legislative and administrative authorities; secondly, the council did not expressly refer to the 1930 norms, though it is quite likely that some council Fathers had them in mind» e che tali decreti di per sé non possono essere considerati in contrasto con il can. 373 del CCEO, solitamente invocato per sostenere il superamento delle restrizioni in tema di sacerdozio coniugato laddove afferma la pari dignità tra il sacerdozio coniugato e quello celibatario, poiché «to limit the exercise of ministry territorially, either of married clerics or of celibate clerics, is not per se an act contrary to the esteem or honour due to them».⁵⁰ Diversamente non altrettanto condivisibile è la qualificazione giuridica da lui data ai summenzionati provvedimenti di «administrative acts, or *praecepta singularia*, imposed on a determined category of persons», da cui fa discendere ex can. 1513 §1 del CCEO la sopravvivenza dei decreti.⁵¹ In ogni modo,

⁴⁹ Giustamente critici verso la tesi di Cholij sono P. GEFAELL, *Clerical Celibacy*, «Folia canonica», vol. 4 (2001), pp. 75-91; G. NEDUNGATT, *USA: Forbidden Territory...*, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁰ G. NEDUNGATT, *Celibate and Married Clergy in CCEO Canon 373*, «Studia Canonica», 36 (2002), p. 161.

⁵¹ *Ibidem*. L'Autore non spiega in base a quali elementi formuli questo giudizio, si può ipotizzare che lo faccia risalire alla natura di organo di potestà esecutiva della SCO. In ogni modo che i provvedimenti in questione siano atti di natura legislativa è fuori dubbio, sia perché gli Autori hanno sempre trattato i decreti in questione come legge, sia perché vigente il Codice del 1917 la dottrina più autorevole riteneva che «Sacrae Romanae Congregationes et alia Sanctae Sedis Officia participant etiam aliquantulum potestatem legislativam et, servatis legitimis praescriptis, ius aut leges condunt praeditas non raro vi universali, sed maxime vi particulari», P. MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici ad Normam Novi Codicis, Commentarium pro Religiosis*, Romae, 1921, p. 192, n. 186, lett. c.; cfr. anche G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici, Commentarius Libri I Codicis Iuris Canonici*, Typis Societatis S. Joannis Evangelistae Desclé et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae, editio altera, 1949, vol. 1, p. 219, lett. c.

affermata la vigenza formale dei divieti sulla presenza di clero coniugato in Occidente, Nedungatt li ritiene non più vincolanti in concreto sostenendo la tesi dalla loro cessazione *ab intrinseco* poiché sarebbe venuto meno il *finis legis* alla base dei provvedimenti (cioè evitare lo *scandalum pusillorum* che la presenza di sacerdoti cattolici coniugati potrebbe suscitare tra i fedeli latini), tanto è vero, prosegue, che all'interno della stessa Chiesa cattolica latina non poche sono le voci che auspicano l'abolizione dell'obbligo del celibato per i sacerdoti latini.⁵² Tuttavia, tralasciando di approfondire la questione riguardante la possibilità di applicare l'istituto della cessazione *ab intrinseco* ad atti di natura amministrativa ed in particolare al precetto singolare, a non convincere è proprio l'ultima affermazione di Nedungatt. Come è noto per un caso di cessazione della legge *ab intrinseco* occorre in generale che la finalità perseguita venga meno *adaequate* cioè integralmente, e *totaliter*, ossia per tutta la comunità.⁵³ Pure ammettendo che oggi il rischio di uno *scandalum pusillorum* sia inesistente, la normativa *de qua* non è comunque priva di fine. Infatti nonostante il passare del tempo ed il mutare delle circostanze la vecchia legge, nata essenzialmente per evitare uno scandalo, ha mantenuto un proprio *finis* dal momento che la diffusione di clero orientale uxorato in Occidente potrebbe essere strumentalizzata da coloro i quali, dentro e fuori la Chiesa latina, premono per l'abolizione della tradizione del celibato sacerdotale, la cui effettiva vigenza è certamente uno dei frutti più significativi della riforma gregoriana,⁵⁴ il che andrebbe evidentemente contro il *bonum commune Ecclesiae*.⁵⁵ Appare pertanto non

⁵² Cfr. G. NEDUNGATT, *Celibate and Married...*, *op. cit.*, pp. 164-165; IDEM, *USA: Forbidden Territory...*, *op. cit.*, pp. 158-170.

⁵³ Cfr. P. MAROTO, *Institutiones...*, *op. cit.*, pp. 258-259, n. 245, lett. A; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, Marietti, Taurini, 1950, editio quarta, vol. I, pp. 43-44, n. 28; G. MICHIELS, *Normae Generales...*, *op. cit.*, vol. I, p. 647, lett. B.

⁵⁴ Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, SEI, Torino, 1989, p. 149. Specchio evidente di quanto forti siano gli attacchi all'interno della Chiesa contro la tradizione latina del celibato sacerdotale, è il fatto che il cardinale Mauro Piacenza, Prefetto della Congregazione per il Clero, abbia sentito la necessità di intervenire pubblicamente sulla questione firmando un commento sul quotidiano della Santa Sede nel quale, dopo aver ricordato che il celibato «è una legge solo perché è un'esigenza intrinseca del sacerdozio e della configurazione a Cristo che il sacramento dell'Ordine determina», ha inteso sottolineare con forza che «il motivato sostegno al celibato e la sua adeguata valorizzazione nella Chiesa e nel mondo possano rappresentare alcune tra le vie più efficaci per superare la secolarizzazione», M. PIACENZA, *Questione di radicalità evangelica*, «Osservatore Romano» del 23 marzo 2011, p. 1.

⁵⁵ Altro argomento addotto da Nedungatt per sostenere l'abrogazione della legislazione qui commentata si fonda sulla constatazione che alcuni gerarchi orientali hanno in più occasioni ordinato persone coniugate per il ministero pastorale in America in spregio alla legislazione vigente. Da qui si sostiene la possibilità che si stia formando una consuetudine *contra legem* ai sensi del can. 1507 § 3 del CCEO e di conseguenza «if the COC [la Congregazione per le Chiese Orientali] continues to be inactive, with the "activity" of the concerned Churches

possibile allo stato attuale affermare che nella legislazione *de qua* manchi il *finis legis*.⁵⁶

In ogni modo a prescindere dalle diverse argomentazioni giuridiche che si possono addurre, è un dato di fatto che la vigenza dei provvedimenti sopra menzionati è stata in più occasioni ribadita dalla Sede Apostolica.

6. COERENZA DEL NRA E DEL QSA RISPETTO ALL'INTERO SISTEMA NORMATIVO

Esula certamente dal compito del canonista esprimere valutazioni in ordine all'opportunità di vietare ai chierici cattolici orientali coniugati il trasferimento in Occidente, spettando ciò unicamente all'Autorità ecclesiastica. Compete però al canonista stabilire, dal punto di vista giuridico, se e quali siano effettivamente le norme vigenti alla luce dei principi dell'ermeneutica giuridica.

Ciò premesso, nel ripercorrere il complesso iter che ha portato al definitivo consolidamento della normativa sulla presenza di clero orientale uxorato in Occidente si è tentato di evidenziarne i diversi cambiamenti ed il suo progressivo affinamento. Il QSA ed il NRA (e per i discendenti dei rutheni le disposizioni appositamente emanate per loro) rappresentano sino ad oggi il punto di riferimento vincolante per le diverse Autorità ecclesiastiche coinvolte nella cura spirituale dei cattolici orientali stanziati nei territori tradizio-

sui iuris the 1930 norms will stand revoked by force of law (if already they are not devoid of force *effectively*). In such a fluctuating context, some hold that is *morally* licit to anticipate that future moment and act in matters not involving validity of a serious nature but only *legal* liceity», G. NEDUNGATT, *Celibate and Married Clergy...*, *op. cit.*, pp. 166-167. A dimostrazione della difficile sostenibilità giuridica di tale posizione basti ricordare le richiamate prese di posizione ufficiali della Sede Apostolica a sostegno della vigenza della legislazione *de qua*. Tutto ciò esclude in partenza che si possa configurare il momento genetico di una consuetudine poiché viene a mancare il presupposto di base di tale istituto, ossia l'essere stata osservata legittimamente: «consuetudo vigenti iuri canonico contraria aut, quae est praeter legem canonicam, vim iuris obtinet tantum, si legitime per annos triginta continuos et completos servata est. [...]», can. 1507 § 3 del CCEO.

⁵⁶ Di diverso avviso è Condorelli il quale, rilevato che fu la minaccia per la castità del clero e lo scandalo per i fedeli laici a determinare la decisione della SCO di vietare la presenza di clero orientale coniugato in Occidente, osserva che «oggi la persistenza di tale minaccia e di tale scandalo sembra venuta meno, come emerge da varie dichiarazioni, più o meno esplicite, del clero e dell'episcopato delle nazioni coinvolte (Canada, Stati Uniti, Australia). Sembra venuta meno pertanto, la *causa finalis* delle proibizioni emanate negli anni 1929/1930. Tutta la questione merita dunque di essere riconsiderata», O. CONDORELLI, *Giurisdizione universale delle chiese sui iuris? Frammenti di una ricerca*, «Ius Ecclesiae», vol. 22 (2010), pp. 359-360. In dottrina tra gli Autori che con più forza premono per il superamento dei divieti in questione vanno ricordati D. MOTIUK, *The Code of Canons of the Eastern Churches: Some Ten Years Later*, «Studia Canonica», vol. 36 (2002), pp. 212-217; G. NEDUNGATT, *Celibate and Married Clergy...*, *op. cit.*, pp. 158-167; IDEM, *USA: Forbidden Territory...*, *op. cit.*, pp. 156-158.

nalmente classificati come Occidentali; la mutazione dell'obiettivo primario della legge, non più il prevenire un possibile scandalo tra i fedeli ma piuttosto la difesa della tradizione latina del celibato sacerdotale, è alla base della loro sopravvivenza giuridica. Tuttavia la fermezza di questa conclusione dipende dalla coerenza con il resto della normativa in materia.

La posizione generalmente accolta ed osservata in via di prassi a favore della cogenza attuale del QSA e del NRA mostra oggi un punto di criticità, in quanto l'argomento della difesa del celibato sacerdotale nella Chiesa latina, decisivo per sostenere la tesi della permanenza in vigore delle disposizioni commentate, appare indebolito dalle recenti decisioni prese dalla Sede Apostolica nei riguardi delle comunità anglicane desiderose di rientrare nella piena comunione cattolica.⁵⁷ Diversamente dal giudizio espresso da importanti autori per i quali l'argomento della difesa del celibato sarebbe decaduto già a partire dagli anni ottanta,⁵⁸ ossia da quando la Santa Sede con la *Pastoral provision* ha inaugurato una fase di generosa apertura e disponibilità verso i pastori delle comunità episcopaliane statunitensi convertiti al cattolicesimo ai quali si concede senza particolari difficoltà la sacra ordinazione,⁵⁹ si deve dire che soltanto con la recente costituzione apostolica *Anglicanorum coetibus* e le relative norme complementari si è introdotto un elemento veramente in grado di mettere in discussione la "ragionevolezza" della disciplina riguardante la presenza di clero orientale coniugato in Occidente. Con le nuove disposizioni per gli ex-anglicani infatti, oltre a sollevare

⁵⁷ La Congregazione per la Dottrina della Fede con il decreto *The supreme law* del 15 gennaio 2011 ha eretto il primo ordinariato personale per gli ex-anglicani di Inghilterra e Galles. Il documento è pubblicato nel sito ufficiale dell'ordinariato all'indirizzo <http://www.ordinariate.org.uk/resources.htm>.

⁵⁸ Cfr. L. LORUSSO, *Estensione delle potestà patriarcale e sinodale in diaspora...*, *op. cit.*, p. 864, il quale invocava perciò «un esplicito intervento della Sede Apostolica che abroghi il divieto di inviare in diaspora chierici coniugati o di ordinare candidati coniugati», *ibidem*. L'argomento della disponibilità verso i pastori coniugati appartenenti alle comunità anglicane e protestanti, tornato alla ribalta con la costituzione apostolica *Anglicanorum coetibus*, è stato nuovamente riproposto come ragione per superare i divieti riguardanti il clero orientale uxurato in Occidente da A. FLEYFEL, *Quelques réflexions sur la présence en Occident de prêtres catholiques orientaux mariés*, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁹ Questo fenomeno ha iniziato ad assumere una certa rilevanza a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso quando la conferenza episcopale americana «voted twice in executive session in favor of the development of a process for the reception, priestly formation and ordination of married Episcopalian priests. [...] The Congregation for the Doctrine of the Faith responded favorably in a letter dated July 22, 1980. [...] The procedure to be followed in preparation for the ordination of a married Episcopalian priest is part of what is called the Pastoral Provision», R. A. HILL, *Ordination of Married Protestant Ministers*, «CLSA Proceedings», vol. 51 (1989), p. 96. Un ottimo studio sull'argomento è quello di J. M. SHEEHAN, *A new canonical configuration for the "Pastoral Provision" for former Episcopalians in the United States of America?*, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, Facultas Iuris Canonici, Thesis ad Doctoratum in Iure Canonico totaliter edita, Romae, 2009.

alcune questioni di ordine ecclesiologicalo e difficoltà di coerenza giuridica con l'ordinamento canonico generale ben evidenziate dalla dottrina,⁶⁰ si è forse inconsapevolmente aperta una crepa nel sistema disciplinare riguardante il celibato del clero (can. 277 §1), cosa questa che non si era determinata con la *Pastoral provision* dal momento che, come espressamente dichiarato dalla Sede Apostolica, si trattava in quel caso di dispense date in favore di singole persone provenienti dal clero episcopaliano,⁶¹ da accordare solo dopo aver adottato ogni cautela «to remove any danger of scandal, and to avoid any possibility of erroneous interpretations concerning the abolition of celibacy».⁶²

In forza delle odierne disposizioni per gli ex-anglicani per la prima volta, nonostante l'affermazione di principio per cui «Ordinarius, omnino disciplinae in Ecclesia Latina circa caelibatum clericalem satisfaciens, *pro regula* ad presbyteralem ordinem dumtaxat viros admittet caelibes», con il §2 dell'art. VI della costituzione apostolica ed ancor più con l'art. 6 §1 delle norme complementari si introduce nell'ordinamento canonico una via ordinaria, cioè *secundum legem*, per l'accesso al sacerdozio di fedeli coniugati che sono già cattolici di tradizione latina, ancorché questa vada intesa in senso restrittivo e *singulis in casibus*,⁶³ cosa completamente diversa da quanto contemplato dalla *Pastoral provision* dove si aveva a che fare con persone provenienti dalle comunità episcopaliane statunitensi. In quest'ultima norma si dispone infatti che «in considerazione della tradizione ed esperienza ecclesiale anglicana, l'Ordinario può presentare al Santo Padre la richiesta di ammissione di uomini sposati all'ordinazione presbiterale nell'Ordinariato, dopo un processo di discernimento basato su criteri oggettivi e le necessità dell'Ordinariato. Tali criteri oggettivi sono determinati dall'Ordinario, dopo aver consultato la Conferenza Episcopale locale, e debbono essere approvati dalla Santa Sede». Da ciò appare chiaro che la deroga al principio sancito nel can. 277 §1 (consacrato poi nell'impedimento di cui al can. 1042 n. 1), particolarmente

⁶⁰ Cfr. E. BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, «Ius Canonicum», vol. 50 (2010), pp. 188-195; J. I. ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, «Ius Ecclesiae», vol. 22 (2010), pp. 166-172.

⁶¹ Cfr. la dichiarazione della S.C. per la Dottrina della Fede del 31 marzo 1981, «Canon Law Digest», vol. IX, pp. 734-735.

⁶² Lettera del nunzio apostolico Pio Laghi ad un vescovo statunitense nel gennaio del 1985, riportata in «Canon Law Digest», vol. XI, p. 249.

⁶³ A questo riguardo in dottrina si è osservato che il Codice latino non sarebbe in grado di far fronte alle esigenze disciplinari e giuridico-economiche legate alla presenza di clero coniugato e che vi sarebbe quindi una *lacuna legis*, cfr. J.A. CORIDEN, e J.H. PROVOST, *Canonical implications to the ordination of married men to the priesthood in the United States of America*, «CLSA Proceedings», vol. 59 (1997), pp. 130-135. Tuttavia il can. 281 §3 riguardante i diaconi coniugati che si occupano del ministero pastorale a tempo pieno ben costituisce, assieme alla generale disciplina sui chierici, un punto di riferimento importante da cui partire.

con riguardo alle norme complementari, non si configura quale dispensa, la cui funzione «è precisamente quella di produrre (per una causa giusta) in un caso singolare un risultato giuridico che è proprio l'opposto a quello previsto legalmente, giacché data l'eccezionalità del caso, non era stato possibile contemplarlo in sede legislativa»,⁶⁴ ma piuttosto assume caratteristiche che l'avvicinano di molto al diverso istituto della licenza.⁶⁵ Per quanto detto non particolarmente felice appare dunque la scelta di inserire in una legge generale una disposizione che vorrebbe essere eccezionale ma che, per quanto sia sottoposta a rigorose condizioni, nel far parte di una previsione generale perde la nota di eccezionalità.

L'assoluta novità di quanto posto in essere con l'*Anglicanorum coetibus* è evidente al considerare che in precedenza l'eccezione alla regola del celibato era ammessa unicamente *in favorem fidei*, e cioè per facilitare il passaggio di pastori delle comunità episcopaliane statunitensi al cattolicesimo, oggi invece si contempla espressamente l'ipotesi di ordinare fedeli coniugati che sono già cattolici, sia pure con i criteri stretti di cui si è parlato. L'idea di preti cattolico-anglicani coniugati, che ben più pericolosi sono da reputarsi per la tradizione latina del celibato rispetto ai chierici orientali visto che con i preti romano-latini condividono l'abito ecclesiastico e molta parte del patrimonio liturgico, spirituale e disciplinare, corre perciò il rischio di far apparire le vigenti restrizioni per i sacerdoti cattolici orientali uxorati come una disparità di trattamento discriminatoria.⁶⁶ Nell'attesa di opportuni interventi correttivi è perciò indispensabile, per mantenere la coerenza del sistema canonico, attenersi ad un'interpretazione restrittiva dell'art. VI dell'*Anglicanorum coetibus* e dell'art. 6 delle norme complementari secondo lo spirito dell'enciclica *Sacerdotalis coelibatus* di Paolo VI.⁶⁷ Diversamente si determinerebbe una lesione del principio di uguaglianza giuridica con riferimento alla ragione posta alla base dei divieti che impediscono al clero orientale coniugato di stabilirsi in Occidente, ossia la difesa della tradizione latina del celibato sacerdotale.

⁶⁴ E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 202.

⁶⁵ Senza approfondire la questione, di semplice dispensa dall'impedimento di cui al can. 1042 n. 1 invece parla J. M. HEULS, *Anglicanorum coetibus: Text and Commentary*, «Studia Canonica», vol. 43 (2009), pp. 403-404.

⁶⁶ Le nuove norme per gli ex-anglicani potrebbero così rischiare di corroborare le accuse di discriminazione verso gli orientali mosse a suo tempo da G. NEDUNGATT, *USA: Forbidden Territory...*, *op. cit.*, p. 161.

⁶⁷ PAOLO VI, lettera enciclica *Sacerdotalis coelibatus* del 24 giugno 1967, in AAS, vol. 59 (1967), pp. 675-697.

LA CONFORMITÀ DELLE SENTENZE NELL'ISTRUZIONE "DIGNITAS CONNUBII"

PEDRO A. MORENO

SOMMARIO: 1. Approccio storico: 1.1. Il diritto romano e le sue glosse medievali; 1.2. La specificità canonica proveniente dal "favor veritatis" e dalla "salus animarum". 2. Ampliamento del concetto di "caput nullitatis": da "nomen iuris" a "causa petendi". 3. La "causa petendi" e la prospettiva giuridica: dai fatti "principali" ai fatti "irritanti". 4. Il fatto in sé e la sua "bifunzionalità": nocciolo della posizione giurisprudenziale prevalente. 5. La pastoraltà del realismo giuridico applicato alla conformità equivalente.

1. APPROCCIO STORICO

LA conformità delle sentenze è un "tema-riassunto" dell'intero processo canonico. La sentenza – di per sé – è l'atto giudiziale che segna la fine di una istanza. Tuttavia nella stragrande maggioranza delle cause, la decisione non diventa esecutoria finché non consti una doppia sentenza conforme (can. 1641, 1°; DC 301 § 1).¹ L'accesso alla seconda istanza può essere attuato tramite l'appello oppure – nelle sentenze favorevoli alla nullità matrimoniale – attraverso l'invio *ex officio* degli atti (can. 1682 § 1; DC 264). Una sentenza *pro nullitate matrimonii* di prima istanza può diventare esecutoria soltanto nel caso del processo documentale, quando non sia appellata (DC 298 §§ 1,2; 301 § 2). Dunque, da questo punto di vista, l'ottenimento della *conformitas sententiarum* rappresenta il momento finale che sintetizza ciò che è stato attuato nel processo lungo le diverse istanze.

Il requisito della conformità presuppone due decisioni giudiziali congruenti, pronunciate da tribunali competenti di diverso grado su una stessa causa. Perciò diventa essenziale individuare gli elementi che definiscono l'identità di una causa e della relativa azione giudiziale. In questo modo potremo sapere se ciò che è stato giudicato nelle diverse istanze corrisponde o meno alla stessa causa.

¹ L'unico caso in cui la sentenza di appello non conforme con quella di prima istanza diventa giudicato avviene nelle cause penali sui *delicta graviora* (cf. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nuovo testo delle "Normae de gravioribus delictis"*, 21-5-2010, art. 28, 1°, in AAS 102 [2010], 419-434).

1. 1. *Il diritto romano e le sue glosse medievali*

Nel diritto romano troviamo l'impostazione del concetto "de eadem causa" in due momenti processuali.

1) Al momento iniziale, per rifiutare il libello – tramite l'*exceptio rei iudicatae* – riguardante un oggetto già passato in giudicato (secondo i diversi mezzi per raggiungere una sentenza esecutoria e inappellabile), in modo da garantire la stabilità dei rapporti giuridici (certezza del diritto) e non violare la "fermezza" del giudicato che "fa legge" tra le parti.² La violazione del giudicato dovuta a un nuovo giudizio sulla stessa causa (*eadem causa*) porta con sé quella situazione che oggi sarebbe chiamata "sentenza insanabilmente nulla" per contrasto col principio *ne bis in idem*.³ Per evitare la violazione di questo principio, il giudicato concede alla parte vittoriosa nel processo non solo un'azione (*actio iudicati*: per eseguire ciò che è stato deciso), ma anche un'eccezione (*exceptio rei iudicatae*) per proteggere quella posizione processuale da qualunque altro libello o azione giudiziale. Il libello può essere respinto *ex officio* – se il giudice si accorge dell'esistenza di un giudicato su quella stessa questione – oppure attraverso l'*exceptio rei iudicatae* opposta dalla parte convenuta.⁴

2) Al momento conclusivo del processo, quando è ormai esaurita la possibilità di appellare due volte sulla stessa causa (diversamente da quanto accade con il passaggio in giudicato per la perenzione del diritto di appello), giacché ciò implica la necessaria conformità almeno tra due delle tre sentenze pronunciate. Infatti, il giudice deve rispondere affermativamente o negativamente alla petizione del libello, e il *Codex Justiniani* permetteva di appellare due volte nella stessa causa.⁵ La possibilità di questo doppio appello è stata accolta dal diritto canonico⁶ e, in sostanza, è rimasta in vigore fino al CIC 17 (can. 1902). Evidentemente, il raggiungimento di una seconda o terza sentenza conforme porta con sé un maggior grado di certezza sulla giustizia della decisione.

² Dig. 50.17.207 (Ulpianus): «Res iudicata pro veritate accipitur».

³ Inst. 4.11: «ne iterum dominus de eadem re experiatur»; Dig. 46.8.22.6 (Iulianus): «ne bis eadem praestet».

⁴ Cf. Álvaro d'Ors, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona 2002⁹ (1^a rist.), 148-149; Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli 1988, 234-235.

⁵ CJ 7.70.1pr: «Ne liceat in una eademque causa tertio provocare vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare». Nella glossa a questo testo veniva specificata la possibilità di portare a termine quattro appelli nella stessa causa, due per ognuna delle parti: «alteri parti bene licet alias duas appellationes facere: et sic erunt quatuor appellationes» (*Additio* [7.70.1], in «Codices Justiniani ex repetita praelectione libri novem priores», apud Hugonem à Porta, Lugduni 1560, col. 1513).

⁶ «Post secundam provocationem intelligendum est: tertio enim in una eademque causa super hisdem capitulis provocare non licet» (C.2 q.6 can.39); «Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet» (x.2.28.65).

Per ammettere l'appello, il giudice romano doveva verificare se la causa appellata era la stessa dell'istanza precedente. Di conseguenza, era necessario esaminare gli elementi che determinano quell'identità: le parti (*actrix et conventa*), ciò che si chiede (*petitum*) e il motivo per il quale si chiede (*causa petendi*). Così viene definito in due frammenti del Digesto molto rilevanti per il nostro studio:

«Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem ius, et an eadem sit causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est».⁷

«Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis».⁸

Le parti e il bene controverso (*petitum*) sono facilmente identificabili in ogni istanza. Invece, il titolo giuridico (*causa petendi*) o fatto sul quale si fonda l'azione,⁹ costituisce l'elemento chiave per discernere se si tratta di una stessa causa giudiziale e – di conseguenza – se le decisioni possano essere considerate conformi.

Tutto il processo si rivolge a verificare l'esistenza di questo titolo o fatto giuridico, controllando la sua identità attraverso la *causa petendi* ormai giudicata nell'istanza precedente. Quel "fatto giuridico" (l'esigenza di giustizia intrinseca in quel rapporto umano) deve essere rilevante in ambito giudiziale, come riconosce esplicitamente il primo Codice (*quodlibet ius actione munitur*: cf. CIC 17, can. 1667; CIC 83, can. 1491), sempre che sia fondato su mezzi di prova ragionevoli (*fumus boni iuris*), che esigono dal giudice l'accettazione del libello. Pertanto, la questione sulla conformità delle sentenze si focalizza attorno al concetto di *causa petendi* o fatto giuridico.

Ne scaturisce che i rapporti di giustizia (*ius suum*) e la loro tutela (*cuique tribuendi*)¹⁰ si trovano prima nei fatti costituenti detto rapporto giuridico che

⁷ Dig. 44.2.12-14. Un esempio dell'inefficacia dell'eccezione (*exceptio rei iudicatae*), per trattarsi di una *causa petendi* diversa, lo troviamo in Dig. 10.4.12.2 con motivo dell'azione esibitoria.

⁸ Dig. 44.2.27.

⁹ Dig. 44.2.6 (Paulus): «Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo *exceptionem rei iudicatae* frequens est». Il corsivo è nostro: sarà sempre così a meno che si dica esplicitamente il contrario. La glossa di Accursio (1185-1263) sull'espressione "*singulis controversiis*" afferma che la *causa petendi* o la fonte dell'azione processuale si trova nel "fatto" che serve a distinguere i giudizi e mettere fine alla controversia senza illegittime reiterazioni (*ne bis in idem*): «unam controversiam dicit unam causam, id est *factum illud ex quo actio nascitur de quo cum semel actum fuerit*: quamvis actione et occasione aliarum actionum non debet iterum quaeri de eodem» (Franciscus ACCURSIO, *Glossa: "singulis controversiis"* [44.2.6], in «Pandectarum seu Digestorum iuris civilis», apud Nicolaum Bevilaqua, Venetiis 1569, vol. 3, 551). Altri testi significativi del Digesto che ratificano questa affermazione: «in *factum* civilis subicitur actio» (Dig. 19.5.1.2 [Papinianus]); «sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem *factum* sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur» (Dig. 47.23.3 [Ulpianus]).

¹⁰ Dig. 1.1.10 (Ulpianus): «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi».

nella norma positiva (*ius est in facto*). Infatti, non si può analizzare l'origine di una norma processuale senza pensare al bene che protegge o al rapporto di giustizia sul quale si appoggia. L'essere umano è intrinsecamente giuridico poiché si trova munito di diritti e doveri naturali ("diritti umani"). Allo stesso modo, il suo agire è pure intrinsecamente giuridico poiché è fonte di diritto: può creare o modificare relazioni giuridiche di diritto naturale (il rapporto paterno-filiale, il matrimonio,...) o positivo (contrato di affitto,...).¹¹

Come afferma il giureconsulto Paolo: «*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*». ¹² In questo senso, si capisce che il giurista non si trova in primo luogo al servizio "della legge positiva" bensì "del diritto", cioè della dimensione intrinseca di giustizia che esiste nella natura delle cose (in ogni relazione umana) e che costituisce il vero fondamento di ogni ordinamento giuridico giusto, anche di quello della Chiesa come *condicio sine qua non* per poter essere al servizio della *salus animarum*.¹³

1. 2. La specificità canonica proveniente dal "favor veritatis" e dalla "salus animarum"

Come abbiamo accennato, la *rationabilitas* porta il diritto romano a limitare a due il numero degli appelli affinché le cause non si dilunghino indefinitamente. In questo modo, poiché la causa portata dinanzi al tribunale di appello mediante l'impugnazione deve essere "la stessa" che è stata giudicata dal tribunale inferiore, l'uso del mezzo di impugnazione permette il raggiungimento della doppia e, addirittura, della terza sentenza conforme. Le disposizioni del diritto romano sull'appello furono accolte dal Decreto di Graziano (1140 circa)¹⁴ e dalle Decretali di Gregorio IX (1234).¹⁵

¹¹ Benedetto XVI ha sottolineato questa dimensione intrinsecamente giuridica della natura umana. Di fatto, i diritti umani sono parte essenziale della dignità personale e manifestazione di una legge universale che è, a sua volta, partecipazione nella legge divina (cf. BENEDETTO XVI, *Allocutio ad Pontificiam Academiam Scientiarum Socialium*, 4-5-2009, in AAS 101 [2009], 498-499; ID., *Discorso al Parlamento Federale della Germania*, 22 settembre 2011, in www.vatican.va).

¹² Dig. 50.17.1.

¹³ Velasio DE PAOLIS, *Le nullità processuali all'interno del sistema delle nullità nell'ordinamento canonico*, in «La "querela nullitatis" nel processo canonico», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2005, 27. Cf. can. 1752; DC 308.

¹⁴ «Post secundam provocationem intelligendum est: tertio enim in una eademque causa super hisdem capitulis provocare non licet» (C.2 q.6 can.39). La glossa a questo frammento del Decreto conferma l'impossibilità di appellare una terza volta, tenendo conto della presunzione di verità della decisione del giudice, dopo aver esaurito i due appelli e avendo ricevuto tre sentenze contrarie: «Ergo qui bis appellavit, non auditur tertio appellans. Hoc ideo, quia praesumitur, quod toties iuste condemnatus sit» (*Glossa: "tertio in eadem"*, in «*Decretum Gratiani. Una cum glossis. Gregorii XIII Pont. Max. Iussu Editum*», apud Iuntas, Venetiis 1595, 635).

¹⁵ X.2.28.65 (HONORIO III, *Sua nobis*): «Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet».

Ciononostante, il diritto canonico subordina la certezza del diritto alla verità (il c.d. *favor veritatis*) dalla quale dipende la *salus animarum*, legge suprema della Chiesa. Perciò, la decretale *Lator* di Alessandro III (1159-1181) stabilisce uno dei principi più caratteristici dell'ordinamento canonico: «*sententia lata contra matrimonium nunquam transit in rem iudicatam*». ¹⁶ In questo modo è sottolineata l'importanza di provvedere ai mezzi necessari affinché la verità processuale corrisponda alla verità oggettiva per evitare comunque una sentenza *nutritiva peccati*, come diceva il Panormitano. ¹⁷ Tuttavia, fino al 1741, la doppia conforme *pro nullitate matrimonii* rimane come una semplice possibilità, giacché si poteva contrarre un nuovo matrimonio dopo la sentenza favorevole di prima istanza non appellata.

Riguardo alla necessaria identità fra la sentenza di prima e quella di seconda istanza, i decretalisti classici (precedenti al secolo xv, ad es., l'Ostiense, il Panormitano o Durante) utilizzano un concetto di conformità prevalentemente nominalista, che esige l'identità del dispositivo delle sentenze, permettendo – al massimo – l'uso di termini sinonimi («*in verba aequipollentia*»). ¹⁸

Invece, con il passare del tempo, alcuni *commentatores* del *Corpus Iuris Canonici*, promulgato da Gregorio XIII nel 1580, offrono una visione più realistica (o metafisica) del concetto di conformità, in linea con il realismo del diritto romano («*in substantia veritatis*»). Vediamo qualche testo significativo. Il gesuita germanico Pirhing (1606-1679) dice incisivamente: «*Illae sententiae dicuntur conformes, quarum una confirmat aliam, quamvis non sit necesse, ut expresse conformet, sed satis est, quod in substantia idem contineant, et non sit*

¹⁶ x.2.27.7. Questo principio è stato accolto dal vigente can. 1643 (DC 289 § 1).

¹⁷ «*Sententia lata in causa matrimonii non transit in rem iudicatam, tamen elapso termino appellationis non auditur, nisi iustam et rationabilem causam proponet. (...) Non transit in rem iudicatam, quia eius observantia nutrit peccatum. Ubi non nutritur peccatum transit in rem iudicatam*» (PANORMITANUS, *Compendium aureum totius lectionis D. Abbatis Panormitani super decretalibus*, apud Michaelem Tramezinum, Venetiis 1564, f. 332 v.).

¹⁸ «...sufficiunt *verba aequipollentia*: ut si dicat statuo vel precipio (...) si arbiter ita pronunciasset quecumque alia *verba aequipollentia* (...) sufficere confirmari primam sententiam vel etiam infirmari» (HENRICUS DE SEGUSIA [HOSTIENSIS], *Summa Hostiensis*, Scientia, Aalen 1962 [reprod. facs. de la ed. J. de Cambrey: Lyon 1537], L. 2, t. *De sententia*, § 3, f. 120 r.); «...in sententia, valet nihilominus; quia sufficit quod in ea sit verbum, condemnno, vel absolvo, vel *aequipollens*» (PANORMITANUS, *Commentaria super v Libros Decretalium*, L. 2, t. 27 [*De sententia et re iudicata*], § 8, n. 7, f. 69 r.); «...ut plene sit exempta, quod episcopus specificet singula iura conferendo, nisi dicat, eximo, vel verbum aliud *aequipollens*» (*ibidem*, § 13, n. 12, f. 76 v.). «Non est vis, si dicat iudex, Condemno: vel dicat, Praecipio, vel Pronuncio, vel Statuo. (...) Licet enim lex dicat, sententiam nullam esse, quae non continet condemnationem, (...) subaudiri tamen debet, vel *aequipollens*. (...) Item idem est, si dicit, ne inquietet eum, ac si dicat, non impediatur» (WILHELM DURANTIS, *Speculum iudiciale*, Basileae 1574, Scientia Verlag Aalen 1975, vol. 1, 786).

difformes, quoad substantiam vel qualitatem principalem». ¹⁹ Il cardinale De Luca (1614-1683), in coerenza con il titolo della sua monumentale opera, insiste nella veracità della conformità senza limitarsi alla semplice apparenza dei nomi adoperati: «*Ad effectum autem conformitatis; Generaliter, tam de Iure communi, quam statuario, ista desideranda non est in cortice, seu in figura verborum, sed sufficit in substantia veritatis*». ²⁰

A partire dalla Cost. Ap. *Dei miseratione* (3-11-1741), la *conformitas sententiarum* acquisisce una crescente importanza perché il Papa Benedetto XIV stabilisce la necessità di una doppia sentenza conforme *pro nullitate* per poter contrarre un nuovo matrimonio. ²¹ Fino a quel momento, bastava una sentenza favorevole alla nullità che non fosse appellata entro dieci giorni per poter accedere a nuove nozze. ²²

Inoltre, per proteggere l'indissolubilità matrimoniale, garantire il contraddittorio nel processo (tramite l'intervento di qualcuno che difenda la validità del vincolo matrimoniale) e rendere operativo il requisito della doppia conforme quando il coniuge parte convenuta non appella, Benedetto XIV istituisce nella stessa DM (n. 5) la figura del "*matrimoniorum defensor*" (l'attuale "difensore del vincolo"), facendogli obbligo di appellare contro la prima sentenza favorevole alla nullità. Addirittura dopo una seconda sentenza *pro nullitate*, il difensore del vincolo può appellare una volta in più, se in coscienza considera che la nullità non sia stata veramente provata (*pro sua conscientia*). ²³ In questo caso, diventa necessario raggiungere una terza sentenza conforme *pro nullitate* per poter contrarre nuovo matrimonio.

L'espressione adoperata da Benedetto XIV per definire in che cosa debba consistere detta conformità è «*penitus similes, et conformes*». Secondo il *Lexicon totius latinitatis*, l'avverbio "*penitus*" significa «*omnino intus, in imo, in fundo, in intimis partibus, intrinsecus: cui opponitur "extra"*». ²⁴ Quindi, il termine adoperato da Benedetto XIV ("*penitus*") non fa riferimento alla somiglianza

¹⁹ Henricus PIRHING, *Ius Canonicum Nova Methodo Explicatum*, apud Ioan. Casparum Ben-card, Dilingae 1675, vol. 2, L. 2, t. 27, s. 4, § 6, n. 116, 568.

²⁰ Ioannes B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Romae 1673, vol. 15 *De iudiciis*, d. 36, n. 53, 172.

²¹ «Si autem causa universo Tribunali commissa fuerit, ab omnibus Auditoribus rursus examinabitur: nolentes omnino, ut ullo in casu Matrimonii vinculum dissolutum censeatur; nisi duo iudicata, vel resolutiones, aut sententiae *penitus similes, et conformes*, a quibus neque Pars, neque Defensor Matrimonii crederit appellandum, emanaverint» (DM 14, in Petrus GASPARRI – Iustinianus SERÉDI [eds.], «Codices Iuris Canonici Fontes», Typis Polyglottis Vaticanis, Romae 1926 [in avanti: FONTES], vol. 1, n. 318, 695-701).

²² Cf. DM 3.

²³ Cf. DM 11. Come abbiamo indicato, il "diritto" del difensore del vincolo al doppio appello sussiste fino al CIC 17 (can. 1902), indipendentemente dalla conformità tra le due prime sentenze.

²⁴ Franciscus CORRADINI – Iosephus PERIN (eds.), *Lexicon totius latinitatis*, Libreria Editrice Gregoriana, Bononiae-Patavii 1965, vol. 3, 622.

o conformità esterna, in base alla literalità delle parole, bensì – come già dicevano Pirhing e De Luca – «*quoad substantiam vel qualitatem principalem*», oppure «*in substantia veritatis*».²⁵

Le disposizioni benedettine sulla doppia sentenza conforme si estendono progressivamente,²⁶ diventando un requisito obbligatorio per le cause sullo stato delle persone, ad eccezione del processo documentale di nullità matrimoniale, promulgato alla fine del secolo XIX.²⁷ In questo processo – tenendo conto del grado di certezza morale che implica – basta soltanto una sentenza *pro nullitate* non appellata per poter accedere a nuove nozze. Invece, nelle cause che non si riferiscono allo stato delle persone, non esiste l'obbligo della doppia conforme, essendo sufficiente una sentenza non appellata per mettere fine al processo col passaggio in giudicato quella decisione. Il can. 1902 del CIC 1917 stabilisce per la prima volta l'inappellabilità di due sentenze conformi – e non di tre, come avveniva sin dal Decreto di Graziano per influsso del diritto romano – per qualunque tipo di cause, benché rimanga in vigore il diritto del difensore del vincolo di appellare contro la seconda sentenza conforme (cf. can. 1987). Tuttavia, il codice pio-benedettino non indica quali siano gli elementi necessari affinché due sentenze debbano essere considerate conformi.

L'Istruzione *Provida Mater Ecclesia* (15-8-1936) viene incontro a questa difficoltà e definisce come deve intendersi la conformità delle sentenze per le cause matrimoniali. Tuttavia, la soluzione prescelta porta a termine un riduzionismo concettuale della *conformitas sententiarum*, limitandola all'ambito del nome tecnico (*caput nullitatis*).²⁸ Malgrado questa disposizione, un rilevante settore della giurisprudenza rotale continuò ad applicare il precedente concetto ampio di conformità,²⁹ benché con diversi gradi di apertura,

²⁵ Benedetto XIV utilizza un concetto ampio di conformità («*penitus similes, et conformes*») sulla base del diritto romano e, soprattutto, di alcuni autori come Pirhing y De Luca.

²⁶ Fra le norme che, fino al CIC 17, confermano l'obbligo della doppia conforme o lo applicano ad altri ambiti, cf. BENEDETTO XIV, Cost. Ap. *Cum illud* (14-12-1742); ID., Cost. Ap. *Si datam* (4-3-1748); Istruzione della S. C. de *Propaganda Fidei* (20-6-1883); LEONE XIII, Enc. *Trans Oceanum* (18-4-1897); *Lex Propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae* (29-6-1908); *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal* (4-8-1910).

²⁷ SANTO OFFICIO, *Decretum*, 5-6-1889 (FONTES 4, 447).

²⁸ «...si agatur revera de eadem causa, hoc est, propter idem matrimonium et ob idem nullitatis caput» (PME 218 § 2, in AAS 28 [1936], 356).

²⁹ Cf. *coram* Many, sentenza, 30-4-1913, in RRD 5, 283-292; *coram* Jullien, sentenza, 7-12-1946, in RRD 38, 592-598; *coram* Felici, sentenza, 5-8-1950, in RRD 42, 541-545; *coram* Mattioli, sentenza, 27-2-1956, in RRD 48, 179-191; *coram* De Jorio, sentenza, 13-5-1964, in RRD 56, 352-359; *coram* Pinto, decreto, 17-3-1971, in «Verità e definitività della sentenza canonica», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, 159-162; *coram* Lefebvre, sentenza, 22-7-1972, in RRD 64, 494-500; *coram* Ewers, sentenza, 2-12-1972, RRD 64, 735-743; *coram* Raad, decreto, 23-6-1973, in «Verità e definitività...», cit., 163-168; *coram* Anné, decreto, 13-2-1974, in *ibidem*, 173-180; *coram* Pinto, sentenza, 6-5-1974, in RRD 66, 339-348; *coram* Anné, sentenza, 11-3-1975, in RRD 67, 93-

consolidando la c.d. “*conformitas aequivalens seu substantialis*”, in contrapposizione alla “*conformitas formalis*”. L’Istruzione *Dignitas connubii* (25-1-2005) è stato il primo testo normativo canonico ad accogliere questa terminologia e a definirne il contenuto (DC 291).

2. AMPLIAMENTO DEL CONCETTO DI “CAPUT NULLITATIS” :
DA “NOMEN IURIS” A “CAUSA PETENDI”

L’Istruzione *Dignitas connubii* (DC) non soltanto ha accolto normativamente una nuova modalità di conformità (la conformità equivalente), ma ha modificato anche il concetto di “*caput nullitatis*”, come vedremo in prosieguo. Sia nel CIC 17 che nella PME e – in parte – nel CIC 83, il “*caput nullitatis*” viene identificato con ciascuna delle fattispecie che causano la nullità matrimoniale e sono state formalmente accolte dalla legge, assegnando loro un nome tecnico concreto (*nomen iuris*). Il *nomen iuris* è la qualifica giuridica prevista dalla legge riguardo a una fattispecie o presupposto fattuale. Spetta al giudice, attraverso la sua scienza ed esperienza, assegnare ai fatti allegati dalle parti il nome tecnico più adeguato, tra quelli previsti dal legislatore, per fissare i termini della controversia alla quale dovrà rispondere nella sentenza.³⁰

Fino alla DC non c’era nessuna disposizione che permettesse affermare l’esistenza di uno stesso motivo di nullità in due norme diverse, vale a dire, di una stessa *causa petendi* sotto due denominazioni o *capita nullitatis* diversi. Di fatto, come ritiene Paleari, in un sistema correttamente costruito, ogni capo di nullità equivale all’attribuzione, con carattere esclusivo, di un preciso valore giuridico ad una fattispecie, in maniera che non possa confondersi con altri presupposti fattuali, evitando la concorrenza di norme su uno stesso caso.³¹ Paleari mette a fuoco il fatto giuridico come dato di riferimento

103; *coram* Augustoni, decreto, 7-6-1978, in «Verità e definitività...», cit., 185-187; *coram* De Lanversin, sentenza, 18-2-1984, in RRD 76, 99-107; *coram* Stankiewicz, decreto, 26-2-1987, in RRDe-cr. 5, 32-40; *coram* Colagiovanni, decreto, 7-4-1992, in *Monitor Ecclesiasticus*, 117 (1992), 508-511; *coram* Stankiewicz, decreto, 22-3-1994, in «Verità e definitività...», cit., 219-226; *coram* Pompèda, sentenza, 22-10-1996, in RRD 88, 630-637; *coram* Huber, decreto, 25-6-2003, in B. Bis 68/03 (cf. Joaquín LLOBELL, *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell’art. 291 della “Dignitas connubii”*, in Héctor FRANCESCHI – Miguel Á. ORTIZ [eds.], «Verità del consenso e capacità di donazione», Edusc, Roma 2009, 552-556, notas 116, 119, 120, 127); *coram* Boccafolo, decreto, 23-2-2006, in «Ius Ecclesiae» 20 (2008), 539-547; *coram* Erlebach, decreto, 14-12-2006, in «Ius Ecclesiae» 19 (2007), 627-635; *coram* Defilippi, decreto, 6-12-2007, in B. Bis 143/07; *coram* Verginelli, decreto, 14-12-2007, in B. Bis 153/07 (cf. Joaquín LLOBELL, *Il concetto di conformità...», cit., 556-557, notas 128-130); coram Erlebach, decreto, 16-10-2008, in «Ius Ecclesiae» 21 (2009), 594-605.*

³⁰ Questo principio viene raccolto nella celebre sentenza *coram* De Jorio (13-5-1964): «iudicium esse speciem seu nomen iuris tribuere factis, ab alterutra vel utraque parte allatis» (RRD 56, n. 2, 353).

³¹ Cf. Enrico PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme nel giudizio canonico di stato*, Giuffrè, Milano 1964, 108-109.

per discernere – nel caso concreto – quando si tratta della stessa causa e quando no:

«il confronto tra l'*idem* e l'*aliud* è costituito dall'allegazione o in altri termini dal fatto giuridico. Esso costituisce, ai fini suddetti, il parametro di comparazione, risultando chiaro che ogni nuovo fatto che rientrasse nell'ambito della medesima *figura iuris* rappresenterebbe soltanto un nuovo mezzo di prova, non costituendo pertanto elemento di "novità" agli effetti del criterio del doppio grado; ma potendo costituire motivo di *retractatio* a sensi del can. 1891 § 2». ³²

Tuttavia, questa proposta appartiene, a nostro parere, all'utopia positivista, tipica dell'idealismo filosofico-giuridico. Infatti, da una parte, il legislatore deve tentare di stabilire norme che riflettano le esigenze di giustizia che emergono dai diversi rapporti umani, aiutando così i fedeli e l'autorità (amministrativa e giudiziale) a conoscere meglio queste esigenze. Tuttavia, d'altra parte, non si può dimenticare che – secondo la celebre definizione di San Tommaso – è la nostra mente quella che deve adeguarsi alla verità delle cose e non viceversa. ³³ Infatti, sarebbe illusorio voler rinchiudere il ricco mondo delle relazioni giuridiche dalle quali può scaturire il vincolo matrimoniale nei nostri schemi mentali, senza tener conto che quella realtà è sempre qualcosa di vivo, la cui complessità va al di là delle nostre categorie concettuali e – di conseguenza – è suscettibile di essere analizzata da diverse prospettive. Questa circostanza può comportare una concorrenza di norme su uno stesso caso concreto (due *capita nullitatis* sulla base di una sola *causa petendi*) oppure inversamente una concorrenza di vari casi nell'ambito di una stessa norma (diverse *causae petendi* all'interno di uno stesso *caput*).

La possibilità di attribuire due capi di nullità a una stessa *causa petendi* porta con sé il grave rischio della "difformità apparente": considerare difformi due decisioni che, in realtà, sono conformi. Cioè, non basta che due sentenze si pronuncino su due capi diversi di nullità per concludere necessariamente che si tratta di decisioni riguardanti due *causae petendi* differenti. È necessario tener conto della motivazione che si trova alla base di ogni sentenza per verificare se quelle decisioni si basano sugli stessi fatti irritanti: «*super iisdem factis matrimonium irritantibus nitantur*» (DC 291 § 2). In questo caso, se le due sentenze saranno entrambe affermative o negative della nullità del matrimonio, ci troveremo dinanzi ad una vera doppia sentenza conforme e, pertanto, ad una decisione inappellabile ed esecutoria, senza bisogno di passare alla terza istanza, rispettando il principio della doppia sentenza conforme e acquistando – allo stesso tempo – una maggiore celerità e sicurezza giuridica.

³² *Ibidem*, 88-89.

³³ «*Veritas est adaequatio rei et intellectus*» (S. Th. I, q.16, a.1, *respondeo*).

D'altra parte, come si diceva, la presenza di *causae petendi* diverse ma qualificate con uno stesso *nomen iuris* comporta il rischio opposto: la "conformità apparente". Vale a dire, il rischio di considerare conformi due decisioni che, in realtà, non lo sono. Non basta che le sentenze si pronuncino sullo stesso capo di nullità per dedurre che si tratta della stessa *causa petendi*. Come accade con la "difformità apparente", è necessario esaminare la motivazione per verificare se le decisioni emanate siano basate sugli stessi fatti giuridici provati: «*eademque iuris et facti ratione*» (DC 291 § 1).

Di conseguenza, la nozione di "capo di nullità" adoperata nella PME equivale soltanto al *nomen iuris* nella DC. Al contrario, il concetto di *caput nullitatis* adoperato nella DC trascende l'ambito del semplice *nomen iuris* e abbraccia l'area dei fatti che causano la nullità matrimoniale («*factis matrimonium irritantibus*»). Dunque, in linea con la tradizione canonica alla quale ci siamo riferiti, possiamo affermare che la nozione di "capo di nullità" adoperata nella DC equivale a quella che tradizionalmente è stata chiamata la "*causa petendi*", mentre il "*nomen iuris*" – con il quale viene designata quella causa efficiente della nullità matrimoniale – acquista un valore secondario, partendo da una concettualizzazione "metafisica".

La prevalenza del capo di nullità, inteso come *causa petendi* o *ratio petendi* e non come semplice *nomen iuris*, viene confermata da DC 116 § 1, 2°: nello specificare i requisiti del libello, si identifica il *caput nullitatis* con la *ratio petendi*. Un'altra ragione *a fortiori* deriva dalla affermazione fatta da questo stesso art. 116 § 1, 2°: «*etsi non necessario verbis technicis*». Questo inciso viene attribuito alla «*rationem petendi seu caput vel capita nullitatis*». Infatti, è pacificamente condiviso dalla dottrina e dalla tradizione canonica che il "capo di nullità" consiste proprio nel contrario: è un nome tecnico (*nomen iuris*) che il giudice deve concordare nel dubbio sulla base dei fatti allegati dalle parti, secondo il noto principio "*da mihi facta, dabo tibi ius*" oppure "*iura novit curia*". Così viene stabilito dai vigenti cann. 1513 § 1, 1611, 1° e 1677 § 3: è il giudice colui che deve fissare con decreto i termini che delimitano la controversia (*litiscontestatio*), ed è anche lui che dovrà dare ad ogni dubbio la risposta giusta in coerenza con quei termini.

Anzi, questa equiparazione tra "capo di nullità" e "motivo di richiesta" o *causa petendi* è riscontrabile anche negli altri articoli della DC che fanno menzione del *caput nullitatis*:

a) DC 15, in parallelo con il can. 1414, equipara il capitolo di nullità alla *causa petendi* facendo riferimento al titolo della connessione tra le diverse cause. Infatti, se il *caput nullitatis* facesse riferimento unicamente al *nomen iuris*, potrebbe darsi che una stessa causa fosse giudicata contemporaneamente in prima istanza da due tribunali – invocando capi differenti – sulla base degli stessi fatti giuridici. Ovviamente però, in questo caso non ci troveremmo dinanzi ad un'incompetenza relativa per violazione del can. 1414 (DC 15) bensì

davanti ad un'incompetenza assoluta a motivo della prevenzione (can. 1415; DC 18), poiché non si tratterebbe di due cause diverse ma della stessa causa.

b) L'art. 135 § 3 è quella norma della DC che usa il concetto *caput nullitatis* nel senso più ristretto, come la PME: è il *nomen iuris* quello che indica la prospettiva concreta o la qualifica tecnica per giudicare la nullità matrimoniale sulla base dei fatti allegati dalle parti (*causa petendi*). Il forte contrasto di questa disposizione con DC 116 § 1, 2° (assenza di nome tecnico nella *ratio petendi* della domanda), conferma che – secondo il criterio adoperato in DC – l'elemento principale del capo di nullità coincide con la *causa petendi* o fatto giuridico e non con il *nomen iuris*.

c) DC 265 § 6 usa la nozione di *caput nullitatis* in tutta la sua ampiezza, giacché per poter impiegare il decreto ratificatorio nel *processus brevior*, è necessario che il capo di nullità non soltanto contenga una stessa *causa petendi* ma anche un *nomen iuris* identico.

d) DC 268 § 1 rinvia agli artt. 114-125 e 135-137 come criteri per ammettere in grado di appello un nuovo capo *tamquam in prima instantia*. Come testé abbiamo visto (*sub* "b"), il contrasto tra DC 116 § 1, 2° e 135 § 3 mette in rilievo che la *causa petendi* (fatto giuridico) equivale al *caput nullitatis* in quanto si tratta del suo elemento principale. Questa equiparazione, insieme alla possibilità di dichiarare la conformità equivalente, ci permette di capire meglio la portata del can. 1683: cosa succede quando il nuovo capo di nullità (considerato come *nomen iuris*) introdotto in grado di appello riguarda la stessa *causa petendi* che è già stata giudicata in prima istanza? Accade che, in realtà, il tribunale di secondo grado non giudicherebbe quel capo *tamquam in prima instantia* bensì in seconda istanza, a tutti gli effetti. Ci troveremmo dinanzi ad un giudizio sulla stessa *causa petendi* già giudicata in prima istanza ma con diversa denominazione o prospettiva giuridica. Quindi, quel capo sarebbe "nuovo" soltanto riguardo al *nomen iuris* ma non in quanto al suo contenuto essenziale (*causa petendi*: can. 1639 § 1), poiché sarebbe fondato sugli stessi fatti che, una volta provati, causano la nullità del matrimonio, come afferma DC 291 § 2: «*super iisdem factis matrimonium irritantibus et probationibus*». Ciò che DC 268 § 1 consente è l'introduzione di una *causa petendi* realmente diversa, nel qual caso si tratterà di una vera prima istanza.

Di conseguenza, trattandosi della stessa *causa petendi*, il tribunale di appello non soltanto "potrebbe" ma in realtà "dovrebbe" pronunciarsi su questo capo e dichiarare la conformità equivalente con la sentenza di prima istanza, sempre che si tratti di decisioni congruenti, non contrapposte, sulla stessa base fattuale. Infatti, la conformità equivalente – a differenza della conformità formale – ha bisogno di essere dichiarata,³⁴ rispettando l'art. 136 e il diritto di

³⁴ «Non la conformità formale è destinata alla decretazione del giudice, bensì la conformità equivalente. La conformità formale, data l'identità del capo di nullità, si può ritenere

difesa. Nel caso in cui non venga dichiarata, si deve presumere la non conformità, perché si presuppone che il nuovo *nomen iuris* corrisponda a una *causa petendi* diversa. Questa stessa presunzione si applica all'inverso nell'ambito della conformità formale. Di fatto, nel caso in cui si abbiano due sentenze pronunciate nello stesso senso e per lo stesso *nomen iuris*, si presuppone la conformità, a meno che il tribunale dichiari il contrario per il fatto di trattarsi di una conformità soltanto apparente, sulla base di due *causae petendi* diverse.

Un'ultima osservazione sulla portata dell'espressione *tamquam in prima instantia*: essa indica come si deve procedere per istruire e giudicare quel nuovo *caput*, ma quell'indicazione significa pure che non ci troviamo dinanzi ad un tribunale di prima istanza, bensì di appello. Da qui l'importanza di sottolineare l'avverbio modale comparativo "*tamquam*". Perciò, il tribunale di appello per questo nuovo capo introdotto (in entrambe le fattispecie considerate: medesima o diversa *causa petendi*) è quello di terza o ulteriore istanza (DC 268 § 2). Sarà possibile dichiarare la conformità equivalente soltanto quando entrambi i capi (*nomina iuris*) riguardino la stessa *causa petendi*. In caso contrario, trattandosi di *causae petendi* diverse, la dichiarazione della conformità violerebbe il diritto di difesa. In effetti, porterebbe con sé una privazione del diritto di appello alla parte gravata dalla sentenza riguardo a quella nuova *causa petendi* introdotta *tamquam in prima instantia*. Inversamente, quando si tratta della stessa *causa petendi* non esiste violazione alcuna del diritto di difesa, bensì la conferma, in grado superiore, di quello che è già stato discusso e giudicato nell'istanza precedente, benché sotto un *nomen iuris* differente.

e) DC 268 §§ 2 e 3, coerentemente con quanto abbiamo appena detto sul § 1, utilizza l'espressione "*novo capite / novum caput*" – in riferimento al nuovo capo introdotto *tamquam in prima instantia* – per stabilire il tribunale competente in grado ulteriore («*tribunali tertii vel ulterioris iudicii gradus reservatur*») sotto pena di nullità («*ad validitatem*»). Questa disposizione è un'altra dimostrazione dell'equiparazione tra *caput nullitatis* e *causa petendi* in DC. Infatti, se il "nuovo capo" non indicasse una "nuova *causa petendi*", la norma dell'art. 268 § 3 sarebbe incoerente con l'art. 265 § 1, poiché non ci troveremo più in prima istanza agli effetti dell'invio automatico degli atti al tribunale superiore.

f) DC 289 § 3 e 291 § 1 – in chiaro parallelismo con il can. 1641, 1° – usa l'espressione *caput nullitatis* come sinonimo di *causa petendi*.³⁵ Se così non

presunta» (Gianpaolo MONTINI, *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, «Periodica» 95 [2006], 523).

³⁵ In questo senso, distinguendo tra il *nomen iuris* e la realtà fattuale contenuta nel capo di nullità: «il nome di indicazione può cambiare, non la realtà del *caput*. Una cosa sarebbe il *caput nullitatis* nella sua pregnanza, altro sarebbe la sua denominazione, che può variare» (Gianpaolo MONTINI, *La richiesta di nuovo esame della causa dopo una doppia decisione con-*

fosse, la “*eadem ratio iuris*”, alla quale fa allusione DC 291 § 1, sarebbe una tautologia riguardo al capo di nullità inteso come *nomen iuris*.

g) Infine, le disposizioni di DC 288 §§ 2 e 3 potrebbero sembrare l’eccezione che conferma la regola. In contrasto con il resto degli articoli che abbiamo esaminato, il termine *caput nullitatis* qui viene chiaramente usato come sinonimo di *nomen iuris*. Ciò è spiegabile perché, in questo caso, DC si limita ad accogliere quanto è contenuto nel vigente can. 1637 §§ 3 e 4: queste norme non possono prescindere da tale identificazione perché appartiene all’essenza dell’appello *stricto sensu* che la causa in seconda istanza verta non soltanto sullo stesso *nomen iuris* ma anche sulla stessa *causa petendi*, come abbiamo ricordato nel § d).

Questo ampliamento del concetto di “*caput nullitatis*” e la sua equiparazione con la “*causa petendi*”, portata a termine dalla DC, permette una più profonda comprensione degli elementi che tipizzano la causa e, quindi, delle condizioni della conformità fra due sentenze:

a’) la novità riguardante la conformità equivalente delle sentenze (DC 291 § 2) si inserisce nel contesto di una novità più ampia e ad un livello più profondo: l’ampliamento del concetto di “capo di nullità” e la sua equiparazione con il “motivo della richiesta”;

b’) DC delinea una nozione di *caput nullitatis* più ampia che quella di *causa petendi*: infatti, a tenore dell’art. 291 § 2, il “capo di nullità” contiene adesso due elementi: uno principale (fatto giuridico: *causa petendi*) ed un altro secondario (nome tecnico: *nomen iuris*);

c’) l’ordinamento canonico centra l’attenzione sul fatto giuridico (*causa petendi*) in applicazione di un sano realismo (*ius est in facto*), che evita l’eccessivo formalismo riscontrabile nella sopravvalutazione del *nomen iuris*;

d’) permette di superare l’incongruenza che implica l’introduzione di un “nuovo” capo (*nomen iuris*) *tamquam in prima instantia*, quando esso riguarda la stessa *causa petendi* ormai giudicata in una istanza precedente;

e’) evita il rischio d’incorrere in una incompetenza funzionale (*ne bis in idem*), giacché i nuovi capi debbono riferirsi a *causae petendi* veramente nuove rispetto a quelle che sono state già giudicate;

f’) offre uno strumento utile per evitare la conformità/differenza apparente e, quindi, per rispettare sia il diritto al doppio grado di giurisdizione per ogni causa veramente diversa (DC 291 § 3), sia l’obbligatorietà della doppia conforme, la cui dispensa è riservata al Santo Padre tramite la Segnatura Apostolica;³⁶

forme, in Piero A. BONNET – Carlo GULLO [eds.], «Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l’Istruzione “Dignitas connubii”. Parte terza: La parte dinamica del processo», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2008, 692).

³⁶ *Lex propria Signaturae Apostolicae*, art. 116 § 1, in AAS 100 (2008), 537.

g') ne deriva una maggiore coerenza interna di DC. Invece, dall'identificazione fra "*caput nullitatis*" con "*nomen iuris*" scaturiscono alcune contraddizioni: nel definire l'identità fra due cause, l'art. 289 § 3 diventa incompatibile con l'art. 291 § 2; la redazione dell'art. 15 è incoerente poiché può darsi "connessione" fra due cause (can. 1414) soltanto quando esistono diverse *causae petendi*, e non solo *nomina iuris* differenti, giacché, altrimenti si tratterebbe della stessa causa.

3. LA "CAUSA PETENDI" E LA PROSPETTIVA GIURIDICA: DAI FATTI "PRINCIPALI" AI FATTI "IRRITANTI"

La puntualizzazione introdotta alla fine di DC 291 § 1 («*eademque iuris et facti ratione*») non è un "quarto" o "ulteriore requisito" per poter decretare la conformità delle sentenze – come è stato suggerito da qualche autore³⁷ –, bensì una conseguenza necessaria della "*eadem causa petendi*" richiesta dal can. 1641, 1° come condizione per la conformità fra due pronunce, in continuità con la multisecolare tradizione canonica che assume questo concetto dal diritto romano. Pertanto, su questo punto, la DC non ha realizzato una vera innovazione ma – rispettando la sua natura di "istruzione" (cf. can. 34) – ha precisato il senso della norma per favorire la sua corretta applicazione.

Se l'espressione «*eademque iuris et facti ratione*» (DC 291 § 1) è esplicativa del concetto «*ex eodem capite nullitatis*» (can. 1641, 1°), ne deriva che il capo di nullità ha due elementi: la *ratio iuris* (nome tecnico o *nomen iuris*) e la *ratio facti* (fatto giuridico o *causa petendi*), dove la preminenza corrisponde – come è logico – alla *ratio facti* (DC 116 § 1, 2°; 291 § 2), perché *ius est in facto*, come ritiene anche Stankiewicz.³⁸ Sono i fatti quelli che rendono nullo il matrimonio, non il *nomen iuris*. Dunque, dopo una sentenza negativa, l'attore potrebbe presentare una nuova domanda invocando lo stesso *nomen iuris* sempre che il libello sia fondato sulla base di un fatto giuridico diverso. In questo caso non si produce violazione alcuna del *ne bis in idem*

³⁷ Cf. Gregorz ERLEBACH, *Il "capo di nullità"...* (cf. nt. 35), 147, nota 69; Joaquín LLOBELL, *Los títulos...* (cf. nt. 35), 152. Quest'ultimo autore ha modificato recentemente il suo parere su questo punto: cf. IDEM, *La conformidad de las sentencias en la Instr. "Dignitas connubii"*, in «Estudios en honor del profesor Navarro-Valls» (in corso di stampa).

³⁸ «Iuxta dictamina rotalis iurisprudentiae duae sententiae formaliter conformes dicebantur, quae idem matrimonium inter easdem partes nullum declarabant ex eodem nullitatis capite, seu ex eadem iuris et facti ratione. Idque in praesentiarum declarat art. 291 § 1 novae Instructionis» (Antoni STANKIEWICZ, *Praxis iudicialis canonica*, ad usum studentium apud «Studium Rotalem», Romae 2010, 77). A continuazione, facendo riferimento alla conformità equivalente, il Decano della Rota Romana sembra accettare la preminenza del fatto giuridico sul *nomen iuris*: «licet ob diversum caput matrimonii nullitatem declarant, tamen una (earum) ut comprobatur admittit factum iuridicum, ac proinde caput, ob quod altera matrimonii nullitatem declaravit» (*ibidem*).

(DC 289 § 3), perché il *caput nullitatis* è diverso giacché contiene una nuova *causa petendi*.³⁹

Erlebach ha individuato, nella dottrina e nella giurisprudenza rotale, tre correnti o posture diverse riguardo alla conformità equivalente, secondo il progressivo grado di apertura verso di essa.⁴⁰ Le tre correnti ammettono che la conformità equivalente implica la possibilità di contemplare uno stesso oggetto processuale da due o più prospettive giuridiche diverse, senza compromettere l'identità della *causa petendi*. Quindi, possono esserci due sentenze conformi sulla stessa causa, benché per capi di nullità diversi (in quanto *nomina iuris*).

La nozione di “prospettiva” implica la necessità di mantenere un’adeguata distanza riguardo all’oggetto che si contempla. Di fatto, è impossibile avere una buona prospettiva di qualunque cosa quando ci troviamo troppo vicino o – *a fortiori* – quando siamo immersi o formiamo parte di essa. Muovendo dalla “adeguata distanza” come *condicio sine qua non* per poter avere una buona prospettiva, emerge che le nozioni di fatto “principale” e “secondario”, frequentemente usate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non sono sufficienti per definire la conformità equivalente. Infatti, questo tipo di conformità richiede un accurato sguardo – in certo senso “extraprocessuale” (senza riferimento al *caput nullitatis*) – per verificare se c’è identità fra quei fatti che, essendo stati raccolti a giustificazione di *nomina iuris* differenti, servono di base alle decisioni emanate da tribunali competenti in diverso grado. Invece, i concetti di fatto “principale” e “secondario” sono nozioni “endoprocessuali” perché presuppongono il nesso con un determinato *caput nullitatis*.

Infatti, cosa indica in realtà l’espressione “fatto secondario”? Un fatto che – dalla prospettiva di un determinato *caput* o *nomen iuris* – è prova di un fatto principale. E cosa significa l’espressione “fatto principale”? Un fatto che – da quella stessa prospettiva – è la causa immediata della nullità matrimoniale. Ciononostante, DC 291 § 2 – nel definire il concetto di “conformità equivalente” – non adopera le espressioni “fatti principali” o “secondari”, bensì quella di “fatti irritanti”, perché è questa l’identità richiesta affinché vi sia la conformità fra due sentenze: «*super iisdem factis matrimonium “irritantibus”...*».

Prima di qualificare i fatti, inquadrandoli in un determinato *caput nullitatis*, dobbiamo contemplarli nella loro essenza dinamica o capacità metafisica (*operari sequitur esse*): “fatti capaci di causare la nullità matrimoniale”. Per

³⁹ «...si agatur de eadem causa, id est, de eodem matrimonio et ob idem nullitatis caput» (DC 289 § 3).

⁴⁰ Cf. GREGORZ ERLEBACH, *Problemi di applicazione della conformità sostanziale delle sentenze*, in HÉCTOR FRANCESCHI – MIGUEL Á. ORTIZ (eds.), «Verità del consenso e capacità di donazione», Edusc, Roma 2009, 488-494.

questo motivo, il concetto pertinente è quello di “fatto irritante”. Ed è proprio quello offerto da DC 291 § 2. *A posteriori*, questi fatti irritanti potranno venir considerati come “principali” o “secondari” in dipendenza dalla prospettiva giuridica scelta da ogni tribunale o dal grado di certezza morale raggiunto. Un esempio: una coazione grave, prima di costituire la fattispecie prevista dal can. 1103 per poter invocare il capo di nullità corrispondente al timore, è un fatto capace (“*factum capax*”) di originare la nullità matrimoniale, perché può privare della libertà necessaria per contrarre un matrimonio valido. *A posteriori*, nel caso concreto, si dovrà verificare se quella coazione ha privato realmente il soggetto della necessaria libertà, e se l’ha fatto in maniera diretta (can. 1103: *metus*) oppure mediata (can. 1101 § 2: *causa simulandi*), tenendo conto delle circostanze dell’autore della coazione (*metum incutiens*) e soprattutto del soggetto passivo (*metum patiens*), senza dimenticare che un’anomalia psichica potrebbe moltiplicare l’effetto intimidatorio di quella coazione.

La giurisprudenza rotale prevalente fa uso di un concetto di conformità equivalente tra due sentenze che non richiede l’identità assoluta o letterale dei fatti, ma la loro identità di sostanza (che, cioè, siano convergenti in una stessa *causa petendi*). Infatti, la nullità matrimoniale può essere conseguenza di una “sinergia di cause” riferite a uno stesso motivo di nullità e, pertanto, il fatto (chiamato “secondario”) che è “causa di un fatto principale”, appartiene pure alla stessa *causa petendi*. Così dunque, il fatto secondario irritante (o causa seconda della nullità) e, da questo punto di vista, il suo effetto (causa prima), forma una stessa cosa (*causa petendi*) con la causa (seconda) che lo produce. In altre parole, la *causa simulandi* (benché sia considerata come “fatto secondario” o “probatorio”) sarà sempre parte della *causa petendi*, perché include pure un valore irritante (originando l’atto positivo della volontà).

Invece, se fosse necessario richiedere l’identità dei fatti principali (per esempio: un atto positivo di volontà) sarebbe soltanto possibile ammettere la conformità equivalente nominale, come sostiene la prima corrente giurisprudenziale citata da Erlebach. In questo caso, l’atto positivo di volontà potrebbe verificarsi per esclusione (can. 1101 § 2) oppure per condizione (can. 1102) contro il matrimonio stesso o contro qualcuna delle sue proprietà essenziali.⁴¹ Tuttavia, la conformità equivalente “fattuale”, tipica della seconda corrente, che è quella maggioritaria, non si limita a “formulare” l’atto positivo di volontà come simulazione (can. 1101 § 2) o come condizione (can. 1102), bensì – da una prospettiva più ampia – contempla le possibili cause di quell’atto positivo: coazione (can. 1103), immaturità (can. 1095, 2°), anomalia psichica (can. 1095, 3°)... Da questo punto di vista più ampio, è possibile tener conto di tutti i fatti irritanti convergenti che hanno causato la nullità, sia co-

⁴¹ Cf. *coram* Stankiewicz, sentenza, 24-5-1984, in RRD 76, 288-289.

me causa prima (atto positivo di volontà [can. 1101 § 2 / can. 1102]) che come causa seconda (coazione, immaturità, anomalia psichica...).

Erlebach ritiene che la terza corrente giurisprudenziale sia una logica evoluzione della seconda.⁴² Tuttavia, come lo stesso autore riconosce, esiste tra le due una differenza essenziale, perché la terza impostazione adopera un criterio incompatibile con DC 291 § 2. Infatti, questa terza corrente non esige che le decisioni conformi siano fondate «*super iisdem factis matrimonium irritantibus*»,⁴³ come vedremo di seguito.

4. IL FATTO IN SÉ E LA SUA “BIFUNZIONALITÀ”:

NOCCIOLLO DELLA POSIZIONE GIURISPRUDENZIALE PREVALENTE

Facendo un passo in avanti nella nostra riflessione, possiamo affermare che il nocciolo della conformità equivalente si trova nell'identificazione del “fatto in sé”, come soggetto dal quale si predicano le seguenti qualità:

- “Irritante” (o “non irritante”) è una qualità del *fatto in sé*. Si tratta di una categoria che esiste “*in re*” (prima di essere conosciuta) in quanto “capacità di provocare la nullità matrimoniale”.

- “Principale” o “secondario” sono qualità dipendenti dalla *funzione* che il fatto svolge nel processo. In altre parole, sono concettualizzazioni, vincolate ad un determinato *caput nullitatis* o *nomen iuris* stabilito dal legislatore, che il giudice trova (oppure no) nei fatti allegati dalle parti e che gli permettono di verificare la rilevanza giuridica di detto fatto attraverso il processo, con fedeltà alla legge.⁴⁴

Quindi:

- La nozione di “fatto irritante” è più ampia di quella di “fatto principale” (causa immediata della nullità), perché include pure i “fatti secondari” (le prove), che pure hanno valore irritante: quei fatti che non soltanto sono “prova” ma anche “causa” di un fatto principale (per es.: la coazione in quanto *causa simulandi* è causa mediata della nullità, dando origine ad un atto positivo di volontà). Ne deriva che una stessa *causa petendi* possa includere due o più fatti convergenti (vincolati attraverso un rapporto di causa-effetto).

- Dare prevalenza alla nozione di “fatto principale” conduce verso la prima corrente perché richiede un unico fatto irritante che sia causa immedia-

⁴² Cf. GREGORZ ERLEBACH, *Problemi di applicazione...* (cf. nt. 40), 492.

⁴³ «Sembra che l'unico limite, posto al suo interno, fosse la presenza di avere due capi affermativamente decisi, riconducibili allo stesso coniuge, e attinenti al consenso matrimoniale stesso, escludendo cioè le nullità del matrimonio dovute ad impedimenti o al difetto di forma» (*ibidem*, 493).

⁴⁴ Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4-2-1980, nn. 7-9, in AAS 72 (1980), 172-178; IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 26-2-1983, n. 5, in AAS 75 (1983), 554-559; IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 26-1-1984, n. 4, in AAS 76 (1984), 643-649; IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 21-1-2000, *passim*, in AAS 92 (2000), 350-355.

ta della nullità. Infatti, questa corrente accetta soltanto un “diverso modo di formulare” la funzione irritante di quel fatto. Come è già stato detto, se il fatto principale è l’atto positivo di volontà, potrà essere tenuto in conto soltanto attraverso i capi della simulazione (can. 1101 § 2) e della condizione (can. 1102). Tuttavia, da questa impostazione scaturiscono due atteggiamenti sostanziali che contrastano con l’impostazione generale della DC: una visione riduzionista dei fatti irritanti (perché non presta la dovuta attenzione alle cause seconde) e una sopravvalutazione del *nomen iuris* (con il rischio di cadere in una conformità/differenza apparente).

- Invece, la nozione di “fatto irritante” che proponiamo ci sembra più coerente con DC 291 § 2 e con gli altri articoli connessi (116 § 1, 2°; 135 § 1; 15; 291 § 1). Infatti, il concetto di fatto irritante ha un rapporto diretto con l’ammissione del libello (DC 116 § 1, 2°: i fatti irritanti costituiscono il contenuto essenziale della *causa petendi*), con la formulazione del dubbio (DC 135 § 1: il *nomen iuris* attribuito dal giudice ai fatti irritanti allegati dalle parti), con la connessione di cause (DC 15: giacché diversi fatti irritanti possono riguardare una o varie *causae petendi*) e, pertanto, con la conformità, sia formale (DC 291 § 1: *eadem causa petendi* con lo stesso *nomen iuris*) che equivalente (DC 291 § 2: *eadem causa petendi* con diverso *nomen iuris*). Vale a dire, questa nozione di “fatto irritante” permette di capire in maniera realistica la convergenza di diversi fatti irritanti (non soltanto diverse formulazioni di uno stesso fatto) in una stessa *causa petendi*.

Di conseguenza:

- I fatti “irritanti” possono essere primari (causa immediata) o secondari (causa mediata) al momento di suscitare la nullità matrimoniale. Perciò diventa necessario puntualizzare il principio “*tot facta (irritantia), tot sententiae*”,⁴⁵ tenendo conto che se questi fatti irritanti convergono in una stessa *causa petendi*, le sentenze potrebbero essere dichiarate conformi, poiché le decisioni riguarderanno la stessa causa.

- I fatti “non irritanti” vengono considerati nella misura in cui hanno un valore probatorio riguardo ai fatti irritanti.

- L’assenza di un’adeguata nozione di “fatto irritante” provoca, a nostro giudizio, l’incoerenza della prima e della terza corrente giurisprudenziale rispetto a quanto stabilito da DC 291 § 2. La terza corrente – per difetto – non esige l’esistenza degli stessi fatti irritanti, cadendo così in un atteggiamento lassista. All’inverso, la prima corrente – per eccesso – non soltanto richiede “gli stessi fatti irritanti” ma anche l’identità dell’unico fatto giuridico principale, potendo cadere così in un atteggiamento formalista. Infatti,

⁴⁵ «In causis de nullitate matrimonii *tot causae habentur quot facta, quae matrimonium nullum efficiunt*» (Franciscus ROBERTI, *De processibus*, apud custodiam librariam Pontifici Institutu Utriusque Iuris, Romae 1941², vol. 1, 631).

l'analisi di DC 291 § 2 e degli altri articoli connessi permette d'individuare la possibilità di avere fatti irritanti diversi ma convergenti in una stessa *causa petendi*, vincolati attraverso un rapporto di causa-effetto, di assorbimento o di continenza. Questa è la base per concettualizzare la "bifunzionalità fattuale": uno stesso fatto irritante con due funzioni diverse, in dipendenza dalla prospettiva giuridica dalla quale sia giudicato o del *nomen iuris* adoperato in ogni istanza.

La "bifunzionalità fattuale", in questo contesto, mette in rilievo che il diritto (ciò che è dovuto in giustizia: *ius suum*) si trova prima nei fatti (*causa petendi*) che nella norma positiva (*caput nullitatis*): "*ius est in facto*". Inoltre, dimostra la coerenza della seconda corrente giurisprudenziale riguardo a quanto stabilito da DC 291 § 2. In effetti, se il diritto sta "nei fatti", la prospettiva giuridica per il loro analisi non può limitarsi all'ambito dei termini sinonimi che riguardano il *nomen iuris* (conformità equivalente nominale, propria della prima corrente), ma deve estendersi pure alla considerazione della conformità riguardo ai fatti giuridici (conformità equivalente fattuale, propria della seconda corrente). Per questo motivo, condividiamo pienamente il parere di Llobell secondo il quale la seconda corrente giurisprudenziale non suppone un "*quid minus*" riguardo alla prima – come, invece, ritiene Erlebach – bensì un "*quid iustius*" come esigenza della giustizia nel caso concreto.⁴⁶

La nostra proposta di riformulazione della giustificazione e della concettualizzazione della conformità fra due sentenze diventa più convincente quando la si considera attraverso degli esempi concreti. Questi esempi permettono, inoltre, di manifestare l'utilità di un adeguato concetto di conformità equivalente nei "casi limite": quelli in cui si inseriscono diversi fattori irritanti vincolati tra di loro, così che diventa difficile stabilire il limite dell'influsso irritante e la qualifica di ognuno di loro. Per questo motivo, pur avendo raggiunto la certezza morale sull'esistenza di quei fatti giuridici, diventa arduo attribuire l'effetto della nullità soltanto a uno o ad altro fatto concreto, giacché i fatti irritanti si trovano a cavallo tra due *capita nullitatis*.

In linea di massima, il tribunale di appello o di ulteriore istanza – dopo una istruzione supplementare – avrà più elementi di giudizio per discernere la rilevanza dei fatti accaduti, impostando l'analisi sulla base del *caput nullitatis* più adeguato. Con questi chiarimenti, vediamo una serie di casi (non si tratta di un *numerus clausus*) in cui si può apprezzare la possibile conformità equivalente tra capi di nullità diversi (*nomina iuris*):

- 1) Timore ed esclusione totale.⁴⁷ Quando il timore agisce come *causa si-*

⁴⁶ Cf. JOAQUÍN LLOBELL, *Il concetto di conformità...* (cf. nt. 29), 541.

⁴⁷ È il caso più frequente nella giurisprudenza rotale: *coram* Jullien, sentenza, 7-12-1946, in RRD 38, 592-598; *coram* Mattioli, sentenza, 27-2-1956, in RRD 48, 179-191; *coram* Ewers, sentenza, 17-10-1970, in RRD 62, 892-901, *coram* Di Felice, 16-12-1972, sentenza, in RRD 64, 775-782;

mulandi, possono esserci seri dubbi riguardo al fatto che l'effetto invalidante debba essere attribuito alla coazione che suscitò la *trepidatio mentis*, oppure all'avversione al matrimonio che diede origine all'atto positivo di volontà escludente. In tutti i casi di conformità equivalente dove appare l'esclusione è di vitale importanza verificare quale sia stata la *causa simulandi*, poiché in essa si trova (o no) il punto di convergenza che consentirà che i due capi di nullità possano essere considerati (o no) parte di una stessa *causa petendi*. Per esempio, in questo caso di timore e simulazione, se la coazione esercitata sul contraente è stata irrilevante per lui e la *causa simulandi* è stata un'altra assolutamente diversa (la voglia di ricchezze, prestigio sociale, ecc.) non si potrà dichiarare la conformità equivalente perché si tratterà di due *causae petendi* divergenti.

2) Timore e incapacità di assumere:⁴⁸ la coazione – in sé stessa considerata – può non essere stata grave, ma potrebbe esserlo per il soggetto passivo, a causa di una personalità gravemente immatura. In questa fattispecie, la congiunzione di entrambi i fattori può far sì che una coazione non grave in sé diventi causa di nullità per le caratteristiche anomale di chi la patisce.

3) Timore e grave difetto di discrezione di giudizio per mancanza di libertà interna:⁴⁹ similmente al caso precedente, possono esistere diversi fattori che condizionino gravemente la libertà del soggetto, sia *ab extrinseco* sia *ab intrinseco*, così che diventi difficile stabilire la prevalenza di un fatto irritante o dell'altro.

4) Incapacità (can. 1095, 2° e/o 3°) e simulazione.⁵⁰ Un coniuge manifesta segni evidenti di immaturità affettiva e – come frutto di questa immaturità (che potrebbe non essere irritante) – rifiuta l'impegno matrimoniale (viziando il consenso per esclusione totale). La sua volontà consente a qualcosa che non è il matrimonio: beni economici, prestigio sociale, nazionalità, fuggire dal focolare familiare... Il rifiuto del vero matrimonio (attraverso un atto positivo di volontà), considerato come fatto principale in prima istanza secondo il can. 1101 § 2, potrebbe diventare un fatto secondario alla luce del can. 1095, 3°, qualora si dimostri attraverso un esame peritale l'esistenza di una grave anomalia psichica.⁵¹

coram Pompedda, sentenza, 24-2-1975, in *RRD* 67, 75-84; *coram* Pompedda, sentenza, 17-1-1977, in *RRD* 69, 16-22.

⁴⁸ Cf. *coram* Ewers, sentenza, 2-12-1972, in *RRD* 64, 735-743.

⁴⁹ Cf. *coram* Boccafolo, sentenza, 25-1-1996, in *RRD* 88, 62-70.

⁵⁰ Cf. *coram* Lefebvre, decreto, 1-7-1968, in «*Ephemerides Iuris Canonici*» 26 (1970), 229-231; *coram* Lefebvre, sentenza, 22-7-1972, in *RRD* 64, 494-500; *coram* Stankiewicz, sentenza, 24-7-1997, in *RRD* 89, 636-656.

⁵¹ Nella sentenza *coram* Stankiewicz si afferma che non ogni tipo di incapacità matrimoniale porta con sé l'impossibilità di simulare il consenso, a meno che si tratti di una mancanza riguardante il sufficiente uso di ragione: «vigente nova lege matrimoniali, quae inca-

5) Errore su una qualità direttamente e principalmente intesa (can. 1097 § 2) e condizione *de praeterito vel de praesenti* riguardo alla medesima qualità (can. 1102 § 2):⁵² il forte desiderio di una qualità può provocare un consenso condizionato, poiché non si vuole consentire al matrimonio in assenza di quella qualità. La domanda chiave è: fino a che punto il contraente era certo di quella qualità nell'altro (incurrendo nell'errore) o, invece, dubitava della sua esistenza (e perciò condizionò il consenso)?

6) Condizione (can. 1102) o errore su una qualità direttamente e principalmente intesa (can. 1097 § 2) e dolo (can. 1098):⁵³ il rapporto causa-effetto appare qui con assoluta chiarezza. Il contraente che condiziona il matrimonio a una qualità o la richiede in maniera diretta e principale può indurre inconsapevolmente l'altro ad ingannarlo sull'esistenza di quella qualità concreta allo scopo di ottenere il consenso.

5. LA PASTORALITÀ DEL REALISMO GIURIDICO APPLICATO ALLA CONFORMITÀ EQUIVALENTE

La considerazione della centralità delle espressioni «*eademque iuris et facti ratione*» (DC 291 § 1) e «*super iisdem factis matrimonium irritantibus*» (DC 291 § 2) muove da un'impostazione della *causa petendi* costruita sul fatto giuridico e non sul *nomen iuris*, in continuità con la multisecolare tradizione del realismo giuridico risalente al diritto romano⁵⁴ e alla filosofia aristotelica.⁵⁵ Il diritto non è una superstruttura, un insieme di norme di creazione umana, bensì un "ordine connaturale": l'intrinseca dimensione di giustizia che c'è nella natura delle cose (*ius est in facto*) e in ogni relazione umana. Al giurista (ciascuno nel suo ambito specifico: legislativo, giudiziale e dottrinale) spetta il compito di "scoprire" quell'ordine e, come frutto del lavoro coordinato d'intergenerazioni, l'ordinamento (civile e canonico) diventerà più giusto.

Come conclusione finale possiamo affermare che un'adeguata applicazione della *conformitas sententiarum* mette in rilievo il suo carattere pastorale, rivolto al bene delle anime – che è pure qualcosa di connaturale al diritto processuale canonico – in un quintuplo senso:

a) Chiarisce ulteriormente il contenuto e l'applicazione della disposizione

pacitatem psychicam pressius determinat (can. 1095, nn. 1-3), *sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimonialem secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usu rationis proveniente* (can. 1095, n. 1), *quae tantum personam reddit incapacem ponendi actum humanum, videlicet conscium et liberum*» (*coram* Stankiewicz, sentenza, 24-7-1997, in *RRD* 89, n. 16, 644).

⁵² Cf. *coram* Boccafolo, decreto, 23-2-2006, in «*Ius Ecclesiae*» 20 (2008), 539-547.

⁵³ Cf. *coram* Pompedda, sentenza, 22-10-1996, in *RRD* 88, 630-637.

⁵⁴ Vid. nt. 9.

⁵⁵ Cf. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, L. 5.

di Benedetto XIV che diede origine al requisito della doppia sentenza conforme per le cause di nullità matrimoniale.

b) In questo modo, si protegge la necessità – preservata dal legislatore malgrado notevoli tentativi di abrogazione (can. 1641, 1°; DC 291) – della doppia sentenza conforme, come mezzo per ottenere maggiori garanzie di successo nel compito di scoprire la verità oggettiva e tutelare l'indissolubilità matrimoniale.

c) Favorisce la celerità del processo, evitando ritardi e spese non necessarie, come succederebbe in caso di dover andare a un'istanza ulteriore.

d) Manifesta il volto della Chiesa Madre e Maestra, che evita accanimenti rigoristi, senza esigere più di quanto è necessario (ciò che è dovuto in giustizia) per poter discernere la verità nella risoluzione dei casi concreti attraverso una sentenza diventata, perché conforme con un'altra precedente, definitiva ed esecutoria.

e) Finalmente, la maggior consapevolezza dell'intimo rapporto tra la *conformitas sententiarum* e la *salus animarum* nelle cause di nullità matrimoniale spingerà tutti quanti lavorano nei tribunali ecclesiastici a conoscere meglio questa "antica innovazione" processuale, così da prestare un servizio ogni giorno più diligente alla Chiesa e a tutte le anime.

GIURISPRUDENZA

SUPREMO TRIBUNALE
DELLA SEGNETURA APOSTOLICA.
DECISIONI DISCIPLINARI NON PENALI*

1. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA – Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan – *Esercizio del ministero sacerdotale* (Ecc.mo Vescovo diocesano – Congregazione per il Clero), Prot. N. 32108/01 CA [contenzioso amministrativo], 18 marzo 2006

Diritto penale – Revoca penale delle facoltà ministeriali – Incompetenza della Congregazione per il Clero sui “delicta graviora”.

Revoca delle facoltà ministeriali per inidoneità – Provvedimento amministrativo – Grado di certezza – Dubbio positivo e probabile- Sufficienza

LA Congregazione per il Clero è incompetente a ricevere i ricorsi gerarchici su fattispecie delittuose di competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede sui “delicta graviora” (n. 7).

La revoca delle facoltà ministeriali non necessariamente si configura come sanzione penale ma può trattarsi di un provvedimento amministrativo di tipo disciplinare. Per distinguere le due figure è necessario valutare se l'Ordinario abbia effettivamente inteso svolgere una procedura penale o meramente disciplinare. La revoca della facoltà sia di predicare sia di ascoltare le confessioni, rispettivamente a norma dei cann. 764 e 974, costituisce una decisione disciplinare non penale, la quale può essere presa per un dubbio positivo e probabile circa l'idoneità di un sacerdote in merito (n. 8).

In nomine Domini. Amen.

Benedicto PP. XVI feliciter regnante, Pontificatus sui anno I, die 18 martii 2006, Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, videntibus Em.mis ac Rev.mis D.nis Petro Card. Erdö, Augustino Card. Cacciavillan, Ponente, Ioanne Ludovico Card. Tauran, Iuliano Card. Herranz atque Exc.mis ac Rev.mis D.nis Augustino Vallini, Praefecto, Iosepho Mercieca,

Nel nome del Signore. Amen.

Nel primo anno di Pontificato di Papa Benedetto XVI, il 18 marzo 2006, il Supremo Tribunale della Segnetura Apostolica, alla presenza degli Eminentissimi e Reverendissimi Signori Péter Card. Erdö, Agostino Card. Cacciavillan, Ponente, Jean-Louis Card. Tauran, Julián Card. Herranz e gli Eccellentissimi e Reverendissimi Signori Agostino Valli-

* Vedi alla fine delle tre decisioni il commento di Paola BUSELLI MONDIN, *Il diritto di difesa in ambito disciplinare*.

Francisco Coccopalmerio, Thoma Georgio Doran, Xaverio Echevarría Rodríguez, intervenientibus Cl.ma M. Wegan, utpote Recurrentis Patrona, Cl.mo M. Musumeci, tamquam Patrono Congregationis pro Clericis, et Rev.do P. Janusz Kowal, S.I., Promotore Iustitiae deputato, in causa de qua supra, hanc definitivam tulit sententiam.

I. FACTI SPECIES

1. Instantia diei 4 octobris 1998 Rev. dus N. recursum hierarchicum interposuit coram Congregatione pro Clericis adversus bina decreta diei 7 augusti 1998, quibus Exc.mus tunc Episcopus dioecesanus, ob dubia circa clerici idoneitatem ad ministerium sacerdotale exercendum, statuit eum sese examini subicere debere apud Institutum X tamquam «prerequisite to any further ecclesiastical appointment» atque declaravit sacerdotem interea esse «restricted from celebrating the liturgy publicly».

Die tandem 21 decembris 2000, Congregatio pro Clericis infirmavit decreta impugnata ac statuit quod: «the Rev. N. is to be restored immediately to the full exercise of his priestly ministry in the Diocese and restitution is to be made of that of which he was deprived in keeping with the Diocesan norms for remuneration of the Clergy and canon 281». Instantia vero diei 12 ianuarii 2001 Exc. mus tunc Administrator dioecesanus a Congregatione petiit revocationem decreti.

2. Cum vero nulla responsio data esset intra mensem, novus Rev.mus Administrator dioecesanus die 22 februarii 2001 adversus decretum Congregationis provocavit ad H.S.T., petens insuper eiusdem executionis suspensionem. Reiecta tandem a Congregatione die 19 maii 2001 remonstratione diei 12 ianua-

ni, Prefetto, Joseph Mercieca, Francesco Coccopalmerio, Thomas George Doran, Javier Echevarría Rodríguez, con gli interventi della Ch.ma M. Wegan, come Patrona del Ricorrente, del Ch.mo M. Musumeci, come Patrono della Congregazione per il Clero, e del Rev.do P. Janusz Kowal, S.I., Promotore di Giustizia deputato, nella causa in oggetto, hanno emesso questa sentenza definitiva.

I. FATTISPECIE

1. Con istanza del 4 ottobre 1998 il Rev.do N. interpose ricorso gerarchico innanzi alla Congregazione per il Clero contro due decreti del 7 agosto 1998, mediante i quali l'Ecc.mo Vescovo diocesano di quel tempo, a causa di dubbi sorti in relazione all'idoneità di svolgere il ministero sacerdotale, stabilì che si dovesse sottoporre ad un esame presso l'Istituto X come «prerequisito per ogni ulteriore incarico ecclesiastico» e dichiarò che al sacerdote intanto fosse «proibito di celebrare la liturgia in pubblico».

Il 21 dicembre 2000 infine, la Congregazione per il Clero annullò i decreti impugnati e stabilì che «il Rev.do N. deve essere immediatamente reintegrato nel pieno esercizio del suo ministero sacerdotale nella Diocesi ed è dovuta la restituzione di quanto gli è stato tolto conformemente alle norme Diocesane per il sostentamento del Clero e al canone 281». Con istanza, invero, del 12 gennaio 2001, l'Ecc.mo Amministratore diocesano dell'epoca chiese dalla Congregazione la revoca del suddetto decreto.

2. Poiché nessuna risposta venne poi emessa entro un mese, il nuovo Rev.mo Amministratore diocesano il 22 febbraio 2001 ricorse contro il decreto della Congregazione presso Q.S.T. [questo Supremo Tribunale], chiedendo inoltre la sospensione dell'esecuzione dello stesso. Rigettata infine dalla Congregazione

rii 2001, Rev.mus Administrator epistola diei 24 iulii 2001 motiva pro petita suspensione exposuit, dum Rev.dus N. litteris diei 25 iulii 2001 atque Congregatio pro Clericis litteris diei 19 februarii 2002 mentem contrariam ad rem panderunt. H.S.T. dein in Congressu diei 22 aprilis 2002 concessit suspensionem impugnatæ decisionis ad praeceptum ut Rev.dus N. statim denuo ad plenum exercitium ministerii presbyteralis in dioecesi admitteretur quod attinet.

3. Novo Episcopo dioecetano recursum prosequente atque re rite discussa inter Cl.mos Patronos et Rev.dum Promotorem Iustitiae deputatum, H.S.T. in Congressu diei 18 martii 2004 decrevit recursum ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis Patribus Iudicibus admittendum esse et die 1 aprilis 2004 dubium hac sub formula concordatum est: «*An constet de violatione legis in procedendo vel in decernendo relate ad decisionem Congregationis pro Clericis diei 21 decembris 2000, confirmatam die 19 maii 2001*».

Summario confecto, Cl.ma Exc.mi Episcopi Patrona die 24 maii 2004 et Cl.mus Congregationis Patronus die 11 augusti eiusdem anni memoriale suum exaraverunt, dum Rev.dus Promotor Iustitiae deputatus die 31 octobris anni sequentis votum pro rei veritate exhibuit in favorem thesis partis recurrentis. Silente Cl.mo Congregationis Patrono, idem Promotor Iustitiae tandem die 23 ianuarii 2006 simpliciter confirmavit votum suum diei 31 octobris 2005.

l'istanza del 12 gennaio 2001 il 19 maggio 2001, il Rev.mo Amministratore diocesano con lettera del 24 luglio 2001 espone i motivi a favore della richiesta di sospensione, mentre il Rev.do N. con lettera del 25 luglio 2001 e la Congregazione per il Clero con lettera del 19 febbraio 2002 manifestarono la loro opinione contraria in proposito. Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] quindi nella seduta del Congresso del 22 aprile 2002 concesse la sospensione della decisione impugnata, ossia del precetto che il Rev.do N. fosse ammesso immediatamente di nuovo al pieno esercizio del ministero sacerdotale.

3. Considerato che il nuovo Vescovo proseguì il ricorso e che la questione fu ritualmente discussa tra i Ch.mi Patroni ed il Rev.do Promotore di Giustizia deputato, Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] nella seduta del Congresso del 18 marzo 2004 decretò che il ricorso fosse ammesso alla discussione innanzi agli Eminentissimi ed Eccellentissimi Padri Giudici ed il 1° aprile 2004 il dubbio fu concordato secondo questa formula: «*Se consta la violazione della legge "in procedendo" [procedurale] o "in decernendo" [sostanziale] relativamente alla decisione della Congregazione per il Clero del 21 dicembre 2000, confermata il 19 maggio 2001*».

Effettuato il sommario, la Ch.ma Patrona dell'Ecc.mo Vescovo il 24 maggio 2004 ed il Ch.mo Patrono della Congregazione l'11 agosto dello stesso anno produssero il proprio memoriale, mentre il Rev.do Promotore di Giustizia deputato il 31 ottobre dell'anno successivo esibì il voto "pro rei veritate" [in difesa della verità] in favore della parte ricorrente. Silente il Ch.mo Patrono della Congregazione, lo stesso Promotore di Giustizia infine il 23 gennaio 2006 semplicemente confermò il proprio voto del 31 ottobre 2005.

II. IN IURE ET IN FACTO

4. Impugnata Congregationis decisio non solum egit de pleno exercitio ministerii presbyteralis Rev.do N. statim restituendo, verum etiam quod «restitution is to be made of that of which he was deprived in keeping with the Diocesan norms for remuneration of the Clergy and canon 281». Cum autem ipse Rev.dus N. epistola diei 14 ianuarii 2001 declaraverit correctam remunerationem mense decembri anni praecedentis restitutam fuisse seque nihil plus petivisse vel petere intendere, hac de re amplius agendum non est.

5. Rev.mus Administrator dioecesanus die 22 februarii 2002 has rationes motivas pro recursu ad H.S.T. adduxit: a) Rev.dum N. elapso termino peremptorio recursum hierarchicum coram Congregatione interposuisse; b) Congregationem pro Clericis in casu incompetentem fuisse; c) Exc.mo Episcopo a Congregatione neque exemplar documentationis a Rev.do N. exhibitae neque eius summarium notificatum fuisse, adeo ut Exc.mus Episcopus satis respondere non potuisset utque errores facti haberentur in impugnato decreto Congregationis pro Clericis. Cl.ma autem Exc.mi Episcopi Patrona in memoriali diei 27 martii 2002 ad rem praesertim indicavit Congregationem erronee tenuisse quod Rev.do N. ab Exc.mo Episcopo decretis diei 7 augusti 1998, investigatione praevia peracta, poena irrogata fuisset.

6. Statim animadvertendum est haudquaquam sustineri argumentum iuxta quod Rev.dus N. recursum hierarchicum ad Congregationem extra terminum pe-

II. IN DIRITTO ED IN FATTO

4. La decisione impugnata della Congregazione non solo dispose che al Rev.do N. fosse immediatamente restituito il pieno esercizio del ministero sacerdotale, ma anche che «è dovuta la restituzione di quanto gli è stato tolto conformemente alle norme Diocesane per il sostentamento del Clero e al canone 281». Tuttavia, poiché lo stesso Rev.do con lettera del 14 gennaio 2001 dichiarò che gli era stata restituita la remunerazione corretta nel mese di dicembre dell'anno precedente e che egli non avesse chiesto nulla in più né intendesse chiedere, di questa questione non occorre trattare oltre.

5. Il Rev.mo Amministratore diocesano il 22 febbraio 2002 addusse le seguenti ragioni a sostegno del ricorso presso Q.S.T. [questo Supremo Tribunale]: a) che il Rev.do N. interpose il ricorso gerarchico presso la Congregazione scaduto il termine perentorio; b) che la Congregazione per il Clero nel caso fosse incompetente; c) che la Congregazione non notificò all'Ecc.mo Vescovo né l'esemplare della documentazione esibita dal Rev.do N. né il suo sommario, al punto che l'Ecc.mo Vescovo non fu in grado di rispondere sufficientemente e che si riscontrarono errori di fatto nell'impugnato decreto della Congregazione per il Clero. Inoltre, la Ch.ma Patrona dell'Ecc.mo Vescovo nel memoriale del 27 marzo 2002 in proposito indicò che, svolta l'investigazione previa, la Congregazione ritenne erroneamente che fosse stata irrogata una pena al Rev.do da parte dell'Ecc.mo Vescovo mediante i decreti del 7 agosto 1998.

6. Immediatamente si deve osservare che in nessun modo si può sostenere l'assunto per cui il Rev.do N. propose un ricorso gerarchico alla Congregazione

remptorium proposuisset. Decretum enim Congregationis indicat diem quo recursus hierarchicus apud idem Dicasterium pervenit, non autem quo idem recursus ei rite missus erat, id quod quidem sine dubio intra terminum peremptorium factum erat. Congregatio, ceterum, etiamsi recursus ei extra terminum peremptorium proponitur, nihilominus adhuc pro propria discretione de eo ex officio videre valet.

7. Ad assertam vero Congregationis pro Clericis incompetentiam in casu quod attinet, res magis implexa apparet.

Exc.mus enim Episcopus epistola diei 28 ianuarii 1998 circa rationem procedendi servandam "regarding the case of a priest accused of sexually molesting a minor" interrogavit Congregationem pro Doctrina Fidei, cuius Exc.mus Secretarius ei die 28 februarii 1998 rescripsit in casu procedendum esse uti statutum in capite V, *De crimine pessimo*, Instructionis de modo procedendi in causis sollicitationis ab eadem Congregatione anno 1962 datae.

Sane mirandum est quod Exc.mus Episcopus dein sive coram Congregatione pro Clericis sive coram Rev.do N. de hac responsione siluit, sed Rev.mus Administrator dioecesanus eam una cum recursu diei 22 februarii 2001 huic Signaturae Apostolicae exhibuit.

Attento dein art. 52 Const. Ap. *Pastor bonus* de eiusdem Dicasterii competenzaia circa graviora delicta contra mores, quae ipsi delata fuerint, una cum artt. 112, § 2 et 121, § 1 Ordinationis generalis Curiae Romanae anni 1992 (cf. artt. 128, § 2 et 137, § 1 Ordinationis anni 1999), et

scaduto il termine perentorio. In effetti il decreto della Congregazione indica il giorno in cui il ricorso gerarchico pervenne presso il medesimo Dicastero, non invece il giorno in cui le fu ritualmente inviato il ricorso, ciò che certamente avvenne senza dubbio entro il termine perentorio. La Congregazione, del resto, anche se il ricorso le venisse proposto fuori del termine perentorio, ciò nonostante conserva la facoltà di accoglierlo ancora *ex officio* a propria discrezione.

7. Circa la reclamata incompetenza della Congregazione per il Clero nel caso, la questione appare maggiormente intricata.

In effetti l'Ecc.mo Vescovo, con lettera del 28 gennaio 1998, interrogò la Congregazione per la Dottrina della Fede circa il modo di procedere "con riferimento al caso di un sacerdote accusato di molestie sessuali ad un minore". L'Ecc.mo Segretario della Congregazione per la Dottrina della Fede gli rispose per iscritto il 28 febbraio 1998 che si doveva procedere come stabilito nel capitolo V, *De crimine pessimo*, dell'Istruzione circa il modo di procedere nelle cause di sollecitazione, emanata nel 1962 dalla stessa Congregazione.

Certamente occorre meravigliarsi che l'Ecc.mo Vescovo, in seguito, sia innanzi alla Congregazione per il Clero sia innanzi al Rev.do N. mantenne il silenzio circa questa risposta, ma il Rev.mo Amministratore diocesano la esibì unitamente al ricorso del 22 febbraio 2001 presso codesta Segnatura Apostolica.

Considerato poi l'art. 52 della Cost. Ap. *Pastor bonus* quanto alla competenza dello stesso Dicastero circa i delitti più gravi contro la morale, che le furono deferiti, insieme agli artt. 112 § 2 e 121 § 1 del Regolamento Generale della Curia Romana dell'anno 1992 (cf. artt. 128, § 2 et

perspecto quod casus Rev.di N. quodam saltem modo iam delatus erat ad Congregationem pro Doctrina Fidei, cuius exclusiva competentia in re interea per M.P. *Sacramentorum sanctitatis tutela* firmata est, censent infrascripti Patres satis constare de Congregationis pro Clericis incompetentia in casu.

8. Exc.mus Episcopus, a Congregatione pro Clericis de recursu Rev.di N. certior factus, ab eodem Dicasterio ad rem auditus est. Fortasse tamen ei notificata non sunt in casu omnia argumenta et documenta a Rev.do Recurrente adducta, sed probabilius neque huic in procedura dioecesana, ante impugnata Exc.mi Episcopi decreta, praeter accusationes modo sat generico propositas, plene notificatae erant denuntiationes probationesque adductae.

Quidquid est, Congregatio in casu responsiones Exc.mi Episcopi non satis attente perpendisse videtur. Ipse, etenim, etsi interdum de investigatione processui poenali praevia ad normam can. 1717 introducta locutus erat, de facto aliam rationem procedendi adhibuit, illam nempe propriam Ecclesiae in [...], cuius scopus non est videre de verisimilitate delicti denunciati, verum enim vero de idoneitate ad ministerium in Ecclesia exercendum. Quamquam idem Exc.mus Praesul explicite Congregationi significaverat investigationem praevia poenalem haudquaquam absolutam fuisse in casu, impugnata Congregationis decisio decreta Exc.mi Episcopi erronee tamquam poenalia habuit. Decisio autem qua, v.g., a competenti auctoritate collatio officii ecclesiastici recusatur ob

137, § 1 del Regolamento dell'anno 1999), e tenendo conto che il caso del Rev.do N. in un certo qual modo era già stato inoltrato alla Congregazione per la Dottrina della Fede, la cui esclusiva competenza sulla questione era intanto stata confermata dal M.P. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, i sottoscritti Padri ritengono che consta sufficientemente l'incompetenza della Congregazione per il Clero nel caso.

8. L'Ecc.mo Vescovo, una volta informato dalla Congregazione per il Clero circa il ricorso del Rev.do N., fu ascoltato dallo stesso Dicastero sulla questione. Probabilmente, tuttavia, non gli furono notificati tutti gli argomenti ed i documenti addotti dal Rev.do recorrente, ma più probabilmente neppure a questo, nel corso della procedura dioecesana, prima che venissero impugnati i decreti dell'Ecc.mo Vescovo, vennero interamente notificate le denunce e le prove addotte, oltre alle accuse formulate in modo piuttosto generico.

In ogni modo, la Congregazione non sembra aver valutato attentamente le risposte dell'Ecc.mo Vescovo. Lo stesso, in effetti, sebbene talvolta fece riferimento all'investigazione penale previa introdotta a norma del can. 1717, di fatto fece ricorso ad un altro modo di procedere, cioè a quello evidentemente proprio della Chiesa in [...: una determinata diocesi], il cui scopo non è verificare la verosimiglianza del delitto denunciato, ma piuttosto l'idoneità per esercitare il ministero nella Chiesa. Benché lo stesso Ecc.mo Presule esplicitamente avesse significato alla Congregazione che l'investigazione previa penale in nessun modo fu compiuta nel caso, la decisione impugnata della Congregazione ritenne erroneamente i decreti dell'Ecc.mo Vescovo come penali. La decisione, tuttavia, con

defectum idoneitatis candidati vel facultas sive praedicandi sive ad confessiones audiendas, respective ad normam cann. 764 et 974, § 1, revocatur, haudquaquam est irrogatio poenae, ad quam requiritur certitudo moralis de delicto graviter imputabili patrato, sed decisio disciplinaris non poenalis, quae ob dubium positivum et probabile circa clerici ad rem idoneitatem ferri potest.

Forsitan in procedura propria dioecisana melius acclarandum fuisset quid praecise acciderit, quando, ubi et quibusnam in circumstantiis, adeo ut dubium positivum et probabile circa Rev. di N. idoneitatem in casu clarius argumentis non solum subiectivis verum etiam obiectivis fundatum apparuisset indeque condicio ut sese examini subiceret apud institutum X tamquam "prerequisite to any further ecclesiastical appointment". Forsitan etiam accuratius exponi debuisset in casu quo modo impositio illius examinis componi posset cum iure uniuscuiusque personae ad propriam intimitatem tuendam (cf. can. 220) atque quibusnam normis canonicis innixum esset vetitum generale liturgiae publice exercendae.

Nobis autem his de rebus agendum non est, cum iam satis constet Congregationem pro Clericis in casu erronee rem tamquam poenalem consideravisse ideoque item erronee decrevisse quod: "the Rev. N. is to be restored immediately to the full exercise of his priestly ministry in the Diocese".

9. Ad H.S.T. tandem non pertinet videre de conformitate illius rationis pro-

cui, per esempio, il conferimento di un ufficio ecclesiastico è rifiutato dalla competente autorità per difetto di idoneità del candidato o si revoca la facoltà sia di predicare sia di ascoltare le confessioni, rispettivamente a norma dei cann. 764 e 974, in nessun modo costituisce un'irrogazione di pena, per la quale è richiesta la certezza morale del delitto commesso gravemente imputabile, ma costituisce una decisione disciplinare non penale, la quale può essere presa per un dubbio positivo e probabile circa l'idoneità di un sacerdote in merito.

Forse nella procedura propria dioecisana si sarebbe dovuto chiarire meglio quanto accadde, quando, dove e in quali circostanze, al punto che con più chiari argomenti non solo soggettivi ma anche oggettivi apparisse fondato un dubbio positivo e probabile circa l'idoneità del Rev. do N. nel caso e quindi la condizione che si sottoponesse all'esame presso l'istituto X come «prerequisito per ogni ulteriore incarico ecclesiastico». Forse si sarebbe dovuto anche esporre con maggiore accuratezza nel caso in quale modo l'imposizione di quell'esame si può comporre col diritto di ciascuna persona a salvaguardare la propria intimità (cf. can. 220) e su quali norme canoniche si sostiene il divieto generale di esercitare pubblicamente la liturgia.

Non riteniamo tuttavia di procedere ulteriormente, poiché già consta sufficientemente che la Congregazione per il Clero nel caso considerato erroneamente che si trattasse di una questione penale e pertanto erroneamente dispose che "il Rev. do N. dovesse essere reintegrato immediatamente nel pieno esercizio del suo ministero sacerdotale nella Diocesi".

9. A Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] non spetta infine valutare la con-

cedendi conformitate cum lege universalis, sed, si casus ferat, ad Pontificium Consilium de Legum Textibus (cf. art. 158 Const. Ap. *Pastor bonus*).

III. CONCLUSIO

10. Omnibus sive in iure sive in facto aequae rimatis, infrascripti Patres pro Tribunalis sedentes ac solum Deum prae oculis habentes, dubio proposito esse respondendum decreverunt atque respondent:

Affirmative, seu constare de violatione legis in procedendo et in decernendo relate ad decisionem Congregationis pro Clericis diei 21 decembris 2000, confirmatam die 19 maii 2001.

Pro expensis retinetur cautio in arca H.S.T. deposita. Partes suo quaeque Cl.mo Patrono congruum solvant honorarium.

Hanc definitivam sententiam cum omnibus quorum interest communicandam et executioni mandandam decernimus, ad omnes iuris effectus.

Datum Romae, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 18 martii 2006.

(Signati [Iudices])

Notificetur. Die 20 iulii 2006.

+ Velasius De Paolis, C.S., *Secretarius*.
Donatus Catenacci, *Notarius*

formità di quel modo di procedere con la legge universale, ma, se del caso, ciò spetta al Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi (cf. art. 158 Cost. Ap. *Pastor bonus*).

III. CONCLUSIONE

10. Approfondito equamente ogni aspetto in diritto ed in fatto, i sottoscritti Padri incaricati di decidere avendo solo Dio innanzi agli occhi, al dubbio proposto hanno decretato che sia da rispondere e rispondono:

Affermativamente, ossia consta la violazione di legge "in procedendo" [procedurale] ed "in decernendo" [sostanziale], relativamente alla decisione della Congregazione per il Clero del 21 dicembre 2000, confermata il 19 maggio 2001.

Quanto alle spese si trattiene la cauzione depositata in cassa presso Q.S.T. [questo Supremo Tribunale]. Ciascuna parte corrisponda un congruo onorario al proprio Ch.mo Patrono.

Stabiliamo che questa sentenza definitiva sia comunicata a tutti gli aventi interesse e sia mandata ad esecuzione, ad ogni effetto di diritto.

Roma, dalla sede del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 18 marzo 2006

(Firma dei Giudici)

Si notifici. 20 luglio 2006.

+ Velasio De Paolis, C.S., *Segretario*.
Donato Catenacci, *Notaio*

2. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA – Decreto del Prefetto (Vallini) in Congresso, Revoca del provvedimento dell'Ecc.mo Vescovo nei confronti del Rev. N. (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero) – Prot. N. 38962/06 CA [contenzioso amministrativo], 13 giugno 2008

Privazione dell'esercizio del ministero sacerdotale – Potestà dell'Ordinario – Provvedimento amministrativo discrezionale – Insussistenza Natura penale della penitenza canonica – Inflizione di una penitenza in mancanza di un delitto – Insussistenza

L'ORDINARIO non ha la potestà di privare un sacerdote dell'esercizio del ministero sacerdotale al di fuori dei casi espressamente stabiliti dal diritto, specialmente se si tratta di facoltà concesse dalla legge universale (nn. 5-6).

La penitenza è illegittimamente inflitta se non è a motivo di un delitto commesso o tentato, in luogo od in aggiunta ad una pena (n. 7).

1. D.nus. N., natus die 9 februarii 1958, per ordinationem diaconalem dioecesis X incardinatus, die 18 maii 1996 ordinationem presbyteralem recepit. Dein in variis paroeciis, non sine quibusdam difficultatibus, munere vicarii paroecialis functus est et quidem a mense iunio 2005 in paroecia Sacrae Familiae dicata. Uno mense ibi vix elapso, die dominica 24 iulii 2005 post celebrationem S. Eucharistiae vituperavit Rev.dum Diaconum, in primis cum hic post S. Communionem Sanguinem Christi ex uno in alterum vasum transfuderat. Quidam saltem fideles modum sat vehementem sese gerendi ex parte Rev.di N. videbant, sed eius verba probabilius audire non poterant. Quidquid est, Rev.dus Diaconus deinde ob cordis problemata in nosocomio receptus est.

Re ad auctoritatem dioecesanam delata, Exc.mus Episcopus statim Rev.do mandavit Parocho ut investigationem de re institueret, qua in investigatione auditus est etiam ipse Rev.dus N., qui autem de re scripto referre recusavit, fortiter asserens se recte egisse in abusu illo liturgico corrigendo. Relatione re-

1. Il Sig. N., nato il 9 febbraio 1958, incardinato con l'ordinazione diaconale alla diocesi X, ricevette l'ordinazione presbiterale il 18 maggio 1996. Successivamente egli svolse, non senza qualche difficoltà, l'incarico di vicario parrocchiale e concretamente, dal mese di giugno del 2005, nella parrocchia della Sacra Famiglia, nella quale, trascorso appena un mese, la domenica 24 luglio 2005, dopo la celebrazione della Messa, egli riprese aspramente il Rev. Diacono, il quale, dopo la Comunione, aveva versato da un calice a un altro il Sangue di Cristo. Almeno alcuni fedeli videro il modo assai veemente di agire del Rev. N., ma probabilmente non poterono sentire le sue parole. Comunque, il Rev. Diacono dovette essere ricoverato poi per problemi cardiaci.

Deferita la questione all'autorità dioecesana, l'Ecc.mo Vescovo ordinò immediatamente al Parroco di eseguire un'inchiesta sull'accaduto, nella quale fu anche ascoltato il Rev. N., il quale, tuttavia, si rifiutò di consegnare una relazione scritta, asserendo con veemenza che aveva agito rettamente nel correggere

cepta, Exc.mus Ordinarius ipsum Rev. dum N. ad rem audire voluit. Cum hic autem in sessione diei 6 augusti 2005 nullum signum paenitentiae dederit relate ad exaggeratum modum publice vituperandi Rev.dum Diaconum, Exc. mus Ordinarius ei decretum, antea seu die 5 augusti 2005 paratum, tradidit, statuens quod : "I hereby immediately remove Reverend N. from the Office of Parochial Vicar at Holy Family Parish.... Because he no longer holds any office involving pastoral care, all diocesan faculties are removed, and his de lege faculty to preach is hereby removed in accord with Canon 764. In addition, ...I direct Father N. to do one continuous, uninterrupted month of penance in retreat...". In documento "Directives to Father N. to accompany the decree" diei 6 augusti 2006 ei interim permittebatur selectio loci commorationis in dioecesi, atvero "with no exercise of any ministry".

2. Revocatione vel emendatione decreti frustra petita, Rev.dus N. recurrit ad Congregationem pro Clericis, quae die 20 iunii 2006 eius amotionem ab officio vicarii paroecialis eiusque correptionem probavit, non autem paenitentiam impositam una cum presbyterali coram populo vetito ministerio. Tam Exc.mus Praesul, die 12 iulii 2006, quam Rev.dus N., die 25 iulii 2006, tunc frustra ab illo Dicasterio petierunt ut respectivam partem adversam decreti diei 20 iunii 2006 revocare vel emendare vellet.

3. Dum sua ex parte Rev.dus N. die 8 septembris 2006 ad H.S.T. provocavit (prot. n. 38985/06 CA), Exc.mus Episcopus recursum, de quo in casu, die 20 eiusdem mensis apud H.S.T. interposuit. Examen autem utriusque causae dein interruptum est, cum Rev.di N. Patronus

quell'abuso liturgico. Ricevuta la relazione dell'inchiesta, l'Ecc.mo Vescovo volle ascoltare personalmente il Rev. N. Dato che questi, nella sessione del 6 agosto 2005, non aveva dato alcun segno di penitenza per il modo esagerato in cui egli aveva ripreso pubblicamente il Rev. Diacono, l'Ecc.mo Ordinario gli consegnò un decreto, già pronto il 5 agosto, nel quale era stabilito: "Rimuovo immediatamente il Rev. N. dall'Ufficio di Vicario Parrocchiale nella Parrocchia della Sacra Famiglia... Dato che egli non svolge più alcun ufficio con cura d'anime, gli vengono tolte tutte le facoltà diocesane e, a norma del can. 764, gli viene pure tolta la facoltà *ex lege* di predicare. In aggiunta, ... io comando a Fr. N., di fare penitenza in ritiro durante un mese continuo e senza interruzioni...". Nel documento "Indicazioni per il Rev. N. a complemento del decreto", del 6 agosto 2005, gli si permetteva di scegliere il luogo di dimora nella diocesi, tuttavia "senza l'esercizio di alcun ministero".

2. Richiesta invano la revoca o l'emendazione del decreto, il Rev. N. ricorse alla Congregazione per il Clero, la quale approvò il 20 giugno 2006 la sua rimozione dall'ufficio di vicario parrocchiale e la riprensione, non però la penitenza imposta né la proibizione di esercitare *coram populo* il ministero. Sia l'Ecc.mo Vescovo, il 12 luglio 2006, sia il Rev. N., il 25 luglio 2006, chiesero inutilmente al Dicastero di revocare o di emendare la rispettiva parte avversa del decreto del 20 giugno 2006.

3. Il Rev. N. si rivolse a Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] l'8 settembre 2006 (prot. n. 38985/06 CA). Il giorno 20 dello stesso mese, l'Ecc.mo Vescovo presentò a questo Supremo Tribunale il ricorso di cui ora si tratta. L'esame di entrambe le cause fu in seguito interrotto, quando il

H.S.T. primum certius fecisset de conamine pacificam solutionem controversiae inveniendi et dein de eius intentione recursui renuntiandi, atque, rebus stantibus, etiam Exc.mus Episcopus petiisset ut examen causae suspenderetur.

Renuntiatione Rev.di N. tandem rite exhibita et ab H.S.T. admissa, Exc.mus Praesul recenter, epistola scilicet diei 7 martii 2008, instituit ut H.S.T. examen recursus ab eo interpositi reassumeret.

Re rite discussa Cl.mos partium Patronos inter et Rev.mum Promotorem Iustitiae,

SUPREMUM SIGNATURAE
APOSTOLICAE TRIBUNAL

4. Praemisso quod Exc.mus Episcopus in casu illegitimam habet decisionem qua Congregatio revocavit a) “the directive that Fr. N. is to ‘exercise no ministry’...” et b) “the provision that imposes a month long act of penance”;

5. Attento *de vetito ministerio coram populo* quod Exc.mus Episcopus tenet in casu simpliciter agi de consequentia logica amotionis administrativae Rev.di N. ab officio, nam in sua dioecesi “no ministerial faculties are granted to any cleric unless he holds an ecclesiastical office which includes *cura animarum* or is legitimately exercising *cura animarum* with approval of a proper Ordinary”, dum presbyteri “who exercise any munus sanctificandi in a diocese do so only as legitimately deputed to do so (c. 834, § 2) and always under the authority of the diocesan bishop (c. 835, § 2)”,

et ad rem contra perspecto quod:

- Non sustinetur praesuppositum,

Patrono del Rev. N. comunicò a Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] il tentativo di trovare una soluzione pacifica alla controversia e, dopo, la sua intenzione di rinunciare al ricorso. Stando così le cose, pure l’Ecc.mo Vescovo chiese la sospensione dell’esame della causa.

Presentata infine la rinuncia formale da parte del Rev. N. ed ammessa da Q.S.T. [questo Supremo Tribunale], recentemente, e cioè il 7 marzo 2008, l’Ecc.mo Vescovo chiese a Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] che venisse ripreso l’esame del ricorso da lui presentato.

Discussa la questione nel dovuto modo tra i Ch.mi Patroni delle parti e il Rev.mo Promotore di Giustizia,

IL SUPREMO TRIBUNALE
DELLA SEGNETURA APOSTOLICA

4. Premesso che l’Ecc.mo Vescovo ritiene illegittima la decisione con la quale la Congregazione ha revocato a) “la direttiva che il Rev. N. ‘non eserciti alcun ministero’...” e b) “il provvedimento che impone una penitenza per un intero mese”;

5. Atteso che l’Ecc.mo Vescovo considera che il *divieto di esercitare il ministero coram populo* nel caso presente sia solo una logica conseguenza della rimozione amministrativa del Rev. N. dal suo ufficio, perché nella sua diocesi “non vengono concesse facoltà ministeriali a un chierico a meno che egli non svolga un ufficio ecclesiastico che comporti la cura delle anime o eserciti legittimamente la cura delle anime con l’approvazione dell’Ordinario competente”, giacché i presbiteri “che esercitano qualsiasi compito del *munus sanctificandi* in una diocesi lo svolgono solo in quanto legittimamente designati per svolgerlo (c. 834, § 2) e sempre sotto l’autorità del Vescovo diocesano (c. 835, § 2)”,

visto invece che:

- Il presupposto non regge, perché in

nam nullo modo requiritur deputatio ex parte Ordinarii ad exercendas facultates ipsa lege universali concessas;

- Presbyteri utique munus sanctificandi "sub Episcopi auctoritate" exercent (can. 835, § 2), sed eius potestas moderandi exercitium muneris sanctificandi ex parte presbyterorum haudquaquam aequari potest cum potestate illud exercitium tollendi, nisi ad normam iuris, speciatim quod attinet ad facultates ipsa lege universali concessas;

6. Cum proinde sustineatur Congregationis pro Clericis decisio, iuxta quam "the Ordinary's actions in this regard are revoked and rescinded", quidquid est de ratione motiva ab ipsa adducta;

7. Considerato *de paenitentia imposita* quod:

- Paenitentia canonica praevalenter servit ad substituendam poenam (cf. cann. 1312, § 3; 1324, § 1; 1343; 1344, n. 2), sed etiam imponi potest non solum in casu remissionis censurae (cf. can. 1358, § 2) vel ad poenam aggravandam (cf. cann. 1312, § 3; 1326, § 2), verum etiam in casu delicti frustrati ob rationes extra voluntatem eius, qui illud committere conatus est (cf. can. 1328, § 2);

- In doctrina incerta est interpretatio can. 1340, § 3: "Paenitentias Ordinarius pro sua prudentia addere potest poenali remedio monitionis vel correptionis". Scribit ad rem J. P. Montini: "A mio parere la soluzione della difficoltà interpretativa sta nella rilevazione che a volte i rimedi penali suppongono un delitto (certo e imputabile). In questi casi, e solo in questi, vi si può aggiungere da parte dell'Ordinario delle penitenze. Viene salvaguardata in tal modo la necessità di un delitto perché si dia penitenza" ("I rime-

modo alcuno è richiesto un affidamento da parte dell'Ordinario per esercitare le facoltà concesse dalla legge universale stessa;

- Certamente i presbiteri esercitano il *munus sanctificandi* "sotto l'autorità del Vescovo" (can. 835, § 2), ma la sua potestà di moderare l'esercizio del *munus sanctificandi* da parte dei presbiteri non equivale in modo alcuno alla potestà di togliere quell'esercizio, se non a norma del diritto, soprattutto per quanto concerne le facoltà concesse dalla stessa legge universale;

6. È corretta pertanto la decisione della Congregazione per il Clero, secondo la quale "vengono revocati e rescissi gli atti dell'Ordinario in proposito", indipendentemente dalla ragione addotta dalla stessa Congregazione;

7. Considerato *circa la penitenza imposta* che:

- La penitenza canonica serve soprattutto per sostituire la pena (cf. cann. 1312, § 3; 1324, § 1; 1343; 1344, n. 2), ma può anche essere inflitta non solo nel caso in cui sia stata rimessa una censura (cf. can. 1358, § 2) o per aggravare la pena (cf. cann. 1312, § 3; 1326, § 2), ma anche nel caso di un delitto frustrato per motivi indipendenti dalla volontà di colui che tentò di perpetrarlo (cf. can. 1328, § 2);

- In dottrina rimane incerta l'interpretazione del can. 1340 § 3: "L'Ordinario può aggiungere penitenze secondo la sua prudenza al rimedio penale dell'ammonezione o della correzione". Scrive in proposito G.P. Montini "A mio parere la soluzione della difficoltà interpretativa sta nella rilevazione che a volte i rimedi penali suppongono un delitto (certo e imputabile). In questi casi, e solo in questi, vi si può aggiungere da parte dell'Ordinario delle penitenze. Viene salvaguardata in tal modo la necessità di un

di penali e le penitenze...”, in *Il processo penale canonico*, ed. Z. Suchecki, Romae 2003, 75-101, vide 95). Ita quoque censet J. Sanchis: “Debe entenderse que la penitencia c nonica puede ser a nadida a la amonestación o a la represión en aquellos casos, previstos por las normas, y sólo en ellos, en los que el remedio penal se aplica a un delito ciertamente cometido” (*Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, IV/1, Pamplona 1997², 388);

- Doctrina, utcumque, tenet paenitentiam canonicam semper praesupponere delictum commissum vel saltem frustratum (cf. can. 1328): cf. v.g. Montini (*art. cit.*, 95-96), Sanchis (*loc. cit.*, 387);

8. Cum, rebus sic stantibus, perdifficulter probari posse videatur Congregationem pro Clericis legem violavisse in revocanda et rescindenda decisione, qua Exc.mus Episcopus Rev.do N. paenitentiam recessus spiritualis unius mensis imposuit, nam ipse Exc.mus Praesul contendit in casu defuisse delictum canonicum et ipse nullo modo egit de delicto canonico frustrato;

Re sedulo examini subiecta in Congressu, die 13 iunii 2008 coram infra-scripto Cardinali Praefecto habito,

decrevit:

Recursum admittendum non esse et factum non admitti ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis H.S.T. Iudicibus, ob defectum fundamenti.

Pro expensis retinetur cautio in arca H.S.T. deposita. Partes suo quaeque Cl.mo Patrono congruum solvant honorarium.

Et notificetur iis quorum interest, ad omnes iuris effectus.

** Contro questo decreto del Prefetto in Congresso non   stato interposto ricorso al Collegio dei Giudici.

delitto perch  si dia penitenza” (“I rimedi penali e le penitenze...”, in *Il processo penale canonico*, ed. Z. Suchecki, Romae 2003, 75-101, vide 95). Allo stesso modo ritiene J. Sanchis: “Debe entenderse que la penitencia canonica pu  essere aggiunta all’ammonizione o alla riprensione in quei casi, previsti dalla norma, e solo in quelli, nei quali il rimedio penale si applica ad un delitto certamente commesso” (*Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, IV/1, Pamplona 1997², 388);

- La dottrina, comunque, ritiene che la penitenza canonica debba sempre presupporre un delitto commesso o almeno tentato (cfr. can. 1328) cf. v.g. Montini (*art. cit.*, 95-96), Sanchis (*loc. cit.*, 387);

8. Visto che, stando cos  le cose, risulta difficile provare che la Congregazione per il Clero abbia violato la legge nel revocare e rescindere la decisione, mediante la quale l’Ecc.mo Vescovo impose al Rev.do N. la penitenza di un ritiro spirituale di un mese; infatti la stesso Ecc.mo Praesule riconosce che nel caso non vi fu un delitto canonico e che in nessun modo egli tratt  di un delitto canonico tentato;

Esaminata attentamente la questione dal Congresso, innanzi al sottoscritto Cardinale Prefetto, il 13 giugno 2008,

decreta:

*Che il Ricorso non si debba ammettere e di fatto non viene ammesso alla discussione innanzi gli Em.mi ed Ecc.mi Giudici di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale], per assenza di fondamento**.*

Quanto alle spese si trattiene la cauzione depositata in cassa presso Q.S.T. [questo Supremo Tribunale]. Ciascuna parte corrisponda un congruo onorario al proprio Ch.mo Patrono.

E sia notificato agli aventi interesse, ad ogni effetto di diritto.

Datum Romae, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 13 iunii 2008.

Augustinus Card. Vallini, *Praefectus*
+ Franciscus Daneels, o.praem.,
Secretarius

Roma, dalla sede del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 13 giugno 2008.

Agostino Card. Vallini, *Prefetto*
+ Frans Daneels, o.praem., *Segretario*

3. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA – Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, *Divieto di esercitare il ministero presbiteriale “coram populo”* (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero) – Prot. N. 41760/08 CA [contenzioso amministrativo], 30 maggio 2009

Proibizione di esercitare qualunque ministero sacerdotale “coram populo” – Provvedimento amministrativo ai sensi del can. 223 §2 – Insussistenza

SALVO il prescritto del can. 1044, al di fuori dell’ambito penale, è da ritenere illegittima la proibizione di esercitare qualunque ministero sacerdotale “coram populo”, incluse le facoltà concesse ai presbiteri per diritto universale, imposta dall’Ordinario mediante atto amministrativo disciplinare soltanto ex can. 223 § 2.

1. Rev.dus N., die 1 ianuarii 1951 natus, die 24 augusti 1990 presbyter ordinatus, officio fungens in dioecesi incardinatio-nis, anno 2002 accusatus est abusus cuiusdam sexualis, patrati quando adhuc alumnus erat seminarii et nondum clericus. Ipse die 1 iulii 2002 officio in paroc-cia renuntiavit, sed tantum die 15 ianuarii 2004 investigatio praevia initium coepit. Subsequenti die 16 aprilis eum quodlibet ministerium presbyterale coram populo exercere vetuit Exc.mus Episcopus dioecesanus, qui, audito organo v.d. “Dio-cesan Review Board” et praehabito voto Promotoris iustitiae, die 24 octobris 2004 Congregationem pro Doctrina Fidei interpellavit. Haec autem die 2 mar-tii 2005 respondit rem extra agrum esse delictorum graviorum, quia Rev.dus N. tunc nondum erat clericus, ideoque: “if it were not a cause of grave scandal among the faithful and if the priest does

1. Il Rev.do N., nato il 1° gennaio 1951, ordinato sacerdote il 24 agosto 1990, esercitando l’ufficio nella diocesi di in-cardinazione, nell’anno 2002 fu accusato di un certo abuso sessuale, commesso quando all’epoca era allievo del semi-nario e non ancora chierico. Egli stesso, il 1° luglio 2002, rinunziò all’ufficio in parrocchia, ma solo nel 2004 ebbe inizio l’indagine previa. Il successivo 16 aprile l’Ecc.mo Vescovo gli vietò di esercitare dovunque il ministero sacerdotale *co-ram populo* e, udito l’organo preposto del “*Diocesan Review Board*” e ricevuto il voto del Promotore di Giustizia, il 24 ottobre 2004 interpellò la Congregazio-ne per la Dottrina della Fede. Questa tuttavia il 2 marzo 2005 rispose che la questione non rientrava nell’ambito dei delitti più gravi perché il Rev.do N. al-lora non era ancora chierico, e perciò: “se non fosse causa di grave scandalo tra

not contribute a risk to minors, Your Excellency may wish to give Rev. N. a pastoral placement within the diocese, taking into consideration canon 223 § 2 CIC”.

2. Exc.mus autem Episcopus, invocato can. 223, § 2, dein iterum iterumque per se vel per Rev.mum Vicarium generalem prohibitionem ministerii presbyteralis coram populo exercendi prorogavit, cuius prohibitionis presbyter ille die 3 iulii 2006 revocationem petiit, asserens: “I admit that I may have been imprudent in my contact with my accusers by tickling them when they were minors. However, I had absolutely no sexual intention in this contact”. Silente Exc.mo Episcopo, Rev.dus N. die 20 iulii 2006 ad Congregationem pro Doctrina Fidei provocavit, quae acta die 14 decembris eiusdem anni ad Congregationem pro Clericis transmisit.

Pendente recursu coram hac Congregatione, duae sorores accusatrices tandem aliquando, invitante Exc.mo Episcopo ne denuo Rev.dum Recurrentem ad ministerium exercendum admittere deberet, de re deposuerunt, asserentes eius modum sese gerendi fuisse “inappropriate” et “a sinister way of dealing with a child”. Contendit Exc.mus Episcopus organum v.d. “Diocesan Review Board” die 14 februarii 2007 illas accusationes habuisse veras, ideoque scandalum oriri posse e novo munere illi presbytero collato, sed documentum de re non invenitur in actis.

Congregatio pro Clericis tandem die 30 iulii 2008, invocata quadam recentiore H.S.T. sententia et iuxta votum circa quaestionem iuris a Pontificio Consilio

i fedeli e se il sacerdote non costituisce un pericolo per i minori, Sua Eccellenza potrebbe pensare di concedere al Rev.do N. un incarico pastorale entro la diocesi, prendendo in considerazione il can. 223 § 2 CIC”.

2. L’Ecc.mo Vescovo, tuttavia, invocato il can. 223 § 2, in seguito, sia personalmente sia tramite il Rev.mo Vicario generale, continuò a prorogare la proibizione generale di esercitare il ministero sacerdotale *coram populo*, proibizione che quel sacerdote chiese di revocare il 3 luglio 2006, spiegando: “Riconosco che posso essere stato imprudente nei rapporti con i miei accusatori per averli stuzzicati quando erano minori. Tuttavia non ebbi assolutamente intenzioni sessuali in questi contatti”. Silente l’Ecc.mo Vescovo, il Rev.do N. il 20 luglio 2006 si rivolse alla Congregazione per la Dottrina della Fede, la quale il 14 dicembre dello stesso anno trasmise gli atti alla Congregazione per il Clero.

Infine, pendente il ricorso presso questa Congregazione, su invito del Ecc.mo Vescovo, affinché non si dovesse ammettere di nuovo il Rev.do Ricorrente ad esercitare il ministero, due sorelle accusatrici deposero in merito, asserendo che il suo modo di comportarsi fosse stato “inappropriato” e “una maniera sinistra di trattare un bambino”. L’Ecc.mo Vescovo sostenne fermamente che l’organo c.d. [cosiddetto] “*Diocesan Review Board*” ritenne vere quelle accuse, e che perciò sarebbe potuto di nuovo sorgere uno scandalo se si fosse attribuito un nuovo incarico a quel presbitero, ma non si rinviene in atti alcun documento in merito.

La Congregazione per il Clero infine il 30 luglio 2008 ammise il ricorso, richiamandosi ad una certa recente sentenza di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale:

de Legum Textibus die 27 iunii 2008 ob-
tentum, recursum admisit.

3. Quod adversus decretum, die 14
augusti 2008 notificatum, Exc.mus Epis-
copus die 9 septembris 2008 ad H.S.T.
recurrat.

Re rite discussa inter Cl.mos partium
Patronos et Rev.dum Promotorem iusti-
tiae deputatum, atque interpellato novo
Exc.mo Episcopo dioecetano, qui instituit
ut H.S.T. examen recursus proseguere-
tur,

SUPREMUM SIGNATURAE
APOSTOLICAE TRIBUNAL

4. Praemisso quod non agitur de casu
poenali (cf. can. 18), quodque ergo can.
1722 ad rem invocatum non est, uti con-
stat ex actis, adeo ut in casu tantum de
remediis disciplinariis non poenalibus
fieri possit sermo;

5. Perpenso in primis quod Exc.mus
Praesul ad rem invocat art. 5 documenti
s.d. "Charter for the Protection of Chil-
dren and Young People", sed simul du-
bitat num id huic casui applicari possit,
quam ob rem hoc argumentum nullius
valoris reputandum est, dum praete-
rea agitur de documento Conferentiae
Episcoporum, recognitioni, uti videtur,
Sanctae Sedis non submisso;

6. Perspecto quod invocatum prae-
scriptum can. 223, § 2 non est ad rem,
uti satis apparet tam ex excerpto H.S.T.
sententiae definitivae coram Grocholewski
diei 28 aprilis 2007 (prot. n. 37937/05 CA)
quam ex voto Pontificii Consilii de Le-
gum Textibus, de quibus in impugnato

vide infra n. 6, nota ***] e conformemen-
te al voto ottenuto sulla questione di di-
ritto dal Pontificio Consiglio per i Testi
Legislativi il 27 giugno 2008.

3. Perciò contro il decreto, notificato il
14 agosto 2008, l'Ecc.mo Vescovo ricorse
presso Q.S.T. [questo Supremo Tribuna-
le] il 9 settembre.

Discussa ritualmente la questione tra i
Ch.mi Patroni ed il Rev.do Promotore di
Giustizia deputato, e interpellato il nuo-
vo Vescovo Diocesano, il quale insistette
per proseguire l'esame del ricorso pres-
so Q.S.T. [questo Supremo Tribunale],

IL SUPREMO TRIBUNALE DELLA
SEGNETURA APOSTOLICA,

4. Premesso che nel caso non si tratta
di una questione penale (cf. can. 18),
e che pertanto il can. 1722 non è stato
invocato nella causa, come consta dagli
atti, al punto che nel caso si può parlare
solo di rimedi disciplinari non penali;

5. Considerato in primo luogo che
l'Ecc.mo Presule in merito invoca l'art.
5 del documento chiamato "Statuto per
la protezione dei bambini e dei giova-
ni", ma contemporaneamente dubita se
questo possa essere applicato a questo
caso, pertanto questo argomento è da ri-
tenere privo di valore, mentre, inoltre si
tratta di un documento della Conferen-
za Episcopale che non è stato sottomes-
so, come sembra noto, alla ricognizione
della Santa Sede;

6. Ritenuto che l'invocato prescritto
del can. 223 § 2 non attiene al merito
della questione, come sufficientemente
appare sia dall'estratto della sentenza
definitiva di Q.S.T. [questo Supremo
Tribunale] coram Grocholewski del 28
aprile 2007 (prot. n. 37937/05 CA)*** sia

*** Cfr. SUPREMUM TRIBUNAL SIGNATURAE APOSTOLICAE, sentenza definitiva, coram
Grocholewski, 28 aprile 2007, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), pp. 611-621, con commento di D. CI-
TO, pp. 621-625.

Congregationis decreto, quodque consequenter, nisi habeatur facultas specialis a Suprema Auctoritate concessa et salvo praescripto can. 1044, extra ambitum poenalem illegitima censenda est prohibitio per actum administrativum imposita exercendi quodvis ministerium presbyterale coram populo, inclusis facultatibus iure universali presbyteris concessis;

7. Animadverso autem quod:

- sedulo distinguendum est inter prohibitionem ministerii presbyteralis exercendi et collationem officii, ad quam de idoneitate candidati constare debet Auctoritati competenti (cf. can. 149, § 1); dubium autem in re, si fieri possit, solvendum est;

- in actis invenitur epistula a praeside organi v.d. "Diocesan Review Board" die 12 ianuarii 2007 data, qua, non obstantibus duorum peritorum votis Rev.do N. favorabilibus, necessitatem indicabat ut novum examen psychologicum super eum perficeretur, quod vero, attentis causae actis, hucusque peractum non videtur, quamvis Exc.mus Episcopus in suis decretis saepius affirmaret eius idoneitatem ad ministerium exercendum manere dubiam, "[d]ue to the lack of resolution of certain questions regarding the fitness for presbyteral ministry";

8. Cum adducta non sint argumenta quae probabilem reddant assertam impugnationi Congregationis decreti illegitimitatem, dum onus probandi in casu ad Exc.mum Recurrentem pertinet;

9. Vi art. 83, § 1 H.S.T. *Legis propriae*;

Re sedulo examini subiecta in Con-

dal voto del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, ai quali si riferisce l'impugnato decreto della Congregazione, e che conseguentemente, quando non si abbia una facoltà speciale concessa dalla Suprema Autorità e salvo il prescritto del can. 1044, al di fuori dell'ambito penale è da ritenere illegittima la proibizione imposta mediante atto amministrativo di esercitare qualunque ministero sacerdotale *coram populo*, incluse le facoltà concesse ai presbiteri per diritto universale.

7. Constatato tuttavia che:

- occorre distinguere attentamente tra la proibizione di esercitare il ministero presbiterale e il conferimento di un ufficio, per il quale deve constare all'Autorità competente l'idoneità del candidato (cfr. 149 § 1); il dubbio però sulla questione, se fosse possibile, sarebbe da risolvere;

- negli atti si rinviene una lettera emessa dal presidente dell'organo detto "Diocesan Review Board" del 12 gennaio 2007, nella quale, nonostante i voti di due periti favorevoli al Rev.do N., s'indicava che si espletasse un nuovo esame psicologico su di lui, cosa che in vero, considerati gli atti di causa, fino a questo punto, non sembra essere avvenuto, sebbene l'Ecc.mo Vescovo nei suoi decreti spesso affermi che la sua idoneità al ministero sacerdotale rimanga dubbia, "dovendo considerare la mancata risoluzione di certe questioni riguardanti l'appropriatezza per il ministero presbiterale";

8. Poiché non sono stati adottati argomenti che rendano probabile l'asserita illegittimità del decreto impugnato della Congregazione, mentre nel caso l'onere della prova spetta all'Ecc.mo Ricorrente;

9. In forza dell'art. 83 § 1 della legge propria di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale];

Esaminata attentamente la questione

gressu, coram infrascripto Praefecto die 30 maii 2009 habito,

decrevit:

Recursum reiciendum esse et facto reici, utpote manifeste carentem quolibet fundamento.

Pro expensis retinetur cautio ab Exc.mo Recurrente in arca H.S.T. deposita. Partes suo quaeque Cl.mo Patrono congruum solvant honorarium.

Contra hoc decretum patet recursus ad Collegium Iudicum, intra terminum peremptorium decem dierum ab eodem notificato, argumentis suffultus, proponendus.

Et notificetur iis quorum interest, ad omnes iuris effectus.

Datum, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 30 maii 2009.

+ Raimundus Leo Burke, *Praefectus*
+ Franciscus Daneels, o.praem.,
Secretarius

dal Congresso, innanzi al sottoscritto Prefetto, il 30 maggio 2009,

decreta:

Che il Ricorso debba essere rigettato e di fatto è rigettato, come manifestamente carente di qualsiasi fondamento.

Quanto alle spese si trattiene la cauzione rilasciata alla cassa di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] dall'Ecc.mo Ricorrente. Ciascuna parte corrisponda un congruo onorario al proprio Ch.mo Patrono.

Contro questo decreto è possibile ricorrere al Collegio dei Giudici, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla sua notifica, da proporre sostenuto da argomenti****.

E sia notificato agli aventi interesse, ad ogni effetto di diritto.

Roma, dalla sede del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 30 maggio 2009

+ Raymond Leo Burke, *Prefetto*
+ Frans Daneels, o.praem., *Segretario*

**** Contro questo decreto del Prefetto in Congresso non è stato interposto ricorso al Collegio dei Giudici.

IL DIRITTO DI DIFESA IN AMBITO DISCIPLINARE

1. PREMESSA

NONOSTANTE la diversità delle fattispecie dedotte, i tre provvedimenti sopra riportati, emanati dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, trovano un punto d'incontro nella questione giuridica che fa loro da sfondo: la disciplina dell'esercizio del ministero sacerdotale da parte della competente autorità ecclesiastica.

Nella *sentenza coram Cacciavillan*,¹ si accerta la violazione della legge *in decernendo* ed *in procedendo* di due decreti mediante i quali la Congregazio-

¹ SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram Cacciavillan, Esercizio del ministero sacerdotale* (Ecc.mo Vescovo diocesano – Congregazione per il Clero), Prot. N. 32108/01 CA [contenzioso amministrativo], 18 marzo 2006.

ne per il Clero aveva revocato la sanzione con la quale un Vescovo aveva limitato un sacerdote nell'esercizio del proprio ministero sacerdotale. Nel caso erano sorti dubbi sulla idoneità del sacerdote ad adempiere le funzioni annesse al proprio ministero perché sospettato di aver abusato sessualmente di minori. Dopo aver deferito la questione alla Congregazione per la Dottrina della Fede, esclusivamente competente nel caso, il Vescovo aveva emanato un provvedimento disciplinare, limitando il detto presbitero nella celebrazione pubblica della liturgia, nonché intimandogli di sottoporsi ad un accertamento psicologico presso un istituto specializzato. Il sacerdote si era opposto ed aveva adito la Congregazione per il Clero la quale, da un lato, aveva accolto il suo ricorso, e dall'altro aveva rigettato la rimostranza del successivo Amministratore diocesano che aveva invocato la legittimità della sanzione inflitta. Deferita la questione innanzi alla Segnatura Apostolica, il suddetto Amministratore chiese ed ottenne la sospensione delle decisioni assunte dalla Congregazione per il Clero e, espletata la trattazione della questione in Congresso, si decretò l'illegittimità, *in decernendo* ed *in procedendo*, dei decreti assunti dalla Congregazione per il Clero. I Giudici del Supremo Tribunale si sono orientati in tal senso perché hanno constatato l'incompetenza a decidere da parte della Congregazione per il Clero, la quale era intervenuta quando la questione era già stata deferita alla Congregazione per la Dottrina della Fede, esclusivamente competente in materia. Per altro, si è constatato che, nel caso, la sanzione era di ordine disciplinare e non penale.

Nel *decreto coram Vallini*,² Prefetto in Congresso, si è respinto il ricorso, perché manifestamente infondato, contro un decreto con il quale la Congregazione per il Clero aveva, da un lato, confermato la dimissione di un sacerdote dall'incarico di vicario parrocchiale, dall'altro, tuttavia, aveva respinto sia l'inflizione di un'ulteriore penitenza sia la privazione di esercitare tutte le funzioni sacerdotali *coram populo*. Il Prefetto in Congresso si è orientato in tal senso per due ragioni. In primo luogo, al constatare che l'autorità episcopale non ha il diritto di privare i presbiteri dell'intero esercizio del loro ministero, se non nei casi espressamente previsti dal diritto, proprio perché si tratta di facoltà concesse dalla legge universale e non dalla deputazione episcopale. In secondo luogo, al constatare che l'inflizione di una penitenza è illegittima se non presuppone un delitto certamente imputabile, anche solo tentato.

Con il *decreto coram Burke*,³ Prefetto in Congresso, si è respinto il ricorso,

² SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Vallini) in Congresso, *Revoca del provvedimento dell'Ecc.mo Vescovo nei confronti del Rev. N.* (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero), Prot. N. 38962/06 CA [contenzioso amministrativo], 13 giugno 2008.

³ SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, *Divieto di esercitare il ministero presbiteriale "coram populo"* (Ecc.mo Vescovo – Con-

perché manifestamente infondato, contro un decreto mediante il quale la Congregazione per il Clero aveva accolto il ricorso di un sacerdote che era stato privato di esercitare *coram populo* il suo ministero presbiterale, perché sospettato di aver abusato su minori quando era ancora seminarista. Il Prefetto in Congresso ha accertato la legittimità della decisione assunta dalla Congregazione per il Clero al constatare che non è ammissibile privare interamente un sacerdote dell'esercizio delle facoltà annesse al proprio ministero mediante un provvedimento amministrativo meramente disciplinare, ossia al di fuori dell'ambito penale.

2. DIFESA ED "IDENTITÀ DI RUOLO" DEL MINISTRO ORDINATO

La complessità delle tematiche trattate non consente un commento che possa coprire interamente tutti gli ambiti che i Giudici della Segnatura (collegialmente o in modo monocratico nel caso del Prefetto in Congresso) hanno dovuto percorrere nello svolgimento delle loro decisioni. Si orienterà, pertanto, la riflessione entro la prospettiva del *diritto di difesa* (c. 221 § 3 CIC; c. 24 § 3 CCEO) del sacerdote giudicato dall'Ordinario nella propria condotta al di fuori di un processo penale.⁴ La ragionevolezza di tale prospettiva si coglie tenendo in considerazione che lo *ius puniendi* deve avvenire *ad normam legis* (c. 221 § 3 CIC; c. 24 § 3 CCEO), sicché riconoscere al sacerdote il diritto di difesa,⁵ altro non significa che riconoscergli il diritto di essere sanzionato non in maniera arbitraria, ma a norma di legge.⁶ Accanto ai processi penali ed amministrativi si deve riconoscere un processo (non giudiziale)⁷ discipli-

gregazione per il Clero), Prot. N. 41760/08 CA [contenzioso amministrativo], 30 maggio 2009.

⁴ Cfr. AA.VV., *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, D. CITO (a cura di), Milano 2005.

⁵ Cfr. J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., pp. 104-105: «sia i criteri ermeneutici contenuti nei Principi per la riforma del CIC approvati dal Sinodo del 1967 e incorporati dalla Prefazione del codice ... sia il disposto dei cann. 221 e 1598, sia il *favor rei* insito nella natura della procedura penale e presente in tutti i canoni procedurali del codice, sia infine, 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».

⁶ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione al processo canonico*, in AA.VV., *Il processo penale canonico*, Z. SUCHECKI (a cura di), Roma 2003, pp. 17-38.

⁷ Nei processi *non giudiziali* non si giudica in forza dell'autorità giudiziale, ma in forza, di un'autorità «più morale che giuridica» come avviene per «la transazione, l'arbitrato e la conciliazione» o di un'autorità pubblica, ove «ci riferiamo all'autorità amministrativa o esecutiva, che è una parte di regime esercitata da chi ricopre certi uffici ecclesiastici ... La

nare,⁸ in cui nel provvedimento emesso dall'Ordinario non si invoca come motivo principale la violazione di una normativa o di un precetto penale, bensì si invoca un illecito connesso alla violazione di un dovere d'ufficio o di ordine deontologico.⁹

La violazione commessa da un chierico, qualsivoglia possa esserne la gravità e la specie, viene ad infrangere le esigenze intrinseche dello stato di vita ecclesiale del ministro ordinato, considerato che il destino del presbitero: «è strettamente legato all'istituzione ecclesiale in cui opera. Per lui, essa non costituisce soltanto un luogo di lavoro ma è un riferimento inevitabile per la propria identità. Non può definirsi senza riferirsi all'istituzione e alla sua comunità. La configurazione effettiva del suo ruolo si gioca nell'intreccio di molteplici rapporti istituzionali: con il vescovo e la chiesa diocesana, con il Papa e la chiesa universale, con il presbiterio, la parrocchia o l'ente in cui svolge il suo servizio, con le istituzioni pubbliche e \o private con cui si trova a collaborare o comunque a doversi relazionare nel territorio. Sarebbe impossibile configurare la figura storica del prete a prescindere da questi molteplici legami istituzionali. Non tenerne conto rischia di condurre all'astrattezza ogni discorso sul vissuto del prete».¹⁰ Questa inscindibilità tra ministero ed identità nella vocazione sacerdotale può ulteriormente spiegare lo speciale carattere educativo¹¹ riconosciuto al processo canonico, specie quando oc-

potestà esecutiva opera senza seguire norme formali rigide; le sue decisioni sono frutto del ministero di governo, tese ad integrare le pretese dei singoli nell'ambito del bene comune. In tali decisioni, più che applicare la legge, l'autorità amministrativa dovrà non contraddirla, operando con maggior margine di discrezionalità, secondo giustizia ed equità, rispettando l'imprescindibile diritto di difesa, il cui esercizio non è però stabilito con forme precise», M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, ed. 5, Roma 2006, pp. 51-52.

⁸ Il processo disciplinare è un procedimento amministrativo il quale «non consiste quindi nello strumento per applicare alcune sanzioni penali tramite la via amministrativa, ma è invece il mezzo per applicare sanzioni disciplinari, diverse da quelle penali. Lo scopo delle sanzioni disciplinari è quello di tutelare il particolare ordine giuridico interno necessario per l'adeguato svolgimento di una determinata funzione sociale ... la menzione alla disciplina riguarda il bene comune di tutta la chiesa», J. CANOSA, *Il procedimento amministrativo disciplinare previsto in alcuni regolamenti vigenti nella Curia Romana*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., p. 435.

⁹ Cfr. F. DANEELS, *L'imposizione amministrativa delle pene e controllo giudiziario sulla loro legittimità*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., p. 293: «Occorre anche tenere presente la dovuta distinzione tra interventi penali e interventi disciplinari da parte dell'Autorità competente come per es. la rimozione dall'ufficio ... la dimissione o l'escaustrazione imposta di un religioso ... la revoca di facoltà ... della missio canonica oppure del mandatam docendi ... la dichiarazione dell'impedimento di esercitare gli Ordini sacri ... il precetto di ritornare in diocesi, il divieto di abitare in un certo luogo per ragioni pastorali, l'imposizione di sanzioni disciplinari per mancanze deontologiche».

¹⁰ E. PAROLARI, *Reggere la conflittualità. Il prete e l'istituzione*, in *TreDimensioni* 3 (2006), p. 307.

¹¹ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale Apostolico della Rota Romana*, 17 febbraio 1979, in AAS 71 (1979), p. 425: «Anzi, nella visione di una Chiesa che tutela i diritti dei singoli

corre accertare la commissione di un illecito da parte di un chierico. Si deve, infatti, procedere per l'effettivo servizio dello sviluppo morale della persona umana e cristiana, condizione indispensabile per restaurare efficacemente la comunione ecclesiastica minacciata dall'agire illecito.¹²

Nel diritto di difesa del chierico, in effetti, non è in gioco il solo principio di legalità (essere sanzionati a norma di legge, cfr. 221 § 3 CIC, c. 24 § 3 CCEO), ma anche l'esigenza pratica di utilizzare una pena o una sanzione disciplinare¹³ più adeguata e funzionale al suo emendamento umano e spirituale, oltre che al ristabilimento della giustizia ed alla riparazione dello scandalo.¹⁴ In effetti, sia che si tratti di illecito disciplinare sia che si tratti di

fedeli, ma, altresì, promuove e protegge il bene comune come condizione indispensabile per lo sviluppo integrale della persona umana e cristiana si inserisce positivamente anche la disciplina penale: anche la pena comminata dall'autorità ecclesiastica (ma che in realtà è un riconoscere una situazione in cui il soggetto stesso si è collocato) va vista infatti come strumento di comunione, cioè come mezzo di recupero di quelle carenze di bene individuale e di bene comune che si sono rivelate nel comportamento antiecclesiale, delittuoso e scandaloso dei membri del popolo di Dio». Per un commento a questa allocuzione, cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *Iustitia ecclesiae in mundo huius temporis*, in *Periodica* 68 (1979), p. 400: «In tempore, in quo multi loquuntur de revisione instituti canonici 'poenae', concursus doctrinae Ioannis Pauli II maxima actualitate non minus quam auctoritate dicendus est. Duos respectus idem Duos extollit: character declarativus iudicii poenalis ... ("è un riconoscere una situazione in cui il soggetto") et modus quo poena inservire possit ad restaurationem communionis in Ecclesia; medium recuperandi deficiencia personalia et socialia ex actione adversus Ecclesiam cum scandalo a delinquente posita». Relativamente al processo di nullità matrimoniale, cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il processo di nullità matrimoniale: anche luogo educativo?* in *TreDimensioni* 1 (2011), pp. 66-79.

¹² Cfr. J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato*, cit., p. 79: «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 – che deve valutare se sia o meno necessaria la procedura (amministrativa o giudiziale) per giungere eventualmente all'inflizione di una pena – si pone il problema dell'adeguatezza del pentimento alla gravità del delitto commesso».

¹³ Cfr. E. BAURA, *Le sanzioni disciplinari, i ricorsi gerarchici, le dichiarazioni di nullità del matrimonio*, in AA.VV., *La lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano 2010, p. 342: «resterebbe comunque la possibilità di distinguere le sanzioni amministrative dalle pene per il fatto che le prime potrebbero avere una finalità più ristretta, perfino meramente funzionale (per esempio una migliore attenzione pastorale di una comunità), il che giustificerebbe la loro applicazione a prescindere dall'imputabilità del soggetto interessato. Una sanzione con finalità funzionale, possibile anche in casi in cui non è accertata l'imputabilità dell'interessato, non può però intaccare l'ambito giuridico inerente alla condizione di persona o di fedele, ma solo quello, appunto, funzionale».

¹⁴ Cfr. J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato*, cit., p. 78: «In ambito ecclesiale, invece, il delitto è visto primariamente ... come un 'peccato grave' (un'offesa anzitutto 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 pub-

delitto,¹⁵ l'emendamento della persona, il ristabilimento della giustizia e la riparazione dello scandalo vengono a configurare, prima ancora che finalità della pena, le finalità dello stesso agire dell'Ordinario, il quale, in forza della sua potestà di governo, è chiamato appunto ad intervenire per emendare il reo, ristabilire la giustizia e riparare lo scandalo (cfr. c. 1341 CIC e c. 1401 CCEO). Certamente, l'illecito disciplinare conserva una gravità inferiore rispetto al delitto ed inoltre può rilevare già oggettivamente, a prescindere dall'imputabilità per colpa o dolo.¹⁶ Non si può, tuttavia, negare che da esso possa derivare una lesione alla giustizia da ristabilire o uno scandalo da rimediare, soprattutto quando minaccia la deontologia¹⁷ dell'esercizio del ministero ordinato. Nell'applicazione della legge opera, per altro, un ordine di valori, in cui il primo posto certamente deve spettare all'emendamento della persona: il ristabilimento della giustizia e la riparazione dello scandalo non sarebbero efficacemente raggiunti senza che (e prima che) al chierico non venisse garantita un'adeguata possibilità di emendarsi.¹⁸

blicità pari a quella del delitto, è considerato molto spesso sufficiente per riparare lo scandalo sia la giustizia lesa».

¹⁵ Nel contesto dell'ordinamento canonico il discrimine tra illecito disciplinare e delitto è meno netto rispetto quanto accade nell'ordinamento civile, cfr. D. CITO, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), pp. 621-625. Sulla differenza tra delitto ed illecito amministrativo e disciplinare nell'ordinamento canonico, cfr. F. PÉREZ-MADRID, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico*, in AA.Vv., *Il processo penale canonico*, Z. SUCHECKI (a cura di), Roma 2003, pp. 383-412; F. DANEELS, *Alcune osservazioni sul processo penale canonico e la sua efficacia*, in *Folia Canonica* 7 (2004), pp. 197-207.

¹⁶ Cfr. E. BAURA, *Le sanzioni disciplinari, i ricorsi gerarchici, le dichiarazioni di nullità del matrimonio*, cit., p. 342; F. PÉREZ-MADRID, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico*, cit., p. 400.

¹⁷ S. RACHELI, *Difesa, giudizio, processo: pluralità di deontologie?*, in AA.Vv., *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, A. MARIANI MARINI – M. PAGANELLI (a cura di), Milano 2003, pp. 574-575: «Deontologia è termine che – creato da G. Bentham (*Deontologia o scienza della moralità*, 1834) – fu usato da altri filosofi (ad es. Rosmini) in un senso assai diverso da quello inteso dal Bentham. Senza disperderci in un esame che – per quel che qui interessa – finirebbe per risultare fuorviante, possiamo limitarci ad affermare che, in prima approssimazione, il termine deontologia rinvia ad un “comportamento-idoneo-al-fine” (cioè, ovviamente, se non si ricollega la deontologia a un imperativo categorico)». Si tratta dunque di qualcosa di assai più rilevante di una “specie di galateo del presbitero”: è un interrogarsi sulla condotta – non necessariamente tradotta nel diritto positivo – che costituisce la risposta al quesito per cui “come mi devo comportare in quanto chierico?”, cfr. A. MANENTI, *Vocazione psicologia e grazia. Prospettive di integrazione*, Bologna 1987.

¹⁸ Cfr. D. CITO, *Il diritto canonico di fronte ai reati (in particolare di fronte agli abusi sui minori)*, in *Iustitia* 3 (2010), pp. 255-256: «Ciò significa che, anche nel caso di peccati configurati come delitti, l'azione e la pena ecclesiali sono dirette prioritariamente alla conversione e al pentimento del reo e solo in subordine agli altri effetti eventualmente cagionati dal comportamento criminoso. Ciò non significa certamente che vengano disattese le altre esigenze, sinteticamente descritte come “riparazione dello scandalo e ristabilimento della giustizia” ma che un ravvedimento autentico ed operoso del colpevole non solo potrebbe rendere superflue le pene afflittive a vantaggio del cammino penitenziale, ma soprattutto conferirebbe

In forza dell'inscindibilità tra ministero e vocazione sacerdotale, l'elemento essenziale del diritto di difesa, nell'ambito disciplinare, potrebbe dunque essere colto, in particolare, nella tutela della *identità di ruolo* del presbitero: «Possiamo, allora, dire che la propria identità di ruolo è il prodotto di un'operazione intersoggettiva, il punto d'incontro fra ciò che il prete propone a se stesso e ciò che a lui propone sia la sua comunità che l'istituzione complessiva. In modo schematico, possiamo dire che il ruolo del prete è il risultato di tre istanze in causalità circolare tra – *concetto di ruolo*, ossia l'interpretazione che l'interessato fa del proprio ruolo (in relazione, quindi, alla sua identità soggettiva); – *esigenze di ruolo*, ossia le richieste che l'istituzione rivolge all'interessato (in relazione, quindi, alle indicazioni oggettive della Chiesa); – *attese di ruolo*, ossia l'insieme delle aspettative che una certa comunità ha nei confronti del suo prete (in relazione, quindi, alle vicende concrete di quella comunità)». ¹⁹ Conseguentemente, ogni qual volta il chierico debba rispondere innanzi all'Ordinario della propria condotta, il suo emendamento unitamente al ristabilimento della giustizia ed alla riparazione dello scandalo verrebbero a delineare, prima ancora che le finalità della sanzione, le finalità cui orientare la propria tutela giudiziale. Il diritto di difesa (e quindi il dovere di concedere la possibilità di difendersi) non è solo funzionale a tutelare la posizione soggettiva che si intende perseguire, bensì deve essere inteso come funzionale a rendere efficaci sia l'emendamento della persona sia il ristabilimento della giustizia sia la riparazione dello scandalo. Non si può dare, in effetti, un autentico diritto di difesa che non tenga conto: dei doveri del chierico per gli altri (tra questi, quello di interpretare adeguatamente la propria identità ecclesiale innanzi alla comunità, cui è funzionale la disponibilità ad emendarsi) – *concetto di ruolo* –; del bene comune della Chiesa (cui è funzionale il ristabilimento della giustizia e la riparazione dello scandalo) – *esigenze di ruolo* –; e dei diritti degli altri (in particolare: delle eventuali persone danneggiate²⁰) – *attese di ruolo* – (cfr. 223 § 1 CIC).

allo stesso un diritto alla remissione delle pene medicinali che sono sempre di durata indeterminata fino al suo pentimento. Infine le pene canoniche, per lo più di carattere spirituale e in nessun modo concorrenziali alle eventuali pene inflitte dall'autorità civile, non possono disattendere mai il fine soprannaturale della Chiesa».

¹⁹ E. PAROLARI, *Reggere la conflittualità. Il prete e l'istituzione*, cit., p. 307.

²⁰ Cfr. H. PREE, *La responsabilità giuridica dell'amministrazione ecclesiastica*, in AA.VV., *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, E. BAURA – J. CANOSA (a cura di), Milano 2006, p. 94: «Rientrano nella categoria di 'danno' non solo i danni pecuniari o finanziari, ma anche le lesioni della sfera giuridica altrui (*quod debetur altri ex iustitia*) di qualsiasi genere, quindi anche danni psicologici, spirituali (p. es. negligenza nell'amministrazione dei sacramenti, mancata assistenza ai moribondi, nell'insegnamento della dottrina, abuso del segreto della confessione) e morali (per es. diffamazione, lesione del diritto alla propria intimità secondo il can. 220, vessazioni, delitti sessuali)».

3. DISCIPLINARE NON SIGNIFICA PUNIRE: CRITERI GIURISPRUDENZIALI

Per il chierico, dunque, difendersi in sede disciplinare non significa solamente difendere la propria posizione soggettiva, ma anche assumere le responsabilità connesse all'identità che gli è propria.²¹ In tal senso preziosi spunti sono offerti dei provvedimenti in esame, in forza della dimensione congiunta delle seguenti considerazioni.

3. 1. *Il potere dell'Ordinario di espletare l'indagine previa*

Anzitutto, si richiama la necessità di riconoscere che l'Ordinario conserva il potere di espletare l'indagine previa ex c. 1717-1719 CIC e c. 1468-1470 CCEO, non solo per accertare la verosimiglianza di un delitto ma anche per verificare l'idoneità ad esercitare il ministero sacerdotale. In quest'ultimo caso si parla di indagine 'preliminare' e non si evade, pertanto, dall'ambito amministrativo-disciplinare.²²

Già la dottrina ha segnalato che l'indagine preliminare può essere utile ogni qual volta sovvenga la necessità di indagare «ogni violazione d'una legge divina o ecclesiastica, anche se non sia stata considerata delitto, in quanto causa un danno grave o uno scandalo per la comunità (can. 1399). Ovviamente in questo caso ci avviciniamo a quel tipo di investigazione che sboccherà possibilmente in una misura pastorale o amministrativa, per l'urgenza di risoluzione che comporta».²³ Conseguentemente «il criterio non sarebbe più legato unicamente alla comparsa di un'informazione facente le funzioni di "delitto verosimile". Dal momento in cui l'Ordinario venga a conoscenza, almeno verosimile, di una mancanza deontologica o di una infrazione disci-

²¹ È una necessità che, almeno per l'ordinamento canonico, in fondo pervade qualsiasi processo, perché intrinseca alla stessa natura del processo canonico, cfr. J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in AA.VV., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano 1997, pp. 47-84. Anche all'interno del processo matrimoniale la logica del diritto di difesa non può non prescindere dall'identità di ruolo che il sacramento del matrimonio conferisce ai coniugi-parti, cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *Peculiare tutela processuale del Matrimonio Sacramento*, in AA.VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas Connubii"*, Città del Vaticano 2007, pp. 213-234; P. BUSELLI MONDIN, *Il litisconsorzio nel Processo di nullità matrimoniale e la responsabilità del Patrono*, in *Apollinaris* 82 (2009), pp. 507-561.

²² SEGNA TURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 8: «Quidquid est, Congregatio in casu responsiones Exc.mi Episcopi non satis attente perpendisse videtur. Ipse, etenim, etsi interdum de investigatione processui poenali praevia ad normam can. 1717 introducta locutus erat, de facto aliam rationem procedendi adhibuit, illam nempe propriam Ecclesiae in [...], cuius scopus non est videre de verisimilitate delicti denunciati, verum enim vero de idoneitate ad ministerium in Ecclesia exercendum».

²³ D.G. ASTIGUETA, *L'indagine previa: alcune tematiche*, in *Periodica*, 98 (2009), p. 222.

plinare che provoca delle disfunzioni nel servizio ecclesiale, si presume che conduca un'inchiesta preliminare». ²⁴

L'indagine previa e/o preliminare viene così ad occupare una «posizione centrale: costituisce un incrocio tra gli interventi meramente pastorali, la via amministrativa ed il processo penale. Una volta informato dell'anzidetta notizia fondata del delitto (oppure della trasgressione o disfunzione), l'Ordinario deve senza ritardo investigare sui fatti, le circostanze, e l'imputabilità». ²⁵ L'indagine preliminare, in particolare, (quella non specificatamente volta a verificare la verosimiglianza di un delitto) può acquistare, dunque, la funzione chiave di stimolare un dialogo (diretto) tra sacerdote ed istituzione: «Come ogni gruppo, anche il presbiterio è una realtà conflittuale, per natura sua e non solo per ragioni di peccato o debolezza dei singoli. Spesso, invece, l'istituzione predica la comunione e la pace secondo un modello ideale e per averla permette a ognuno di fare quello che vuole o si accontenta del rispetto formale di alcune regole: comunione proclamata e indipendenza vissuta. In genere, i preti mettono in conto la conflittualità nelle parrocchie ma fanno difficoltà ad accettare come normale che fra di loro ci sono conflitti ed è bene che ci siano. La diversità dei carismi è anche conflittualità. Fra i preti giovani e anziani c'è una sensibilità diversa e spesso inconciliabile. I modi di mediare i valori e vivere i ruoli sono molteplici e diversi ... Se l'inevitabile conflittualità è vissuta come problema, con sensi di colpa o come oggetto di critica, anziché portare al confronto che arricchisce spinge i diversi alla indipendenza, alla polemica o all'omertà. Più che censurare il conflitto, l'istituzione dovrebbe trovare le modalità e gli ambiti per tollerarlo e gestirlo, ossia anziché reagire subito con l'intento di nascondere usarlo come occasione di crescita nel bene comune. Rifiutarsi a priori di vedere le cose come stanno produce stagnazione, aggressività passiva e comportamenti impulsivi. Alcune volte la trasgressione deviante del prete è correlata agli atteggiamenti istituzionali che minimizzano le difficoltà. Come la psicoterapia familiare insegna, in molti casi e con i dovuti modi è meglio far emergere le conflittualità, per discuterle e non per polemizzare. Sulla comunicazione siamo un po' sprovvediti. Dobbiamo imparare a discutere senza troppe remore, sull'esempio di Paolo: "Ma quando Cefa venne ad Antiochia, mi opposi a lui a viso aperto perché evidentemente aveva torto" (Gal 2, 11)». ²⁶

²⁴ J.P. SCHOUPE, *La possibilità di commissione d'indagini in materia di deontologia delle funzioni ecclesiali*, in AA.Vv., *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, cit., p. 495.

²⁵ J.P. SCHOUPE, *I procedimenti amministrativi di fronte alle disfunzioni nelle comunità ecclesiali. Profili penali, disciplinari e deontologici*, in AA.Vv., *Processo penale*, cit., p. 657.

²⁶ E. PAROLARI, *Reggere la conflittualità. Il prete e l'istituzione*, cit., pp. 314-315.

3. 2. *Sovrapposizione fra l'indagine previa/preliminare e il provvedimento disciplinare non penale: le garanzie dell'indagato*

Di fronte all'indagine previa/preliminare si pone la questione delle garanzie da riconoscere all'indagato.²⁷ In questa fase in effetti, soprattutto in ambito penale: «l'inquisito non sembra avere il diritto di sapere che si sta indagando su di lui e perché e neppure a chi sia imputabile la messa in funzione di questo meccanismo. Le garanzie scattano solo dopo e cioè l'inquisito può diventare titolare di diritti ... quando non essendosi proceduto con la dovuta diligenza (*'caute'*), si sia danneggiata la sua buona fama (can. 1717 § 2 in relaz. col can. 220)».²⁸ Il c. 1717 CIC non vieta espressamente di sentire la persona indagata, ma impone all'Ordinario di agire con prudenza e nel rispetto della buona fama delle persone coinvolte (accusatori, indagato, parte lesa e altri testimoni).²⁹ In ogni modo, il dubbio sulla legittimità dell'ascolto dell'inquisito potrebbe essere risolto ricorrendo ad un luogo parallelo, ossia al c. 1469 § 3 del CCEO ove espressamente si prevede che: «Antequam quicquam in re decernit, Hierarcha audiat de delicto accusatum et promotorem iustitiae atque, si ipse prudenter censet, duos iudices aliosve iuris peritos; consideret etiam Hierarcha, num ad vitanda iudicia expediat, ut partibus consentientibus ipse vel investigator quaestionem de damnis ex bono et aequo dirimat».³⁰

Si consideri, poi, che, in sede disciplinare, il limite tra indagine preliminare e trattazione è meno netto e definito rispetto quanto accade nel processo penale, finendo l'indagine preliminare per configurare un'unica istanza processuale³¹ insieme alla trattazione dell'illecito disciplinare. Conseguentemente il

²⁷ Non quindi ancora formalmente accusato mediante decreto extragiudiziale, c. 1720 n. 1 CIC, c. 1486 § 1 CCEO, o mediante libello di accusa, c. 1721 § 1 CIC, c. 1472 § 1 CCEO.

²⁸ C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., p. 152. Cfr. A. URRU, *Considerazioni sull'infrazione della pena in talune fattispecie concrete*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., pp. 337-341.

²⁹ Cfr. A.G. MIZINSKI, *L'indagine previa (cc. 1717-1719)*, in AA.VV., *Il processo penale canonico*, Z. SUCHECKI (a cura di), Roma 2003, pp. 169-211.

³⁰ Cfr. L. GRAZIANO, *La praevia investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, AA.VV., *Processo penale*, cit., p. 504: «Realisticamente non si vede, infatti, come l'Ordinario possa perseguire e constatare l'avverarsi delle tre finalità indicate, ed in particolare dell'*emendatio rei*, senza che sia riconosciuto allo stesso *investigatus* un qualche spazio attivo almeno nelle ultime battute della *praevia investigatio*. Dal canto suo il Codex delle Chiese orientali impone all'Ordinario un preciso obbligo di ascoltare l'*investigatus* prima di assumere la decisione finale (c. 1469)».

³¹ La parola istanza può indicare «l'aspetto vitale e dinamico del processo; così il codice utilizza questo termine per riferirsi all'inizio effettivo della controversia, alle diverse vicissitudini della medesima e al suo momento conclusivo (cc. 1517-1525)», M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 47.

diritto di difesa dell'indagato-giudicato sarebbe maggiormente garantito se si procedesse analogamente a quanto dispone il c. 1720 CIC,³² aggiungendo che sarebbe quanto mai opportuno anche l'intervento di un notaio che curasse la trascrizione dei verbali e la registrazione dei documenti.³³ In effetti, sebbene non si esiga certezza morale, la decisione deve comunque essere sorretta da un dubbio positivo e probabile circa l'inidoneità della condotta del chierico, cui è funzionale un riscontro oggettivo della decisione da assumere.³⁴ I Giudici della Segnatura, nelle osservazioni da loro svolte, hanno messo in luce che ove non si osservi l'obbligazione di garantire all'inquisito la possibilità di conoscere le accuse a lui rivolte (con gli elementi di prova su cui si basano) e di rispondere ad esse, si rischia in seguito di fomentare ricorsi gerarchici giuridicamente infondati, proprio perché fondati su una errata conoscenza delle ragioni, in fatto ed in diritto, che muovono l'atto amministrativo con cui si è inflitta la sanzione.³⁵

A tal fine si impone in tutta la sua evidenza un'attenta considerazione della relazione che intercorre tra la motivazione degli atti amministrativi e l'eser-

³² Cfr. E. BAURA, *Le sanzioni disciplinari, i ricorsi gerarchici, le dichiarazioni di nullità del matrimonio*, cit., pp. 341-342: «Allo stesso modo, si rende quanto mai opportuno che l'imposizione delle pene avvenga mediante una procedura che garantisca il più possibile la scoperta della verità e i diritti dei fedeli, in particolar modo quello di difesa, quale mezzo per accertare la realtà dei fatti. Anche in questo punto l'ordinamento canonico presenta una peculiarità già accennata: la possibilità di imporre pene in via amministrativa, ben inteso però che tale via deve ottemperare comunque a quanto disposto nel can. 1720 (e nei canoni precedenti relativi all'investigazione previa) allo scopo di garantire i diritti dei fedeli».

³³ SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 2: «Contendit Exc.mus Episcopus organum v.d. "Diocesan Review Board" die 14 februarii 2007 illas accusationes habuisse veras, ideoque scandalum oriri posse e novo munere illi presbytero collato, sed documentum de re non invenitur in actis».

³⁴ SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 8: «Forsitan in procedura propria dioecesana melius acclarandum fuisset quid praecise acciderit, quando, ubi et quibusnam in circumstantiis, adeo ut dubium positivum et probabile circa Rev.di N. idoneitatem in casu clarius argumentis non solum subiectivis verum etiam obiectivis fundatum apparuisset»; SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, 30 maggio 2009, cit., n. 2: «Pendente recursu coram hac Congregatione, duae sorores accusatrices tandem aliquando, invitante Exc.mo Episcopo ne denuo Rev.dum Recurrentem ad ministerium exercendum admittere deberet, de re deposuerunt, asserentes eius modum sese gerendi fuisse "inappropriate" et "a sinister way of dealing with a child". Contendit Exc.mus Episcopus organum v.d. "Diocesan Review Board" die 14 februarii 2007 illas accusationes habuisse veras, ideoque scandalum oriri posse e novo munere illi presbytero collato, sed documentum de re non invenitur in actis».

³⁵ SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 8: «Exc.mus Episcopus, a Congregatione pro Clericis de recursu Rev.di N. certior factus, ab eodem Dicasterio ad rem auditus est. Fortasse tamen ei notificata non sunt in casu omnia argumenta et documenta a Rev.do Recurrente adducta, sed probabilius neque huic in procedura dioecesana, ante impugnata Exc.mi Episcopi decreta, praeter accusationes modo sat generico propositas, plene notificatae erant denuntiationes probationesque adductae».

cizio del diritto di difesa. Sebbene la motivazione degli atti amministrativi non sia un requisito previsto da una norma irritante (c. 51 CIC)³⁶ è evidente che la sua carenza o lacunosità potrebbe effettivamente pregiudicare l'esercizio del diritto di difesa, laddove l'interessato non venisse a conoscenza in maniera adeguata delle ragioni per le quali è indagato e quindi sanzionato.³⁷ La motivazione della restrizione (accanto alla finalità della sanzione ed al procedimento adottato), in effetti, viene in essere proprio come criterio per discernere se si tratta di un provvedimento amministrativo disciplinare o di una pena,³⁸ come riferisce una nota sentenza *coram* Grocholewski.³⁹

Si profila, pertanto, oggettivamente utile in ambito disciplinare stabilire con l'indagato un dialogo diretto sia per conoscere come egli abbia interpretato gli addebiti o le deficienze che gli vengono imputati e come egli valuti le richieste che l'autorità gli ha posto, sia per capire in che modo egli si ponga verso le aspettative della comunità in cui appartiene (si pensi, ad es., al rapporto con gli altri sacerdoti e/o religiosi, con la comunità cui appartiene, con le eventuali vittime). In altre parole, risulta importante per discernere la soluzione più adeguata (se e come procedere per infliggere una sanzione e quale sanzione applicare) al suo emendamento umano e spirituale (così inscindibilmente connesso alla sua identità di ruolo) e quindi per il ristabilimento della giustizia e la riparazione dello scandalo.

3. 3. *Il discernimento dell'idoneità all'esercizio del ministro sacerdotale e la consulenza psicologica*

Dalla sentenza *coram* Cacciavillan e dal decreto *coram* Burke emerge, poi, un tema importante annesso al discernimento della idoneità all'esercizio del ministro sacerdotale: l'ammissibilità dell'uso della consulenza psicologica (o dell'ingresso in una comunità di cura), purché venga svolta nel rispetto del diritto alla buona fama e alla propria intimità (cfr. c. 220).

La consulenza psicologica si propone come uno strumento utile non solo

³⁶ Cfr. P. LOMBARDÍA-J. OTADUY, *sub c. 51*, in PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE, *Codice di diritto canonico e Leggi complementari*, Roma 2010, p. 103.

³⁷ Cfr. SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 8 (*vide supra* nota 35).

³⁸ Cfr. F. DANEELS, *L'imposizione amministrativa delle pene e controllo giudiziario sulla loro legittimità*, cit., p. 295: «Il provvedimento risulta invece senza dubbio non penale, quando esso invoca sia in *procedendo* che in *decernendo* una normativa non penale. Non di rado però qualcuno che si sente gravato da un provvedimento disciplinare lo impugna quasi fosse l'imposizione di una pena e pretende quindi che il suo ricorso sia *ipso iure in suspensivo*. La Segnatura Apostolica ha insistito al riguardo abbastanza spesso sulla dovuta distinzione in diverse cause».

³⁹ Cfr. SUPREMUM TRIBUNAL SIGNATURAE APOSTOLICAE, sentenza definitiva, *coram* Grocholewski, del 28 aprile 2007, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), pp. 611-621 con commento di D. CITO, pp. 621-625.

per l'ammissione e la formazione dei candidati al sacerdozio, ma anche per la valutazione dell'idoneità del presbitero ad esercitare il proprio ministero sacerdotale. I Giudici della Segnatura, richiamando il c. 220, chiariscono implicitamente che la consulenza psicologica (come qualsiasi altra forma di ingresso in una comunità di cura) non può essere assimilata ad una sanzione (né disciplinare né penale) e che, pertanto, può essere espletata solo con il libero consenso del chierico.⁴⁰ Nelle fattispecie esaminate è racchiuso il chiaro richiamo che un adeguato discernimento della maturità psicologica e spirituale del candidato durante il periodo di formazione costituisce un valido (anche se purtroppo non sempre in maniera assoluta⁴¹) strumento per prevenire difficoltà o mancanze nell'esercizio del ministero sacerdotale.⁴² Come il caso in esame mostra, determinati comportamenti illeciti sono il frutto di una immaturità religiosa e spirituale che avrebbe potuto essere non solo adeguatamente diagnosticata in precedenza, ma anche sanzionata.⁴³ Risulta, per altro, più facile ottenere il consenso di un candidato in formazione rispetto quello di un sacerdote, proprio perché mentre nel primo caso vi è una 'oggettiva' esigenza formativa,⁴⁴ nel secondo vi è una difficoltà

⁴⁰ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *L'investigazione previa: alcune tematiche*, in *Periodica*, 98 (2009), p. 220: «Nella fase previa l'imposizione cede posto alla possibilità di suggerire, di consigliare questo esame, tenendo conto che esso non può costituire una prova e che il rifiuto non ha assolutamente un valore negativo di non cooperazione o di tentativo di nascondere la verità».

⁴¹ REDAZIONE, *Pedofili e seminari: un vademecum per il formatore*, in *TreDimensioni* 3 (2010), 297-298: «È compito del formatore riuscire a captare elementi di uno stile di vita relazionale che potrebbero evolvere (o involvere) in comportamenti non idonei all'impegno vocazionale per il quale il seminarista si sta preparando. Non sembra altrettanto facile e forse nemmeno possibile, né per il formatore, né per il clinico, prevedere che quella involuzione andrà a prendere la direzione di un comportamento pedofilo. In ogni caso, quando vi sono dubbi relativi allo spazio relazionale, prima di ogni intervento sul candidato, il formatore deve verificare i suoi dubbi con un esperto in psicologia, dato che ulteriori indagini e possibili interventi richiedono competenze professionali specifiche (sia a livello diagnostico che terapeutico)».

⁴² G. GHIRLANDA, *Utilizzo delle competenze psicologiche nell'ammissione e nella formazione dei candidati al sacerdozio*, in *Periodica* 98 (2009), 591: «La trattazione avviene dopo aver ricordato nel n. 4 quanto affermato nel n. 38 dell'Istr. *Il presente sussidio*, che "gli errori di discernimento delle vocazioni non sono rari, e troppe inettitudini psichiche, più o meno patologiche, si rendono manifeste soltanto dopo l'ordinazione sacerdotale" e che "il discernere in tempo permetterà di evitare tanti drammi"».

⁴³ Cfr. J. LLOBELL, *Il diritto e il dovere al processo giudiziario nella Chiesa. Note sul magistero di Benedetto XVI circa la necessità di "agire secondo ragione" nella riflessione ecclesiale*, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), p. 74: «Alcuni sacri pastori non sono esenti da responsabilità riguardo alle gravi situazioni alle quali si deve porre rimedio nel rispetto della procedura prevista ... In primo luogo perché hanno conferito l'ordinazione sacerdotale o affidato mansioni pastorali a persone non idonee, pur essendo consapevoli di detta inidoneità o per non averla riconosciuta come tale. In secondo luogo, perché in seguito alla conoscenza dei fatti oggettivamente perniciosi, detti sacri pastori non hanno adottato le dovute misure cautelari o disciplinari».

⁴⁴ Cfr. G. INCITTI, *La direzione spirituale nella formazione dei chierici. Problematiche canonistiche*, in *Ius Ecclesiae* 21 (2009), pp. 111-132.

che potrebbe ostacolare il sacerdote nel comprendere ciò che è bene per lui.

Pur sussistendo presupposti differenti (perché non si ha di fronte un candidato in formazione, bensì un sacerdote già ordinato che ha mostrato delle difficoltà), nel caso valgono, comunque, le stesse esigenze sottese all'uso della psicologia nella formazione dei sacerdoti: a) valutare «come si può salvaguardare la tutela dell'intimità della persona con il diritto/ dovere dell'istituzione di giungere ad una sua sostanzialmente piena e reale conoscenza che comprende anche gli elementi psichici attraverso i quali il soggetto corrisponde alla vocazione»;⁴⁵ b) considerare che «la libera e spontanea scelta del soggetto nell'uso degli strumenti psicologici ancor prima di essere un legittimo diritto, sanzionato nel suddetto c. 220, è una fondamentale esigenza sia metodologica sia deontologica proprio nel campo della scienza psicologica applicata in questo contesto formativo»;⁴⁶ c) ritenere che, nell'esercizio dei propri diritti, i fedeli devono tener conto del bene comune della Chiesa, dei diritti altrui e dei doveri nei confronti degli altri (cfr. c. 223 § 2), pertanto: «l'autorità ecclesiastica, allora, ha il diritto/ dovere di regolare l'esercizio del diritto all'intimità, in relazione a ciò che concretamente richiedono il bene comune, i diritti altrui e i doveri del candidato agli ordini, per quello che riguarda la formazione al ministero sacro e l'esercizio di esso».⁴⁷

Per ottenere il libero e responsabile consenso della persona coinvolta che si trova in difficoltà,⁴⁸ presupposto essenziale del suo diritto all'intimità, è indispensabile aiutare il chierico a prendere consapevolezza della sua difficoltà:⁴⁹ «A seconda dei casi, ciò andrà fatto in modo più o meno energico,

⁴⁵ G. VERSALDI, *Usò della psicologia nella formazione sacerdotale e religiosa nel rispetto dei diritti della persona*, in *Periodica* 83 (1994), p. 386.

⁴⁶ G. VERSALDI, *Usò della psicologia nella formazione sacerdotale e religiosa nel rispetto dei diritti della persona*, cit., p. 386.

⁴⁷ G. GHIRLANDA, *Aspetti canonici dell'Istruzione "In continuità" del 4 novembre 2005*, in *Periodica* 96 (2006), p. 436

⁴⁸ G. VERSALDI, *Usò della psicologia nella formazione sacerdotale e religiosa nel rispetto dei diritti della persona*, cit., p. 386: «per impostare correttamente il problema bisogna a mio parere, porlo in termini seguenti: *come ottenere questa libera e responsabile collaborazione del candidato anche nell'uso degli strumenti psicologici* così che i Superiori possono conoscerne l'idoneità e la maturità per il ministero sacerdotale».

⁴⁹ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte dei chierici*, 3 maggio 2011, I, d), 1), in <http://www.vatican.va/resources/index-it.htm>, all'interno del Focus *Abuso sui minori. La risposta della Chiesa*: «Il vescovo ha il dovere di trattare tutti i suoi sacerdoti come padre e fratello. Il vescovo curi, inoltre, con speciale attenzione la formazione permanente del clero, soprattutto nei primi anni dopo la sacra Ordinanza, valorizzando l'importanza della preghiera e del mutuo sostegno nella fraternità sacerdotale. Siano edotti i sacerdoti sul danno recato da un chierico alla vittima di abuso sessuale e sulla propria responsabilità di fronte alla normativa canonica e civile, come anche a

più accogliente e materno oppure più deciso e paterno. Questa soglia di accettazione non si raggiunge con un solo incontro; a volte richiede anche mesi di lavoro»,⁵⁰ posticipando quindi qualsiasi intervento psicologico. «Per portare a questa consapevolezza è importante anche il ruolo dell'istituzione, che non si limiti ad un semplice invio ad una comunità esterna e spesso distante dalla diocesi dando così l'impressione di voler liberarsi del problema e scaricarlo sugli altri. Specie in questi casi può nascere l'utilità, pedagogica e/o giuridica, delle eventuali sanzioni, una volta dimostrata l'esistenza reale della difficoltà».⁵¹ In quest'ultimo caso si potrebbe, per esempio, prefigurare l'ammissibilità di una sanzione disciplinare ex c. 193 CIC, cc. 975 e 974 § 2 CIC.⁵²

3. 4. *L'illegittimità d'invocare il c. 223 § 2 per privare in modo indefinito l'esercizio del ministero sacerdotale "coram populo" mediante un atto amministrativo non penale*

Seguendo un orientamento consolidato, la Segnatura ha, inoltre, chiarito che rimane illegittimo invocare il c. 223 § 2 per privare, mediante un atto amministrativo, l'esercizio del ministero sacerdotale *coram populo*.⁵³ La proibizione, nel caso, essendo grave al punto da incidere praticamente la stessa libertà personale del chierico (che verrebbe, in tal modo, paralizzato dall'operare secondo la propria identità vocazionale) necessita una causa grave che può essere riconosciuta solo in un delitto (commesso o solo tentato), accertato

riconoscere quelli che potrebbero essere i segni di eventuali abusi da chiunque compiuti nei confronti dei minori».

⁵⁰ A. PARTINI, *L'accompagnamento psicologico e spirituale dei confratelli in gravi difficoltà*, in *TreDimensioni* 3 (2010), p. 316.

⁵¹ A. PARTINI, *L'accompagnamento psicologico e spirituale dei confratelli in gravi difficoltà*, cit., p. 317, ove si aggiunge: «In ogni caso, sono necessari alcuni accorgimenti da parte dei superiori responsabili. Non chiudere gli occhi davanti alle problematiche concrete, né cercare di coprirle con un velo pietoso (o impietoso?): il problema crescerà sempre più, fino a diventare a volte pressoché irrisolvibile. Dare speranza alla persona, proponendole il ricorso alla comunità di cura come un aiuto appropriato di ripresa e non come rimedio pietoso, allarmistico, umiliante, disdicevole ...».

⁵² F. PÉREZ-MADRID, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canonico*, cit., p. 403.

⁵³ SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, 30 maggio 2009, cit., n. 6: «Perspecto quod invocatum praescriptum can. 223, § 2 non est ad rem, uti satis apparet tam ex excerpto H.S.T. sententiae definitivae *coram Grocholewski* diei 28 aprilis 2007 (prot. n. 37937/05 CA) quam ex voto Pontificii Consilii de Legum Textibus, de quibus in impugnato Congregationis decreto, quodque consequenter, nisi habeatur facultas specialis a Suprema Auctoritate concessa et salvo praescripto can. 1044, extra ambitum poenalem illegitima censenda est prohibitio per actum administrativum imposita exercendi quodvis ministerium presbyterale *coram populo*, inclusis facultatibus iure universali presbyteris concessis».

con certezza morale nel corso di un processo penale.⁵⁴ Il c. 223 § 2 può essere invocato solamente per limitare l'esercizio del ministero sacerdotale, purché si maturi un dubbio positivo e probabile sulla non idoneità del chierico ad esercitare il proprio ministero sacerdotale.⁵⁵ Il Supremo Tribunale, inoltre, riportandosi ad un orientamento consolidato in dottrina in base al quale l'inflizione di una penitenza deve sempre presupporre un delitto certo ed imputabile, escluse altre specie di illecito,⁵⁶ sembrano difendere l'interpretazione secondo cui in ambito disciplinare la regolazione dell'esercizio del ministero sacerdotale non deve avvenire frustrando le caratteristiche delle persone nella loro libertà, bloccandone la responsabilità personale. Il rischio sarebbe un adeguamento alle richieste istituzionali solo per conformità esterna, senza che vengano comprese le motivazioni soggiacenti a tali richieste.

3. 5. *Il dovere di adeguare il diritto particolare a quello universale*

Due dei provvedimenti in esame⁵⁷ risultano poi di attuale interesse perché hanno anticipato ed evocano esigenze su cui la Congregazione per la Dottrina della Fede (esclusivamente competente a conoscere i *delicta contra mores*),

⁵⁴ Cfr. F. PÉREZ-MADRID, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico*, cit., p. 342: «Las sanciones administrativas que se imponen en virtud de la potestad ejecutiva privan de derechos no fundamentales y tienen por finalidad la consecución de los fines que persigue por medios propios la Administración. Al ser menos lesivas, cabe la responsabilidad objetiva, ya que no se requiere el elemento subjetivo del mismo modo que para imponer sanciones penales».

⁵⁵ SEGNETURA APOSTOLICA, Sentenza definitiva, *coram* Cacciavillan, 18 marzo 2006, cit., n. 8: «Decisio autem qua, v.g., a competenti auctoritate collatio officii ecclesiastici recusatur ob defectum idoneitatis candidati vel facultas sive praedicandi sive ad confessiones audiendas, respective ad normam cann. 764 et 974, § 1, revocatur, haudquaquam est irrogatio poenae, ad quam requiritur certitudo moralis de delicto graviter imputabili patrato, sed decisio disciplinaris non poenalis, quae ob dubium positivum et probabile circa clerici ad rem idoneitatem ferri potest».

⁵⁶ SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Vallini) in Congresso, 13 giugno 2008, cit., n. 7: «In doctrina incerta est interpretatio can. 1340, § 3: “Paenitentias Ordinarius pro sua prudentia addere potest poenali remedio monitionis vel correptionis”. Scribit ad rem J.P. Montini: “A mio parere la soluzione della difficoltà interpretativa sta nella rilevazione che a volte i rimedi penali suppongono un delitto (certo e imputabile). In questi casi, e solo in questi, vi si può aggiungere da parte dell’Ordinario delle penitenze. Viene salvaguardata in tal modo la necessità di un delitto perché si dia penitenza” (“I rimedi penali e le penitenze...”, in *Il processo penale canonico*, ed. Z. Suchecki, Romae 2003, 75-101, vide 95). Ita quoque censet J. Sanchis: “Debe entenderse que la penitencia canónica puede ser añadida a la amonestación o a la reprensión en aquellos casos, previstos por las normas, y sólo en ellos, en los que el remedio penal se aplica a un delito ciertamente cometido” (*Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, IV/1, Pamplona 1997², 388); - Doctrina, utcumque, tenet paenitentiam canonicam semper praesupponere delictum commissum vel saltem frustratum (cf. can. 1328): cf. v.g. Montini (*art. cit.*, 95-96), Sanchis (*loc. cit.*, 387)».

⁵⁷ Si allude alla sentenza *coram* Cacciavillan del 2006 ed al decreto *coram* Burke del 2009.

si è recentemente pronunciata, orientando gli adempimenti degli Ordinari di fronte al delitto di abuso sessuale sui minori commesso da chierici.⁵⁸

La Congregazione per la Dottrina della Fede ha specificatamente delineato la prassi⁵⁹ da seguire nel corso dell'indagine previa allorché un presbitero sia indagato per abuso sessuale su minori: «c) le autorità ecclesiastiche si impegnino ad offrire assistenza spirituale e psicologica alle vittime; d) l'indagine sulle accuse sia fatta con il dovuto rispetto al principio della *privacy* e della buona fama delle persone; e) a meno che ci siano gravi ragioni in contrario, già in fase di indagine previa, il chierico accusato sia informato delle accuse con l'opportunità di rispondere alle medesime; f) gli organi consultivi di sorveglianza e di discernimento dei singoli casi, previsti in qualche luogo, non devono sostituire il discernimento e la *potestas regiminis* dei singoli vescovi; g) le Linee guida devono tener conto della legislazione del Paese della Conferenza, in particolare per quanto attiene all'eventuale obbligo di avvisare le autorità civili; h) in ogni momento delle procedure disciplinari o penali sia assicurato al chierico accusato un sostentamento giusto e degno; i) si escluda il ritorno del chierico al ministero pubblico se detto ministero è di pericolo per i minori o di scandalo per la comunità».⁶⁰

Laddove il chierico sia indagato per abuso su minori, l'Ordinario conserva il potere di limitarne l'esercizio del ministero a titolo precauzionale, già durante la fase dell'indagine previa:⁶¹ «Nella fase preliminare e fino a quando

⁵⁸ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera circolare*, 3 maggio 2011, cit. Cfr. D. CITO, *Brevi note sulla Circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede con riferimento alle linee guida per i casi di abuso sui minori da parte dei chierici*, in *Iustitia* 3 (2011), pp. 309-314; CH.J. SCICLUNA, *Procedura e Prassi presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., pp. 279-288; K. BOCCAFOLA, *Le norme penali degli USA e la loro applicazione*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., pp. 303-326.

⁵⁹ Cfr. D. CITO, *Brevi note sulla Circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede con riferimento alle linee guida per i casi di abuso sui minori da parte dei chierici*, cit., p. 313: «Per armonizzare la competenza propria dei Vescovi diocesani con l'auspicio di una prassi comune a livello di Conferenza Episcopale la Circolare, rifacendosi alle disposizioni codiciali, non solo ricorda che la normativa della Conferenza Episcopale è sempre complementare e non sostitutiva di quella universale, ma anche che "nel caso in cui la Conferenza decidesse di stabilire norme vincolanti sarà necessario richiedere la *recognitio* ai competenti Dicasteri della Curia Romana", come del resto previsto dal can. 455 CIC. Ciò dovrebbe agevolare un trattamento omogeneo e quindi più efficace di questi casi nel rispetto delle responsabilità di ciascuno, e segnatamente dei Vescovi, responsabilità che non possono essere trasferite ad altre istanze»; SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, 30 maggio 2009, cit., n. 5: «Perpenso in primis quod Exc.mus Praesul ad rem invocat art. 5 documenti s.d. "Charter for the Protection of Children and Young People", sed simul dubitat num id huic casui applicari possit, quam ob rem hoc argumentum nullius valoris reputandum est, dum praeterea agitur de documento Conferentiae Episcoporum, recognitioni, uti videtur, Sanctae Sedis non submisso».

⁶⁰ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera Circolare*, 3 maggio 2011, cit., III.

⁶¹ Non quindi solo nel corso del processo penale, cfr. c. 1722 CIC, c. 1473 CCEO.

il caso sia concluso, il vescovo può imporre misure precauzionali per la salvaguardia della comunità, comprese le vittime. In realtà, al vescovo locale è sempre conferito il potere di tutelare i bambini limitando le attività di qualsiasi sacerdote nella sua diocesi. Questo rientra nella sua autorità ordinaria, che egli è sollecitato a esercitare in qualsiasi misura necessaria per garantire che i bambini non ricevano danno, e questo potere può essere esercitato a discrezione del vescovo prima, durante e dopo qualsiasi procedimento canonico». ⁶²

Si può inoltre ragionevolmente dedurre che la Congregazione per la Dottrina della Fede, prima di assumere qualsiasi decisione, sia obbligata a verificare che al chierico sia stata effettivamente concessa la possibilità di difendersi, ⁶³ anche in considerazione del fatto che il chierico indagato, anche se limitato nell'esercizio del proprio ministero a titolo precauzionale, gode comunque della presunzione di innocenza: ⁶⁴ «Il chierico accusato gode della presunzione di innocenza, fino a prova contraria, anche se il vescovo può cautelativamente limitarne l'esercizio del ministero, in attesa che le accuse siano chiarite. Se del caso, si faccia di tutto per riabilitare la buona fama del chierico che sia stato accusato ingiustamente ... L'indagine preliminare e l'intero processo debbono essere svolti con il dovuto rispetto nel proteggere la riservatezza delle persone coinvolte e con la debita attenzione alla loro reputazione. A meno che ci siano gravi ragioni in contrario, il chierico accusato deve essere informato dell'accusa presentata, per dargli la possibilità di rispondere ad essa, prima di deferire un caso alla CDF. La prudenza del Vescovo o del Superiore Maggiore deciderà quale informazione debba essere comunicata all'accusato durante l'indagine preliminare». ⁶⁵

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nel concludere queste brevi considerazioni può essere, dunque, utile prestare attenzione a quanto la diaconia funzionale della potestà giudiziale della

⁶² CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Guida alla comprensione delle procedure di base della Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo alle accuse di abusi sessuali*, 12 aprile 2010, § A (Procedure preliminari), in http://www.vatican.va/resources/resources_guide-CDF-procedures_it.html.

⁶³ Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *Il principio "in dubio pro reo" nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica*, in AA.VV., *Processo penale*, cit., pp. 631-650.

⁶⁴ Con riferimento alle *Essentials Norms* della Conferenza Episcopale degli Stati Uniti: «si può pensare, ad esempio, all'art. 9 delle Essential Norms, in cui si ricorda ... la possibilità, sempre aperta al vescovo o all'eparca, di far ricorso alla potestà esecutiva di governo per applicare attraverso un atto amministrativo misure penali nei confronti dei chierici che abbiano commesso abusi sessuali», A. S. SÁNCHEZ-GIL, cit., p. 649.

⁶⁵ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera Circolare*, 3 maggio 2011, cit., I, d), 3); II.

Segnatura Apostolica⁶⁶ si ponga al diretto servizio della stessa *identità di ruolo* del presbitero. Distinguere l'ambito disciplinare da quello penale, pur nella complessità epistemologica che ne fa da sfondo,⁶⁷ significa, in effetti favorire un certo stile nell'assetto chierico-istituzione, quello del *servizio*: «Lo stile del servizio usa il potere non come strumento per dominare, ma per promuovere la vita delle persone e dell'istituzione, cioè la loro autotrascendenza e quindi la loro credibilità. Questo modo di esercitare il potere è profondamente evangelico – in fondo, è lo stile di Dio –, ma ha aspetti che possono essere ritenuti svantaggiosi: dando la precedenza alla crescita delle persone e della comunità si rischia di compromettere la propria immagine e quella dell'istituzione, la cui tutela potrebbe rendere necessario, prima o poi, un uso del potere come dominio. D'altronde se amare gli altri significa non pensare troppo a se stessi, è naturale che l'amore non sia sempre vantaggioso e tutelante per chi lo vive. Il vantaggio di questo stile è che il leader sarà stimolato ad un autentico confronto con la sua comunità: essendo libero dal dover difendere se stesso e la sua istituzione, sarà più capace di amarla e di individuarne ricchezze e povertà; ciò varrà soprattutto quando la creatività dello Spirito guiderà la comunità su strade non vantaggiose per la sua immagine istituzionale».⁶⁸

PAOLA BUSELLI MONDIN

⁶⁶ Cfr. J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura Apostolica con gli altri organismi della Curia Romana: l'ecclesialità dei principi processuali, il contenzioso amministrativo e le competenze giudiziali nei confronti della Rota Romana*, in AA.Vv., *La lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica*, cit., pp. 139-197.

⁶⁷ Cfr. G. LO CASTRO, *Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa*, in AA.Vv., *Processo penale*, cit., pp. 3-31.

⁶⁸ M. NARDELLO, *La leadership nella chiesa: tra tutela dell'istituzione e servizio alle persone*, in *TreDimensioni* 5 (2008), p. 174.

NOTE E COMMENTI

ASCRIZIONE A UNA CHIESA *SUI IURIS* E PASSAGGIO DA UNA CHIESA *SUI IURIS* A UN’ALTRA NELLA NORMATIVA VIGENTE*

MIROSLAV KONŠTANC ADAM, O.P.

SOMMARIO: Introduzione. 1. Ascrizione a una Chiesa *sui iuris*. 2. I problemi pastorali. 3. Il valido passaggio a un’altra Chiesa *sui iuris*. 4. Il Rescritto «ex audientia Ss.mi» del 26 novembre 1992. 5. Il passaggio da una Chiesa *sui iuris* a un’altra in occasione del matrimonio. 6. Conclusione.

INTRODUZIONE

“**P**ER il battesimo l’uomo è liberato dal peccato, rigenerato a vita nuova, rivestito di Cristo e incorporato nella Chiesa (cfr. *CCEO* can. 675 §1; *CIC* can. 849). È mediante il battesimo che si ottiene automaticamente anche l’appartenenza a una Chiesa *sui iuris* (cfr. *CCEO* cann. 29 §1 e 30; *CIC* can. 111). Tuttavia, attraverso lo stesso battesimo il fedele viene anche incorporato in una Chiesa particolare, per esempio una diocesi (cfr. *CIC* cann. 372 §1 e 369)”.¹

Non è il rito liturgico del battesimo, però, che determina l’appartenenza giuridica di qualcuno alla Chiesa latina o a una Chiesa orientale *sui iuris*, bensì la norma del diritto. Il singolo fedele, come persona fisica, non è giuridicamente ascritto a un rito bensì a una Chiesa *sui iuris*.

1. ASCRIZIONE A UNA CHIESA *sui iuris*

Secondo la normativa vigente nella Chiesa cattolica (*CIC* can. 111 §1; cfr. *CCEO* can. 29 §1), chi non ha ancora compiuto il quattordicesimo anno di età, è ascritto con il battesimo alla Chiesa *sui iuris* dei genitori, se questi sono cattolici e appartengono alla medesima Chiesa *sui iuris*.

Se ambedue i genitori sono cattolici, ma appartengono a delle Chiese *sui iuris* differenti, in mancanza di un accordo tra di loro, il figlio sarà ascritto mediante il battesimo alla Chiesa *sui iuris* del padre (*CIC* can. 111 §1; *CCEO* can. 29 §1). Se questi genitori richiedono che il figlio sia ascritto alla Chiesa

* Relazione presentata al Seminario per professori, svoltosi a Roma, Facoltà di Diritto canonico presso la Pontificia Università della Santa Croce, il 31 marzo 2011.

¹ P. ERDÖ, *Questioni interrituali (interecclesiali) del diritto dei sacramenti (battesimo e cresima)*, «Periodica de re canonica» 84 (1995) 326-327.

sui iuris della madre, questi apparterrà a quella Chiesa *sui iuris* (CIC can. 111 §1; CCEO can. 29 §1).

La tradizionale regola di appartenenza a una Chiesa *sui iuris* dei figli nati nei matrimoni cattolici di rito misto secondo il rito paterno, non è mai stata messa in dubbio in diritto canonico.² Dopo la promulgazione del CIC e del CCEO, che contemplano la possibilità di ascrizione dei figli alla Chiesa *sui iuris* cui la madre appartiene “... *si ambo parentes concordī voluntate petunt*”, sono sorte diverse difficoltà in questa materia. I fraintendimenti più seri sorgono attualmente soprattutto nell’interpretazione della menzionata “volontà concorde” dei genitori e della loro eventuale implicita o esplicita intenzione di ascrivere il figlio al rito materno.³ Ecco il testo dei canoni:

CIC can. 111 §1 – Ecclesiae latinae per receptum baptismum adscribitur filius parentum, qui ad eam pertineant vel, si alteruter ad eam non pertineat, ambo concordī voluntate optaverint ut proles in Ecclesia latina baptizaretur; quodsi concors voluntas desit, Ecclesiae rituali ad quam pater pertinet adscribuntur.

CCEO can. 29 §1 – Filius, qui decimum quartum aetatis annum nondum explevit, per baptismum ascribitur Ecclesiae sui iuris, cui pater catholicus ascriptus est; si vero sola mater est catholica aut si ambo parentes concordī voluntate petunt, ascribitur Ecclesiae sui iuris, ad quam mater pertinet, salvo iure particolari a Sede Apostolica statuto.

Quanto alla prescrizione del can. 111 §1 del CIC, il figlio è ascritto alla Chiesa latina della madre, “... *si ambo parentes concordī voluntate optaverint ut proles in Ecclesia latina baptizaretur*”. Cioè si richiede la comune opzione per la celebrazione del battesimo nella Chiesa latina.

Nel can. 29 §1 del CCEO il figlio è ascritto a una Chiesa *sui iuris* cui la madre appartiene, “... *si ambo parentes concordī voluntate petunt*”. Cioè si richiede la concorde volontà dei genitori e la richiesta formale di ascrizione del figlio alla Chiesa *sui iuris* della madre.

² A causa delle frequenti discordie, in assenza di legge generale in materia, uditi i vescovi di ambedue i riti, con ordinanza regia, il 4 ottobre 1814, il Regio consiglio governatoriale ungherese stabilì che tutta la prole, senza eccezione, dovesse seguire il rito del padre, cioè “... *proles e diversi ritus catholicorum matrimoniis progenitae, ob identitatem, religionis, ritum patris tanquam familiae capitis sequi tenentur*” (CONSILIUM REGIUM LOCUMTENENTIALIS HUNGARICUM, *Resolutio Regia Circularis Die 4. Octobris 1814. Nro 23.034. intimata, j*), in *Extractus benignarum resolutionum normalium in objectis publico-ecclesiasticis editarum ad annum 1833 inclusive productus*, Tyrnaviae 1834³, 71-72). Similmente i vescovi rumeni uniti con la Chiesa cattolica in Transilvania, nel 1873, stipularono con i vescovi latini una convenzione, di cui il paragrafo 17° prescriveva che “*proles ex matrimonio mixti ritus progenitae ritum patris sequuntur, qui caput familiae est*” (D. REBA, *Izbornik za crkveno-pravne odnose različitih katol. obreda s obzirom na istočno katoličku crkvu na Hrvaskoj*, U Križevcima 1911, 35).

³ Cfr. C. VASIL', *Fonti canoniche della Chiesa cattolica bizantino-slava nelle eparchie di Mukačevo e Prešov a confronto con il Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (CCEO)*, Roma 1996, 192.

Teoricamente stando alla lettera del can. 111 §1 del *CIC*, esso non accorda ai genitori la facoltà di poter ascrivere il loro bambino a una Chiesa orientale cattolica se la madre è orientale e il padre latino. Infatti, durante i lavori della *PCCICOR*, un membro confrontando il can. 29 §1 del *CCEO* con il *CIC*, can. 111 §1, ha notato che il *CIC* "... non apre la possibilità di un passaggio a un rito orientale, mentre lo Schema orientale apre la possibilità di un passaggio al rito latino, se la madre, per esempio, è latina". Il *Coetus de expansione observationum* rispose che "nel *CIC* 111 vi è la stessa possibilità",⁴ il che è vero, infatti, il can. 111 §1 del *CIC* non sembra escludere che i genitori di rito diverso (latino e orientale) possano di comune accordo optare che la prole possa essere battezzata nella Chiesa orientale, cui appartiene uno dei due coniugi. Non c'è opposizione in questo punto tra le due norme, poiché il figlio è sempre ascritto alla Chiesa del padre, sia questo latino o orientale. Perciò, se il padre è orientale e la madre latina, il figlio appartiene alla Chiesa orientale del padre; se i genitori sono d'accordo, il figlio può essere ascritto alla Chiesa latina della madre; se il padre è latino e la madre orientale, il figlio è ascritto alla Chiesa latina del padre, a meno che essi non si accordino per l'ascrizione a quella orientale della madre. Se la madre chiede e il padre acconsente, i figli sono ascritti alla Chiesa della madre. Tuttavia, in quest'ultimo caso, in sostanza "... l'accordo non sarebbe di alcuna utilità perché se esso manca, la prole è ugualmente ascritta alla Chiesa latina, poiché Chiesa del padre".⁵

Perciò, stando alla *mens legislatoris*, alla *mens* del Concilio che desidera la fioritura delle Chiese orientali (cfr. *OE* 1), al can. 19 del Codice di Diritto Canonico circa la *lacuna legis*, e al principio di reciprocità con il *CCEO*, nel caso di accordo per la Chiesa orientale della madre, il figlio deve appartenere alla Chiesa orientale. Qualora mancasse il comune accordo, il figlio è ascritto alla Chiesa del padre, sia questo latino o orientale.

"Una questione speciale a questo riguardo può emergere nel caso in cui i genitori vogliano prendere delle decisioni diverse sull'appartenenza *rituale* dei singoli figli. Il problema si presenta, praticamente, soprattutto quando i genitori manifestano l'intenzione di seguire il principio secondo cui i figli siano ascritti alla Chiesa *sui iuris* del padre e le figlie a quella della madre. Tale regola vigeva storicamente..."⁶ presso i ruteni cattolici in Galizia,⁷ ma in ba-

⁴ «Nuntia» 28 (1989) 20.

⁵ M. BROGI, *I Cattolici Orientali nel Codex Iuris Canonici*, «Antonianum» 58 (1983) 224; vedi anche «Nuntia» 28 (1989) 20-21; 29 (1989) 36-51.

⁶ P. ERDÖ, *Questioni ...*, 334.

⁷ Nel *Concordia*, stipulato tra i vescovi latini e bizantino-slavi di Galizia nell'ottobre del 1853, si proponeva che la prole dovesse seguire il rito del padre (cfr. S. S. MUDRYJ, *De transitu ad alium ritum [a byzantino-ucraino ad latinum]*, Romae 1973, 68, 167-169). Il 6 ottobre 1863, il detto *Concordia*, in forma di decreto, fu pubblicato da *Propaganda Fide*, prescrivendo però diversamente, cioè "proles e matrimoniis mixtii ritus progenitae educabuntur in ritu parentum iuxta sexum" (*Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide seu Decreta, Instructiones*,

se alla legge austriaca n. 49 sui rapporti interconfessionali (*Interconfessionelle Verhältnisse*) del 25 maggio 1868⁸ e all'ordinanza consecutiva del Ministero degli Interni del 18 gennaio 1869⁹ tale concezione si era diffusa anche negli altri domini austriaci della monarchia austro-ungarica.

Infatti, sia il *CIC* sia il *CCEO* non escludono che i figli di una medesima coppia siano ascritti alla Chiesa *sui iuris* del padre, e altri a quella della madre. "La soluzione, che può sembrare equa, creerebbe non poche difficoltà nell'osservanza delle proprie tradizioni, dal momento che alcuni fratelli dovrebbero seguire quelle di una Chiesa, e altri quelle di un'altra. [...] Il Concilio Vaticano II (cfr. *OE* 21), al fine di favorire l'unione nelle famiglie, permette ai membri di quelle di rito misto di attenersi a una delle loro due discipline, nel nostro caso, i figli di genitori che ne avessero fatto ascrivere alcuni a un rito e altri a un altro, verranno in realtà educati secondo le tradizioni di uno solo di questi due riti, con esclusione dell'altro".¹⁰

2. I PROBLEMI PASTORALI

Per quanto riguarda la dottrina e il testo dei suddetti canoni, tutto ciò sembra essere molto chiaro, ma nella vita pastorale nascono i seguenti interrogativi:

1) Quali sono i requisiti formali della richiesta di cui parla il *CCEO* nel can. 29 §1? Sarà sufficiente la richiesta orale al momento del battesimo, oppure tale richiesta dovrà essere presentata in forma scritta, davanti ai testimoni, in modo tale che il sacerdote battezzante possa annotarla nel libro dei battezzati per avere in futuro una prova documentata?

2) Se i genitori di cui il padre è un orientale cattolico e la madre latina chiederanno al parroco latino la celebrazione del battesimo del loro figlio, senza nessuna richiesta esplicita di ascrizione alla Chiesa latina, sarà possibi-

Rescripta pro Apostolicis Missionibus, vol. 1, Romae 1907, 687); se nel caso che il padre fosse un sacerdote greco-cattolico: tutti i figli avrebbero seguito il rito del padre. Nel caso che i figli fossero illegittimi, avrebbero seguito sempre il rito della madre.

⁸ Cfr. J. PEJŠKA, *Církevní právo se zřetelem k partikulárnímu právu československému*, sv. 1, Semily 1932, 184.

⁹ Cfr. A. TAUBER, *Manuale Iuris canonici continuo respectu habito ad Hungariam*, t. 1, Sabariae (Szombathely) 1912⁴, 78, nota 2. L'ordinanza del 7 febbraio 1870 considerava il passaggio da un rito cattolico ad un altro come cambiamento della confessione religiosa (*jeder Wechsel des Ritus gilt als Confessionswechsel*).

¹⁰ M. BROGI, *I Cattolici ...*, 225-226. Inoltre M. Brogi fa un esempio alla pagina 225 dello stesso articolo: "... è noto che il digiuno quaresimale inizia per i latini il Mercoledì delle ceneri mentre è già iniziato due giorni prima per la maggior parte delle Chiese orientali; diverso è il modo di digiunare; i riti della Settimana Santa sono celebrati con uguale solennità quasi alle stesse ore nelle chiese latine e in quelle orientali, e la famiglia o si divide, o assiste in una chiesa trascurando l'altra; lo stesso si dica della Celebrazione Eucaristica domenicale".

le interpretare un tale battesimo come una sufficiente dimostrazione della concorde volontà per ascrizione del figlio alla Chiesa latina?

3) Lo stesso vale anche nel caso contrario, ovverosia, il figlio sarà ascritto alla Chiesa orientale cattolica anche quando i genitori, di cui il padre è latino e la madre orientale cattolica, lo porteranno per il battesimo nella Chiesa orientale cattolica, senza nessuna richiesta esplicita di ascrizione alla Chiesa orientale cattolica?

4) Se il padre orientale cattolico vuole che il figlio appartenga alla Chiesa orientale cattolica, ma per qualche motivo permette di battezzare questo suo figlio nella Chiesa della madre latina, deve dichiarare la sua volontà contraria dell'ascrizione del loro figlio alla Chiesa latina?

In pratica non c'è opposizione in quest'ultimo punto tra le due norme, poiché sia nel *CIC* sia nel *CCEO*, in assenza di consenso dei genitori, il figlio è sempre ascritto alla Chiesa del padre. Perciò, i casi concreti sono i seguenti:

- a) se i genitori sono della stessa Chiesa, il figlio è ascritto alla Chiesa dei genitori;
- b) se il padre è latino e la madre orientale cattolica, il figlio è ascritto alla Chiesa latina del padre;
- c) se il padre è latino e la madre orientale cattolica, il figlio può essere ascritto alla Chiesa della madre orientale cattolica di comune accordo;
- d) se il padre è orientale cattolico e la madre latina, il figlio è ascritto alla Chiesa del padre orientale cattolico;
- e) se il padre è orientale cattolico e la madre latina, il figlio è ascritto alla Chiesa della madre latina di comune accordo;
- f) se manca il comune accordo, il figlio è sempre ascritto alla Chiesa del padre (latino o orientale cattolico).

Pertanto le due legislazioni non dovrebbero presentare delle differenze reali, anche se il *CIC* è apparentemente più restrittivo. Di conseguenza la necessità della richiesta formale dei genitori di ascrizione del figlio alla Chiesa della madre è esplicita nel *CCEO*, can. 29 §1, mentre nel *CIC*, can. 111 §1, è implicita, poiché la comune opzione per la celebrazione del battesimo nella Chiesa latina della madre comporta la richiesta formale perché ciò avvenga. Va notato che il comune accordo dei genitori deve essere manifestato con la dichiarazione di entrambi davanti al parroco che celebra il battesimo; inoltre tale comune "... accordo deve essere annotato nel libro dei battezzati della parrocchia, dove il battesimo è stato amministrato, per evitare ogni dubbio circa l'ascrizione a una Chiesa *sui iuris*".¹¹

¹¹ D. SALACHAS, *L'appartenenza giuridica dei fedeli a una Chiesa orientale sui iuris o alla Chiesa latina*, «Periodica de re canonica» 83 (1994) 28.

È ovvio che la richiesta debba essere fatta esplicitamente al parroco che battezza. Solo così il parroco può registrare nel libro dei battezzati la Chiesa della madre alla quale è iscritto il figlio ricevendo il battesimo. Se tale richiesta non è fatta esplicitamente, il figlio è iscritto a norma del diritto alla Chiesa del padre, anche se è battezzato nel rito liturgico della madre.

Comunque, secondo il can. 37 del CCEO ogni ascrizione a una Chiesa *sui iuris* deve essere annotata nel libro dei battezzati della parrocchia o anche, se è richiesta, necessaria per lo stato giuridico del figlio, è fatta oralmente con una dichiarazione davanti al parroco che celebra il battesimo; il parroco in qualità di ministro ufficiale della Chiesa garantisce il valore giuridico della richiesta e la annota nel libro dei battezzati. Questa registrazione fatta dal parroco costituisce per il futuro una prova dell'ascrizione del figlio alla Chiesa della madre. Non è necessario che la richiesta sia presentata né in forma scritta né davanti a testimoni. Il parroco è testimone pubblico di tutto ciò, e non c'è bisogno la presenza di altri testimoni.¹²

3. IL VALIDO PASSAGGIO A UN'ALTRA CHIESA «SUI IURIS»

Il passaggio di un fedele a un'altra Chiesa orientale *sui iuris* o alla Chiesa latina, chiamato comunemente "cambiamento di rito", può avvenire validamente *ad normam iuris*, inoltre questo cambiamento deve essere liberamente chiesto.

Il CIC, can. 112 §1,1°, stabilisce che: *Post receptum baptismum, alii Ecclesiae rituali sui iuris adscribuntur: qui licentiam ab Apostolica Sede obtinuerit.*

Il CCEO nel corrispondente can. 32 afferma:

§ 1. *Nemo potest sine consensu Sedis Apostolicae ad aliam Ecclesiam sui iuris valide transire.*

§ 2. *Si vero agitur de christifideli eparchiae alicuius Ecclesiae sui iuris, qui transire petit ad aliam Ecclesiam sui iuris, quae in eodem territorio propriam eparchiam habet, hic consensus Sedis Apostolicae praesumitur, dummodo Episcopi eparchiales utriusque eparchiae ad transitum scripto consentiant.*

Il Codice di Diritto Canonico del 1983 "ha lasciato la sostanza della legge precedente (can. 98 §3 del CIC del 1917), pur semplificando la terminologia. Infatti, si legge al can. 112 §1,1° del CIC del 1983 che sono ascritti a un'altra

¹² A P. ERDÖ "sembra estremamente opportuno regolamentare a livello locale, possibilmente mediante una norma particolare concordata con tutte le Chiese *sui iuris* che hanno la propria gerarchia in un territorio, le formalità di questa dichiarazione dei genitori cattolici di rito diverso e la sua registrazione. Una tale norma può richiedere, per esempio, che la volontà conforme dei genitori di ascrivere il proprio figlio alla Chiesa rituale della madre debba essere dichiarata per iscritto nella parrocchia del battesimo e che il parroco debba far menzione di questo fatto nel libro parrocchiale dei battezzati (nella rubrica delle osservazioni) e che tale richiesta scritta debba essere conservata nell'archivio della parrocchia, cfr. CIC can. 535 §4; CCEO can. 296 §§2 e 4" (P. ERDÖ, *Questioni...*, 333-334).

Chiesa rituale (*sui iuris*) i battezzati (cattolici) che hanno ottenuto la licenza della Sede Apostolica. Mancando questa licenza, non può aver luogo la nuova ascrizione. La Sede Apostolica per concedere la licenza, esige che sussistano delle cause canoniche”.¹³

La normativa del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali “riguarda soltanto le Chiese orientali (cfr. can. 1 del CCEO) ma ovviamente tocca anche i fedeli latini che intendessero passare a una Chiesa orientale, in quanto quest’ultima non li può validamente ascrivere se non è stato osservato il CCEO; la norma vale anche per i passaggi alla Chiesa latina poiché, se essa non è stata osservata, il fedele orientale, soggetto alla normativa del CCEO, rimane ascritto, a tutti gli effetti, alla Chiesa orientale dalla quale intende invece distaccarsi”.¹⁴

Il can. 32 del CCEO proibisce a ogni fedele cattolico di passare validamente a un’altra Chiesa *sui iuris*, senza il consenso della Sede Apostolica, che in certi casi si presume. Questa norma è ispirata al Decreto *Orientalium Ecclesiarum* che dichiara: “*Omnes et singuli catholici [...] proprium ubique terrarum retineant ritum eumque colant et pro viribus observent; salvo iure recurrenti ad Sedem Apostolicam in casibus peculiaribus personarum, communitatum, vel regionum*” (OE 4).

“La formulazione del testo conciliare è piuttosto esortativa, ma si tratta di una vera norma, sebbene non chiarifichi, se il ricorso alla Sede Apostolica sia per la validità del passaggio. Il can. 32 §1 invece, richiede il consenso della Sede Apostolica per la validità giuridica del passaggio a un’altra Chiesa *sui iuris*. Una norma così esigente è giustificata dallo stesso concetto ecclesiologicalo e giuridico di Chiesa *sui iuris*, come anche dal concetto stesso del *ritus*, inteso come proprio patrimonio liturgico, teologico, spirituale e disciplinare, distinto per cultura e circostanze storiche di popoli, che si esprime in un modo di vivere la fede che è proprio di ciascuna Chiesa *sui iuris* (can. 28 §1 del CCEO). Nell’unità della Chiesa universale, ogni fedele cattolico è tenuto a mantenere, onorare e osservare il proprio rito nella propria Chiesa, tuttavia, la Sede Apostolica come suprema arbitra delle relazioni interrituali e, sollecita del bene delle anime, provvederà essa stessa alle necessità in casi particolari di persone, comunità o regioni, che chiedano un tale passaggio”.¹⁵

Quanto al can. 32 §2 del CCEO, esso stabilisce la presunzione circa il consenso della Sede Apostolica per il passaggio da una Chiesa *sui iuris* a un’altra. Le condizioni per tale presunzione sono due: che le due Chiese *sui iuris* – *a qua* e *ad quam* il passaggio – abbiano nello stesso territorio una propria

¹³ M. BROGI, *I Cattolici ...*, 228-229.

¹⁴ M. BROGI, *Licenza presunta della Santa Sede per il cambiamento di Chiesa ‘sui iuris’*, «Revista española de derecho canónico» 50 (1993) 663-664.

¹⁵ D. SALACHAS, *L’appartenenza ...*, 38.

eparchia; che i vescovi eparchiali di entrambe le eparchie acconsentino per iscritto al passaggio. Solo in questo caso il consenso della Sede Apostolica si presume, e non si deve perciò ricorrere direttamente a essa. Circa questa presunzione, quattro Organi di consultazione hanno proposto che "... non si menzioni il consenso presunto della Santa Sede, e che tutto sia regolato con una 'petitio' di chi vuole iscriversi a una Chiesa di rito diverso e con il consenso scritto dei due relativi vescovi"; invece un Organo di consultazione "... ha richiesto che il §2 sia omissis perché aprirebbe una porta a 'innumerevoli abusi'". Il CCEO ha mantenuto la necessità del consenso della Sede Apostolica, come anche il §2 del can. 32, tenendo presente che, anche una "'licentia praesumpta' è una vera 'licentia'".¹⁶

Il prescritto del can. 32 §2 del CCEO si applica senz'altro se entrambe le Chiese *sui iuris* sono orientali, ma rimaneva dubbio il caso in cui fosse coinvolta la Chiesa latina; la questione fu pertanto sottoposta al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi.¹⁷

4. IL RESCRITTO «EX AUDIENTIA Ss.MI» DEL 26 NOVEMBRE 1992

Facendo riferimento a questo Consiglio (*probato iudicio*), il Legislatore ha emanato un *Rescriptum ex Audientia*, secondo il quale anche la licenza richiesta dal CIC può essere presunta; poiché il Rescritto non cita il CCEO, possiamo asserire che il Legislatore ha promulgato per la Chiesa latina una norma nuova, ma i collegamenti con il CCEO si riscontrano facilmente, operando un confronto tra le due normative. Ecco il testo del *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi, die XXVI Mensis Novembris, anno MCMXCII*:

*Ad normam can. 112 §1,1° Codicis Iuris Canonici, quisque vetatur post susceptum Baptismum alii ascribi Ecclesiae rituali sui iuris, nisi licentia ei facta ab Apostolica Sede. Hac de re, probato iudicio Pontificii Consilii de Legum Textibus Interpretandis, Summus Pontifex Ioannes Paulus II statuit eiusmodi licentiam praesumi posse, quoties transitum ad aliam Ecclesiam rituales sui iuris sibi petierit Christifidelis Ecclesiae Latinae, quae Eparchiam suam intra eosdem fines habet, dummodo Episcopi dioecesani utriusque dioecesis in id secum ipsi scripto consentiant.*¹⁸

Pertanto, se si tratta di un fedele latino che chiede di passare a una Chiesa orientale *sui iuris* avente nello stesso territorio la propria eparchia, questo consenso della Sede Apostolica si presume, purché il Vescovo orientale e il Vescovo latino acconsentano per iscritto al passaggio.

“Da notare che la Sede Apostolica, concedendo a un fedele latino laico l'indulto di passare a una Chiesa orientale, aggiunge sempre la clausola che

¹⁶ «Nuntia» 22 (1986) 27-28.

¹⁷ Cfr. «Communicationes» 24 (1992) 14 e 197.

¹⁸ «AAS» 85 (1993), 81; vedi anche «Enchiridion Vaticanum» 13/2138.

vieta il conferimento a lui del sacerdozio come uomo sposato. In questo modo si vuole evitare eventuale dolosa intenzione degli uomini latini che vogliano passare a una Chiesa orientale, per poter poi diventare sacerdoti sposati. Questo divieto vige anche quando passa dalla Chiesa latina a una Chiesa orientale in base al presunto consenso della Sede Apostolica”.¹⁹

Brogi rileva che “il Rescritto considera la richiesta di passaggio dalla Chiesa latina a una Chiesa orientale, ma non considera il caso inverso. Ne consegue dunque che esso non può essere invocato da un Vescovo latino, che intenda ricevere un orientale che voglia divenire latino, sia pure con il consenso scritto del Vescovo orientale: in quest’ultima ipotesi, continua a essere richiesto il consenso esplicito della Santa Sede”.²⁰

L’opinione contraria all’interpretazione di Brogi è stata presa da parte degli autorevoli docenti di questa materia non soltanto in Urbe argomentando che un fedele orientale cattolico può passare alla Chiesa latina alla luce del can. 32 §2 del CCEO, in quanto il CCEO intende la Chiesa latina come una Chiesa *sui iuris*. Nonostante ciò le nunziature apostoliche da parte della Segreteria di Stato all’inizio del 1994 sono state informate che il *Rescriptum ex audientia Ss.mi* non considera la richiesta di passaggio dei fedeli orientali alla Chiesa latina, e per ogni caso analogo continua a essere richiesto il consenso esplicito della Sede Apostolica.²¹

Secondo diversi pronunciamenti della Congregazione per le Chiese Orientali, circa l’applicazione del menzionato Rescritto *ex audientia Ss.mi*, sul presunto consenso della Sede Apostolica, esso non riguarda la situazione di quando un fedele orientale chiede di passare alla Chiesa latina avente nello stesso territorio la propria diocesi e i due Vescovi che acconsentono.

“Una norma così esigente e restrittiva per il passaggio di un fedele da una Chiesa all’altra è giustificata dallo stesso concetto ecclesiologicalo e giuridico di Chiesa *sui iuris*, come anche dal concetto stesso di *ritus*, inteso come proprio patrimonio liturgico, teologico, spirituale e disciplinare (cfr. CCEO can. 28 §1). Nell’unità della Chiesa universale, ogni fedele cattolico è tenuto a mantenere, onorare e osservare il rito della propria Chiesa. Tuttavia, la Sede Apostolica, come suprema arbitra delle relazioni tra le diverse Chiese e sollecita del bene delle anime, provvede essa stessa alle necessità in casi

¹⁹ D. SALACHAS – K. NITKIEWICZ, *Rapporti interecclesiali tra cattolici orientali e latini. Sussidio canonico-pastorale*, Roma 2007, 138.

²⁰ M. BROGI, *Licenza ...*, 666.

²¹ Per es. Mons. Giovanni Coppa, nunzio apostolico di Praga, il 29 aprile 1994 (n. 317/94) inviò una lettera al vescovo greco-cattolico di Prešov in Slovacchia, Mons. Ján Hirka, con la quale comunicava: “Eadem Congregatio Te informat, hanc dispositionem non valere pro fidelibus orientalibus, qui cupiunt ad Ecclesiam latinam transire; singuli igitur casus praesentandi sunt Apostolicae Sedi” (O. NAGY, *Interpretácia kánona 32 Kódexu kánonov východných cirkví*, «Duchovný pastier» 82 [2001] 75, nota 11).

particolari di persone, comunità o regioni, che chiedono un tale passaggio. Il dicastero competente per tale materia è la Congregazione per le Chiese Orientali”.²²

5. IL PASSAGGIO DA UNA CHIESA «SUI IURIS» A UN’ALTRA IN OCCASIONE DEL MATRIMONIO

Quanto al passaggio da una Chiesa *sui iuris* a un’altra in occasione del matrimonio, la normativa è la seguente:

CIC, can. 112 §1,2° - Post receptum baptismum, alii Ecclesiae rituali sui iuris adscribuntur: coniux qui, in matrimonio ineundo vel eo durante, ad Ecclesiam ritualem sui iuris alterius coniugis se transire declaraverit; matrimonio autem soluto, libere potest ad latinam Ecclesiam redire.

CCEO, can. 33 – Integrum est mulieri ad Ecclesiam sui iuris viri transire in matrimonio celebrando vel eo durante; matrimonio autem soluto libere potest ad pristinam Ecclesiam sui iuris redire.

“Il can. 112 §1, 2° del *CIC* afferma il diritto del coniuge latino, marito o moglie, di passare alla Chiesa rituale *sui iuris* dell’altro coniuge, nel celebrare il matrimonio o durante il medesimo; sciolto però il matrimonio, può ritornare liberamente alla Chiesa latina. Il can. 33 del *CCEO* riconosce questo diritto solo alla moglie, la quale, nel celebrare il matrimonio o durante il medesimo, può passare alla Chiesa *sui iuris* del marito, conservando sempre la facoltà, sciolto il matrimonio, di ritornare liberamente alla sua Chiesa precedente”.²³

Così “il marito che intendesse passare alla Chiesa *sui iuris* della moglie, orientale o latina, dovrà pertanto sempre ricorrere alla Santa Sede, se è latino, perché la Chiesa orientale non lo può validamente ascrivere senza il consenso della Sede Apostolica e, se è orientale, perché il citato can. 33 del *CCEO* riguarda soltanto la moglie e non il marito”.²⁴

Anche in questa norma del can. 33 del *CCEO*, mantenendo la norma del diritto precedente del *Cleri Sanctitati*, can. 9, che permette solo alla moglie di passare alla Chiesa *sui iuris* del marito, ma non viceversa, emerge la men-

²² D. SALACHAS – K. NITKIEWICZ, *Rapporti interecclesiali ...*, 138-139. Nelle “regioni orientali” la Congregazione autorizza raramente il passaggio da una Chiesa orientale a un’altra Chiesa orientale e ancora più difficilmente dalla Chiesa orientale alla Chiesa latina. Più frequenti sono le autorizzazioni date per i passaggi tra le Chiese nella Diaspora. Una delle ragioni è per es. l’unità della famiglia quando i suoi componenti (padre, madre, figli) appartengono alle diverse Chiese.

²³ D. SALACHAS, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, Roma-Bologna 1993, 86.

²⁴ M. BROGI, *Licenza ...*, 664.

talità e la consuetudine orientale della prevalenza del marito, ossia la moglie segue lo stato giuridico del marito.²⁵

Un altro caso di passaggio autorizzato *ex iure* è stabilito dal can. 112 §1, 3° del CIC:

Post receptum baptismum, alii Ecclesiae rituali sui iuris adscribuntur: filii eorum, de quibus in nn. 1 et 2, ante decimum quartum aetatis annum completum itemque, in matrimonio mixto, filii partis catholicae quae ad aliam Ecclesiam rituales legitime transierit; adepta vero hac aetate, iidem possunt ad latinam Ecclesiam redire.

Nel CCEO il corrispondente can. 34 prescrive:

Si ad aliam Ecclesiam sui iuris transeunt parentes vel in matrimonio mixto coniux catholicus, filii infra decimum quartum aetatis annum expletum ipso iure eidem Ecclesiae ascribuntur; si vero in matrimonio inter catholicos unus tantum parentum ad aliam Ecclesiam sui iuris transit, filii transeunt solummodo, si ambo parentes consenserunt; expleto vero decimo quarto aetatis anno filii ad pristinam Ecclesiam sui iuris redire possunt.

Il can. 112 §1, 3° del CIC e il can. 34 del CCEO trattano, dunque, dei figli prima del compimento dei quattordici anni di età e stabiliscono quanto segue:

- a) se i genitori passano legittimamente a un'altra Chiesa *sui iuris*, i figli per il diritto stesso sono ascritti alla medesima Chiesa;
- b) se, nel matrimonio misto, la parte cattolica passa legittimamente a un'altra Chiesa orientale *sui iuris*, i figli sono per il diritto stesso ascritti alla medesima Chiesa della parte cattolica. Nel matrimonio misto, quindi, il coniuge cattolico con il consenso della Sede Apostolica può passare alla Chiesa cattolica *sui iuris* che corrisponde a quella dell'altro coniuge non cattolico;
- c) se nel matrimonio fra due cattolici, soltanto uno dei genitori passa legittimamente ad altra Chiesa orientale *sui iuris* o alla Chiesa latina, i figli passano a questa Chiesa se entrambi i genitori consentono. [...]. Tuttavia, compiuta l'età di quattordici anni, i figli possono ritornare alla Chiesa, alla quale appartenevano inizialmente i genitori, o il coniuge cattolico nel matrimonio misto.²⁶

Quanto alla procedura per l'iscrizione a una Chiesa *sui iuris*, il CIC non detta alcuna modalità; non così il CCEO, il quale aggiorna la legislazione anteriore semplificando la normativa del can. 13 di *Cleri Sanctitati*. Infatti, a norma del can. 36 del CCEO, il passaggio da una Chiesa *sui iuris* a un'altra ha valore dal momento in cui il fedele interessato ne fa la dichiarazione davanti al Gerarca del luogo della medesima Chiesa o al parroco o al sacerdote delegato

²⁵ Il commento su questo argomento si trova per es. da D. SALACHAS, *Istituzioni ...*, 86-87.

²⁶ Cfr. D. SALACHAS, *Problematiche interrituali nei due Codici orientale e latino*, «Apollinaris» 67 (1994) 647-648.

da uno di essi e a due testimoni, salvo che un rescritto della Sede Apostolica non disponga diversamente. A norma del can. 37 del CCEO, ogni ascrizione a una Chiesa *sui iuris* oppure ogni passaggio a un'altra Chiesa *sui iuris* va annotato nel libro dei battezzati della parrocchia, anche se il battesimo è stato amministrato nella Chiesa latina, che è dunque vincolata da questa prescrizione. "Pare ovvio che anche la norma del can. 36 del CCEO vincoli in qualche modo la Chiesa latina, almeno nel senso che un atto che modifica lo stato canonico di una persona deve pur essere manifestato in qualche modo esterno; è inoltre necessario che la volontà di cambiamento sia ricevuta da persona capace di annotarla in qualche registro ufficiale della Chiesa latina e di comunicarne ufficialmente notizia al parroco orientale, al quale tocca trascriverlo nel registro dei battesimi della sua parrocchia (cfr. CIC can. 535 §3, e CCEO can. 296 §2)".²⁷

6. CONCLUSIONE

Dall'osservanza di queste norme potrebbe dipendere anche la validità del matrimonio. Sarebbe invalido, pertanto, il matrimonio di due orientali cattolici, battezzati o per errore o per necessità (in mancanza del sacerdote del proprio rito) nella Chiesa latina. Il matrimonio sarebbe invalido in forza del can. 1109 del CIC se celebrato nella Chiesa latina, non essendo competente di assistere il parroco latino. Simili casi avvengono non di rado non soltanto negli USA e nel Canada, come afferma Prader,²⁸ ma anche nei paesi dell'Europa centrale e orientale e, attualmente, in tutti i paesi dell'Unione Europea a causa di un gran numero di orientali cattolici immigrati che battezzano i loro figli nelle chiese latine.

L'osservanza di queste norme è importante anche per l'ammissione negli Istituti religiosi di un'altra Chiesa *sui iuris*. Infatti, accade spesso che i fedeli orientali chiedano di essere ammessi in un Istituto religioso latino. Il caso si presenta sotto due forme: 1) ammissione in un Istituto latino privo di una Provincia o Casa orientale; 2) ammissione in una Provincia o Casa orientale di un Istituto religioso latino. Il CCEO nel can. 451, stabilisce che: "Nessuno può essere lecitamente ammesso al noviziato di un Monastero di un'altra Chiesa *sui iuris* senza la licenza della Sede Apostolica, a meno che

²⁷ M. BROGI, *Licenza ...*, 666.

²⁸ Cfr. J. PRADER, *La legislazione matrimoniale latina e orientale*, Roma 1993, 20. "Inoltre, il CCEO, al can. 689 §1, stabilisce che il parroco del luogo dove è celebrato il battesimo deve annotare nel libro dei battesimi, tra l'altro, anche la Chiesa *sui iuris*, alla quale il battezzato è iscritto. Il CIC al can. 877 §1, corrispondente non comprende quest'ultima annotazione. Pertanto, se il parroco latino celebra il battesimo di un bambino di genitori orientali, deve annotare nel libro dei battesimi della parrocchia, anche la Chiesa *sui iuris* orientale, alla quale il bambino, ricevendo il battesimo, è iscritto a norma del can. 29 CCEO" (D. SALACHAS, *L'appartenenza...*, 48).

non si tratti di un candidato che à stato destinato a un Monastero dipendente, di cui nel can. 432, della propria Chiesa”. Questa norma si applica anche per l’ammissione di candidati orientali al noviziato di un Istituto religioso di un’altra Chiesa orientale *sui iuris* (Ordini, Congregazioni e Società di vita comune a guida dei religiosi; cfr. *CCEO* cann. 517 §2 e 559 §1).²⁹ “È da notare che la licenza di cui ai cann. 451 e 517 §2 è richiesta *ad licentiam*. Mentre per il passaggio (*transitus*) di un monaco o religioso orientale di voti perpetui a un Monastero o Istituto religioso di un’altra Chiesa *sui iuris*, inclusa quella latina, si richiede per la validità il consenso della Sede Apostolica (cfr. *CCEO* cann. 487 §4, 544 §4, 562 §1). È sbagliata, quindi, la prassi seguita ancora oggi da qualche Istituto latino, secondo la quale agli Orientali che vivono in paesi di prevalente rito latino, qualora volessero farsi religiosi è lasciata piena libertà di optare tra il rito latino e il rito orientale. Va tenuto presente che l’ammissione di un fedele orientale in un Istituto religioso di un’altra Chiesa *sui iuris* non comporta *ipso facto* la sua ascrizione alla medesima Chiesa”.³⁰

Infine, perché un candidato orientale possa ricevere l’ordinazione da un Vescovo latino o viceversa, si richiede l’indulto della Sede Apostolica (cfr. *CCEO* cann. 674, 748 §2, 752; *CIC* cann. 846 §1^o, 1015 §2 e 1021).³¹ Accade però che nelle diocesi latine abbiano il domicilio fedeli orientali privi di una propria Gerarchia. La normativa canonica prevede la costituzione per loro delle parrocchie personali e l’assistenza pastorale mediante sacerdoti o

²⁹ Infatti, il can. 517 §2 stabilisce: “Nessuno può essere ammesso lecitamente al noviziato di un Istituto religioso di un’altra Chiesa *sui iuris* senza la licenza della Sede Apostolica, salvo che non si tratti di un candidato che è destinato a una provincia o casa, di cui nel can. 432, della propria Chiesa”.

³⁰ D. SALACHAS – K. NITKIEWICZ, *Rapporti interecclesiali ...*, 20-21. L’indulto dell’ammissione nel noviziato di un Istituto religioso di un’altra Chiesa *sui iuris* va richiesto alla Sede Apostolica, concretamente alla Congregazione per le Chiese Orientali, da un Superiore religioso maggiore e dal candidato stesso. Alla richiesta dovrebbero essere allegati i documenti che attestano i dati anagrafici del candidato e il conferimento del battesimo. Nell’autorizzare l’ammissione al noviziato, il relativo indulto apostolico consente al candidato di emettere nell’Istituto i voti religiosi e se questo entra in un Istituto clericale, di ricevere in esso gli ordini sacri. Nello stesso tempo è concesso l’adattamento al rito dell’Istituto. Nel caso di un Istituto latino, ciò significa che da questo momento il religioso può conformarsi al patrimonio liturgico, teologico, spirituale e disciplinare della Chiesa latina, pur restando sempre ascritto alla propria Chiesa orientale *sui iuris*. Se per qualsiasi ragione, egli dovesse cessare di appartenere a quell’Istituto religioso latino, dovrà osservare il proprio rito d’origine. Qualora un candidato fosse ammesso senza la licenza della Sede Apostolica nel noviziato di un Istituto della Chiesa *sui iuris* diversa della sua, egli dovrebbe chiedere la regolarizzazione della propria posizione giuridica.

³¹ La Sede Apostolica concede l’indulto affinché un orientale, candidato agli ordini sacri, sia ordinato da un Vescovo latino nel caso in cui egli è destinato al servizio di una diocesi latina oppure nel luogo dove risiede il candidato non si trova nessun Vescovo della sua Chiesa *sui iuris*. Il caso più frequente sono i seminaristi orientali che studiano nei Paesi dell’Occidente. Lo stesso vale per un latino che è ordinato da un Vescovo orientale.

parroco del medesimo rito (cfr. *CCEO* can. 916 §§4-5; *CIC* cann. 383 §2 e 1015 §2). Perciò un Vescovo diocesano latino può incardinare nella sua diocesi un chierico orientale. Egli potrebbe anche ordinare un candidato orientale adeguatamente formato (cfr. *CCEO* can. 343), per il servizio dei fedeli che appartengono alla medesima Chiesa *sui iuris*. In questo caso è necessaria la licenza della Sede Apostolica (cfr. *CCEO* can. 748 §2; *CIC* can. 1015). Pertanto occorre notare che il chierico orientale, suddito a un Ordinario latino, rimane sempre ascritto alla propria Chiesa *sui iuris*.

LA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO CANONICO DI COLORO CHE HANNO FORMALIZZATO UNA CONVIVENZA NON MATRIMONIALE CIVILMENTE RICONOSCIUTA

JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il can. 1071 § 1, 2° CIC. 3. Il can. 1071 § 1, 3° CIC. 4. La licenza dell'Ordinario del luogo. 5. L'esame dei nubendi dei cann. 1066-1067 CIC. 6. Conclusioni.

1. PREMESSA

L'INTRODUZIONE di nuovi modelli legali di convivenza non matrimoniale negli ordinamenti secolari (*Pacs, register partnership, cohabitation légale, uniones estables, civil partnership,...*) ha trasformato il diritto di famiglia e delle persone, ma pone anche notevoli problemi nell'ordinamento canonico. In primo luogo, perché il riconoscimento legale e il regime giuridico delle nuove unioni legali potrebbe confondere la loro natura con quella del matrimonio civile. Inoltre, in alcuni ordinamenti queste unioni costituiscono anche una modalità d'accesso al matrimonio civile, giacché è consentita la conversione di tali convivenze in matrimonio, sollevando il dubbio circa una loro assimilazione.¹ La seconda difficoltà nasce dai moniti che le più autorevoli istanze ecclesiali hanno indirizzato contro il riconoscimento legale di queste unioni, non sempre rispettose della naturale configurazione

¹ L'individuazione e classificazione di tutta la normativa in vigore sulla materia in Europa si può trovare in: J. I. ALONSO PÉREZ, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Barcelona, 2007; ID., "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. *Rassegna della legislazione europea*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica», 11 (2003), p. 343-363. Il testo delle norme, anche tradotto, si può consultare in: *Laboratorio Europeo sul Matrimonio e le Unioni – L.E.M.U.R.*, a cura di J. I. Alonso Pérez, in: Internet <http://www.disced.unisa.it/lemur/DEFAULT.htm>.

Si precisa che le dette unioni sono tuttora prive di riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano, benché siano state avanzate proposte legislative, la più nota con il nome 'Dico'. Tuttavia la crescente mobilità all'interno dell'Unione europea rende facile che cittadini comunitari legati da tali vincoli nei paesi d'origine possano celebrare matrimoni canonici anche in Italia senza che il vincolo emerga dai documenti anagrafici abitualmente richiesti.

sessuale della coppia.² La maggior parte di questa riflessione si è finora ristretta all'ambito morale o ai moniti ai legislatori; risulta ancora necessario individuare gli effetti che l'ordinamento canonico registra per i cattolici che formalizzano queste unioni. Tali convivenze parrebbero inquadarsi all'interno dell'universo delle situazioni matrimoniali irregolari. Il Magistero e la dottrina si sono occupati in modo ampio e approfondito delle unioni sorte tra persone sposate canonicamente che divorziano per infine risposarsi civilmente.

Il rilievo del matrimonio civile nell'ordinamento canonico si manifesta in diversi aspetti, che riguardano sia la cura pastorale precedente al matrimonio che il diritto matrimoniale sostanziale, sia il diritto penale che il diritto di partecipazione ai sacramenti. Resta ugualmente da tracciare organicamente il rilievo delle nuove convivenze non matrimoniali civilmente riconosciute, sorte dalla fine degli anni Ottanta in avanti e che il Legislatore codiciale non poteva difatti prevedere.

Allo stesso modo occorre una riflessione circa le specificità proprie delle nuove convivenze oggetto del riconoscimento legale, giacché dal punto di visto giuridico, non tutte le situazioni matrimoniali irregolari sono assimilabili tra loro (unioni civili o convivenze registrate, unioni assistenziali, unioni di mutuo aiuto). Nel presente articolo, infatti, si pretende indagare sulla posizione amministrativo-canonica di coloro che formalizzano una di queste convivenze, dal momento che il loro comportamento non è affatto irrilevante in diritto. In particolare si intende analizzare l'indagine amministrativa previa alla celebrazione del matrimonio qualora almeno uno dei nubendi avesse formalizzato precedentemente una di queste convivenze.

Si rimanda ad un ulteriore scritto lo studio dell'eventuale sanabilità di tali unioni in ordine alla riconoscimento di un valido matrimonio canonico. Così come è ammessa la validità in sede canonica del matrimonio civile celebrato con dispensa della forma canonica o del matrimonio civile sanato in radice successivamente, è da analizzare se ciò sarebbe possibile per quanto riguarda le nuove convivenze legalmente riconosciute.

² Valga per tutti: IOANNES PAULUS PAPA II, Alloc. *Sono lieto*, 1989 octobris 16, eos, qui conventui nationali studii ab «'Unione Giuristi Cattolici Italiani'» celebrato interfuerunt, coram admissos, «Communicationes», 21 (1989), pp. 109-111: "non si contribuirebbe, perciò, al bene personale e sociale ipotizzando leggi, che pretendessero di riconoscere come legittime, equiparandole alla famiglia naturale fondata sul matrimonio, unioni di fatto, che non comportano alcuna assunzione di responsabilità ed alcuna garanzia di stabilità, elementi essenziali dell'unione tra l'uomo e la donna, come fu intesa da Dio creatore e confermata da Cristo redentore. Una cosa è garantire i diritti delle persone ed un altro indurre nell'equivoco di presentare il disordine come situazione in sé buona e retta".

2. IL CAN. 1071 § 1, 2° CIC

Tradizionalmente si sostiene che le persone in situazione canonica libera, ma civilmente impegnata, non possono contrarre matrimonio canonico, se non con licenza dell'Ordinario del luogo. Infatti il can. 1071 § 1, 2° *CIC* impedisce la lecita assistenza alla celebrazione del matrimonio canonico quando esso non può essere riconosciuto o celebrato a norma della legge civile (*ad normam legis civilis agnosci vel celebrari ad normam legis civilis agnosci vel celebrari nequeat*).³ Sorge la domanda se tale divieto riguarda anche la celebrazione delle nozze di coloro che hanno formalizzato una convivenza legalmente riconosciuta.

Come è noto, il matrimonio civile modifica lo *status* civile, di modo che la persona coniugata civilmente non può contrarre un nuovo matrimonio prima che il precedente sia dichiarato nullo oppure sciolto. Le convivenze non matrimoniali presentano un quadro normativo notevolmente diverso. È alquanto ricorrente nella legislazione civile sulle nuove convivenze la dichiarazione che esse possono essere sciolte anche unilateralmente, per di più con la celebrazione di un matrimonio. Le convivenze non matrimoniali civilmente riconosciute, infatti, non modificano lo stato civile delle persone.⁴

Se le unioni civili non mutano lo stato civile del soggetto, l'individuo unito in convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta si trova dunque in condizione di libero stato, ovvero è giuridicamente abile a contrarre matrimonio civile. Contemporaneamente, non rintracciandosi in tale unione la *res matrimoniale*, il soggetto che se ne avvale resta libero di stato anche per l'ordinamento della Chiesa; ne consegue che chi è unito in convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta gode della libertà di *status* sia dinanzi allo Stato che dinanzi alla Chiesa.

A queste condizioni, chi, vincolato in convivenza non matrimoniale civilmente riconosciuta, intendesse celebrare un matrimonio canonico in un paese concordatario, scioglierebbe con la celebrazione di tale matrimonio la precedente unione civile. Tale matrimonio canonico produrrebbe dunque effetti civili, alla stregua di un qualsiasi altro matrimonio concordatario. Il primo effetto sarebbe lo scioglimento della precedente unione non matrimoniale civilmente riconosciuta. Dunque, il matrimonio canonico celebrato tra due persone, una delle quali, od entrambe, precedentemente vincolate da tale tipo di convivenza, non sarebbe privo del riconoscimento degli

³ E. ZANETTI, *Il matrimonio solo canonico dopo un'altra unione in attesa di regolarizzazione civile*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 17 (2004), p. 393-394 *hic p.* 373; V. FAGIOLO, *La preparazione al matrimonio. Normativa canonica per una pastorale matrimoniale comunitaria*, «Monitor Ecclesiasticus», 119 (1994), pp. 1-52 *hic pp.* 41-46.

⁴ Si rimanda di nuovo alla bibliografia segnalata nella nota n. 1.

effetti civili e ciò non «turberebbe» il sistema concordatario. Da ciò si può dedurre che il divieto previsto al punto 2° del can. 1071 § 1 *CIC* non é applicabile al caso delle unioni civili non matrimoniali, in quanto non esiste una proibizione civile a contrarre matrimonio per le persone che hanno scelto tale tipo di convivenza.

3. IL CAN. 1071 § 1, 3° *CIC*

Il can. 1071 § 1 *CIC* prevede altre fattispecie ove scatta il divieto di assistenza alla celebrazione delle nozze; in particolare interessa ora analizzare quella prevista al punto 3°, in relazione “*matrimonio eius qui obligationibus teneatur naturalibus erga aliam partem filiosve ex praecedenti unione ortis*”.

Si fissa qui il divieto di assistenza alle nozze quando uno dei nubendi è vincolato da obblighi naturali derivati da una precedente unione. Due sono gli elementi da tenere presenti, che insieme fanno scattare il divieto: la previa esistenza di un’unione e la presenza di obblighi naturali da essa determinati. E qui sorgono alcuni dubbi interpretativi sulla base dell’importanza che si concede ad ognuno di questi due elementi.

Tradizionalmente la dottrina ecclesiastica utilizzava il termine “unione” per riferirsi ai matrimoni civili, in quanto il matrimonio celebrato in modo civile era l’unico modello di convivenza che, somigliante il matrimonio canonico, era riconosciuto legalmente. Tuttavia in sede canonica una tale interpretazione sarebbe assai riduttiva, in quanto, considerato il dilagare della convivenza *more uxorio*, non si trova una valida motivazione per escludere dall’ambito del canone altri rapporti non formalizzati civilmente, ad esempio il concubinato o convivenza di fatto, che in passato non erano ugualmente diffusi. La lettura di questo canone non si divide, infatti, sull’attribuire o meno carattere legale all’unione oggetto della norma.

Se gli autori sembrano d’accordo nel non dare rilievo alla condizione legale dell’unione, non lo sono invece sul requisito dell’apparenza coniugale o meno di tale unione. Infatti vi sono alcuni autori che considerano che la *ratio* della norma è la tutela della giustizia, della carità cristiana e dell’equità naturale, fino a ritenere che nella fattispecie del canone rientrerebbe qualsiasi incontro carnale tra l’uomo e la donna. Tale dottrina intende il termine ‘unione’ nel senso di incontro carnale, anche di natura sporadica, includendo di conseguenza i semplici rapporti sessuali isolati, liberi o violentati, sempre che da essi sia scaturita la prole.⁵

⁵ In parole di Calvo Tojo: “la palabra unión usada por el canon 1071.1, 3° tiene que interpretarse en el sentido de cualquier aproximación subjetiva, de copulación o intercambio sexual (se deduce este aspecto, con claridad, de las propias palabras el texto codicial; «hacia los hijos de esa unión») sea esa unión o copulación estable o meramente transitoria (una violación, por ejemplo); se refiere la voz «unión» a, sobre todo, cualquier tipo de adhesión

Altri autori sostengono, invece, che solo le unioni caratterizzate dall'apparenza coniugale sono considerate dal canone, con indipendenza del riconoscimento legale.⁶ Non negano che gli obblighi naturali verso l'altra parte e verso i figli possono nascere anche da rapporti sessuali che non sono stati rivestiti dall'apparenza coniugale, ad esempio rapporti sporadici, ma tali obblighi naturali non farebbero parte dell'oggetto del canone in studio.⁷

In una prima lettura apparirebbe più condivisibile, almeno in relazione alle convivenze legalmente riconosciute, la tesi espressa dal primo gruppo d'autori. E ciò perché, come si è già segnalato, il legislatore civile pone i contraenti davanti ad un'alternativa incompatibile: celebrare un matrimonio civile o formalizzare una convivenza registrata; da tale scelta derivano precise conseguenze: malgrado la disciplina della convivenza registrata sia in parte assimilata a quella matrimoniale, la convivenza registrata, a differenza del matrimonio, non altera lo *status* civile. È per questo che le unioni civili non rientrano nella materia matrimoniale e, di conseguenza, non avrebbero l'apparenza coniugale. Di conseguenza, se si adottasse l'interpretazione del secondo gruppo di autori, le convivenze registrate non farebbero parte del novero delle unioni riferite al can. 1071 § 1, n. 3 CIC. Ma pare ugualmente vero che le critiche espresse dal secondo gruppo d'autori sembrano indirizzate

psico-afectiva de dos seres heterosexuados" (M. CALVO TOJO, *Matrimonio de quien esté sujeto a obligaciones naturales nacidas de una unión precedente (canon 1071.1, 3°)*, in: *El matrimonio. Cuestiones de derecho administrativo canonico. IX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Madrid 29-31 marzo 1989*, Salamanca, 1990, pp. 133-151 *hic p.* 137).

Nello stesso senso: J. I. ALONSO PÉREZ, *Reflexiones canónicas sobre el reconocimiento dado a las "parejas estables" en España*, in: *Revista Española de Derecho Canónico*, 60 (2003), p. 173-198 *hic p.* 198; ID., *Sobre la validez matrimonial de las parejas reconocidas en las leyes autonómicas españolas*, in: *XVI Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro*, Salamanca, 2004 (BIBLIOTECA SALMANTICENSIS, *Estudios*, n. 269), pp. 557-584 *hic p.* 584; R. CALLEJO, *Persona e institución. El derecho al matrimonio en el c. 1060*, Madrid, 2004 (PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS, *Serie I: Estudios*, n. 87), p. 76.

⁶ T. RINCÓN-PÉREZ, *c. 1071*, in: Á. MARZOJA – J. MIRAS – R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, 3ª ed. actualizada, 5 voll., Pamplona, 2002 *hic vol.* III, t. 2, pp. 1134-1135.

⁷ I. PÉREZ DE HEREDIA, *Cuidado pastoral y requisitos previos a la celebración del matrimonio según el proyecto de nuevo Código*, in: *Anales vicentinos*, 7 (1981), pp. 169-224 *hic p.* 214: "Hay que notar que obligaciones naturales con los hijos surgen de unión legal, ilegal y también de relación transitoria; sin embargo, no parece que el canon se refiera a esta última. El canon se refiere a una unión de dos personas, que sin ser legal o válida canónicamente, lo sea o no civilmente, es capaz de producir por la misma naturaleza de la unión, aquellas obligaciones que producen las uniones canónicamente verdaderas".

Della stessa opinione parrebbero: C. DE DIEGO-LORA, *Comprobación de la libertad para contraer matrimonio de los obligados a la forma canónica y no la observaron*, «*Ius canonicum*», 24 (1984), pp. 795-803 *hic p.* 803; G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Milano, 2000 (SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, n. 199), pp. 81-86.

solo contro quei rapporti sessuali di carattere sporadico che alcuni dei primi autori ritengono unioni, in particolare quelli che sono frutto di fatti violenti (violazione) o di adulterio.⁸ Quando il secondo gruppo d'autori esige l'apparenza matrimoniale nella lettura di questo canone, non pare potessero volere escludere le nuove convivenze, che se certamente non sono matrimoniali, con altrettanta certezza sono consenzienti e durature, ovvero con "apparenza coniugale". In definitiva entrambe le interpretazioni consentirebbero attribuire rilievo alle unioni civili o registrate.

In secondo luogo, l'espressione "obblighi naturali" si è voluta spesso intendere in senso riduttivo, in relazione esclusivamente ai figli. È del tutto evidente, stando al testo del canone, che gli obblighi naturali possono essere riferiti, oltre che ai figli, anche all'altro contraente della precedente unione. Inoltre, sarebbe da valutare, già nel matrimonio civile, se gli "obblighi naturali" se riducono ai soli effetti civili, d'ordine patrimoniale e personale verso l'altro convivente e eventuali figli,⁹ oppure se tali obblighi possono essere più larghi.¹⁰ L'individuazione di questi obblighi si presenta alquanto difficile *a priori*, giacché sono tante le fattispecie che si possono vedere coinvolte, e di conseguenza è necessario realizzare l'analisi per il singolo caso specifico.¹¹ Se tali obblighi naturali si presentano di per sé oscuri in relazione al matrimonio, si presentano ancora più oscuri quando si tratta della convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta. Effettivamente, il matrimonio civile è configurato giuridicamente con molta precisione da parte dell'ordinamento dello Stato; al punto che al momento del suo scioglimento le statuizioni del giudice civile sono molte e precise in relazione al coniuge e

⁸ Cf. ancora: T. RINCÓN-PÉREZ, *c. 1071*, in: Á. MARZOA – J. MIRAS – R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *Comentario Exegético*, cit., p. 1134; M. CALVO TOJO, *Matrimonio de quien esté sujeto a obligaciones naturales*, cit., p. 137.

⁹ Condizioni relative al mantenimento dei coniugi e all'affidamento e cura dei figli. È previsto, infatti, un assegno di mantenimento per l'altro coniuge quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

¹⁰ Parrebbe che gli "obblighi naturali" comprendessero sempre gli "effetti civili", ma che questi ultimi non sempre esaurissero i primi: "Lógicamente el contenido de estas obligaciones naturales habrá que concretarlo en cada caso, con las garantías jurídicas pertinentes, puesto que las situaciones son muy diversas. Se puede decir, sin embargo, que en principio puede abarcar todos los supuestos contemplados por la legislación civil... y que hacen referencia a obligaciones respecto de los hijos (reconocimiento, mantenimiento, etc.), terceras personas y de la comparte dejada. La forma jurídica más idónea para su regulación sería cualquiera que, aun reconociendo los citados derechos y obligaciones, evitase su equiparación jurídica al matrimonio y, en el mismo tiempo, garantizase el cumplimiento efectivo de dichas obligaciones. La autoridad eclesiástica, para cumplimentar lo establecido en el c. 1071 § 1, 3^o, tendrá que tener muy en cuenta dichos documentos civiles" (F. R. AZNAR GIL, *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, «Revista Española de Derecho Canónico», 48 (1991), pp. 49-80 *hic p.* 76).

¹¹ *Ibidem*.

ai figli. La procedura per l'individuazione di tali effetti è molto accurata nel processo di separazione e di divorzio dei coniugi.

Il regime patrimoniale e personale riservato alle nuove convivenze legalmente riconosciute è molto diverso nei singoli ordinamenti; a ciò si aggiunga ulteriormente che in molti di essi l'autonomia delle parti è molto ampia, sia nel regime regolatore della convivenza che nella fissazione di garanzie e tutela al momento dello scioglimento.¹² E perciò quando si celebra un matrimonio canonico tra una persona già legata in unione civile e una terza persona diversa dall'altro convivente può essere difficile individuare gli "obblighi naturali". In primo luogo, è doveroso appurare l'effettiva portata di questo tipo di convivenza, in quanto non è l'unione in sé a far scattare il divieto del canone, ma l'esistenza di obblighi naturali da essa derivati. In secondo luogo, si deve individuare un procedimento, al momento non regolamentato, teso a effettuare la ponderazione.

Fermo restando che il canone non impone il divieto in relazione a coloro che abbiano formalizzato un'unione, ma in relazione a coloro che sono tenuti a obblighi naturali rispetto all'altro o ai figli derivati da una precedente unione, parrebbe opportuna la non ammissione a contrarre nuove nozze di coloro che sono ancora legati in convivenza registrata, almeno prima che abbiano sciolto tale vincolo secondo le procedure previste dalla legge civile.¹³ Sarebbe da evitare che la celebrazione del matrimonio canonico diventasse la causa o la modalità per sciogliere una tale unione; per di più, fare diversamente obbligherebbe l'autorità canonica ad individuare gli "obblighi naturali" da onorare prima ancora che l'autorità civile avesse individuato, se dal caso, gli "obblighi civili". Occorre attendere al previo scioglimento della convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta con apposita procedura formale che garantisca l'assolvimento degli obblighi che la legge civile impone per tali unioni.¹⁴

¹² Si rimanda alla bibliografia segnalata nella nota n. 1.

¹³ Similmente a quanto accade per i matrimoni solo religiosi quando i nubendi sono in attesa di divorzio di un precedente matrimonio civile. Cf.: G. TERRANEO, *C. 1071: La licenza dell'Ordinario del luogo per alcuni casi di matrimonio: burocrazia o sollecitudine pastorale?*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 1 (1988), pp. 95-109 *hic* pp. 105-107; V. ZOBOLI, *L'ammissione al matrimonio solo canonico*, «Monitor ecclesiasticus», 119 (1994), pp. 165-173.

¹⁴ Benché non sia stata data finora nella dottrina canonistica molta attenzione alle unioni oggetto del nostro studio, si possono prendere in riferimento altri casi in cui una persona libera di stato ha contratto previamente un matrimonio civile, posteriormente sciolto attraverso il divorzio. È comune considerare opportuna la non concessione della licenza per gli sposati civilmente poi divorziati che rifiutino di assolvere gli obblighi naturali verso figli non ancora emancipati. Cf.: M. S. FOSTER, *Divorce and Remarriage: What about the Children?* *Canons 1071, 1077, 1684, 1685, 1689*, in: *Studia canonica*, 31 (1997), pp. 147-191 *hic* pp. 175-178; E. ZANNETTI, *Il matrimonio solo canonico dopo un'altra unione e in attesa di regolarizzazione civile*, cit., p. 393-394; A. GIRAUDO, *Il divieto alle nozze. Tutela del diritto al matrimonio (can.1077 § 1)*, in: *Quaderni di diritto ecclesiale*, 18 (2005), pp. 289-298 *hic* p. 295.

Resta comunque oscuro se l'assoluzione degli "obblighi civili" che la legge fissa basti per assolvere gli "obblighi naturali" previsti dal canone; comunemente è ritenuta sufficiente la ventilazione del matrimonio civile, si legga qui la convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta, con sentenza definitiva di divorzio.¹⁵

Proceduralmente sembra doveroso che l'altro contraente, se diverso dal convivente della precedente convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta, venga a conoscenza non solo dell'esistenza di tale unione, ma anche degli obblighi naturali, fissati almeno in parte dall'autorità civile, che il suo promesso sposo ha in relazione al precedente convivente. Pare necessario che colui che è tenuto agli obblighi naturali manifesti sincera volontà di onorarli e che l'altro nubendo non solo sia a conoscenza di tale circostanza, ma che intenda anche non opporsi a tale adempimento.¹⁶

4. LA LICENZA DELL'ORDINARIO DEL LUOGO

Individuato il divieto di assistere il matrimonio delle persone che si trovano in tali situazioni, è da sottolineare che si è alla presenza di un divieto e non di un impedimento. A questo divieto si può provvedere con una licenza, seguendo la medesima *ratio* che si usa per provvedere alla concessione delle dispense alle leggi ecclesiastiche: la *salus animarum*. Con essa si consente al superiore di esonerare il fedele dall'osservanza di una legge disciplinare che, nel caso concreto, può costituire un ostacolo al suo diritto fondamentale alla salvezza.¹⁷

Il divieto riguarda dunque la liceità dell'atto, non la sua validità. A mente del can. 1071 § 1 è inoltre da ricordare che il divieto è espresso nei confronti del presidente della celebrazione o del delegato; più genericamente su chi assiste ad un matrimonio, non sui nubendi. Il canone prevede però due circostanze ove il divieto viene meno e l'assistenza è lecita:

¹⁵ V. ZOBOLI, *L'ammissione al matrimonio solo canonico*, cit., p. 166; cf. anche: E. ZANETTI, *Il matrimonio solo canonico dopo un'altra unione in attesa di regolarizzazione civile*, cit., p. 374. Tale opinione la si sostiene sulla base dello studio di tre documenti di diritto particolare italiano in relazione al matrimonio solo canonico di coloro che sono già stati uniti in matrimonio civile: CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA: COMMISSIONE EPISCOPALE PER LA FAMIGLIA, *La pastorale dei divorziati risposati e di quanti vivono in situazioni matrimoniali irregolari o difficili*, 1979 aprile 26, in: *Enchiridion della Conferenza Episcopale Italiana*, vol. II, pp. 3406-3467; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia*, 1993 luglio 25, Roma, 1993; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale*, 5 novembre 1990, sul matrimonio canonico, «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana», 1990, pp. 259-279.

¹⁶ Cf.: *Matrimonio Canonico in Italia. Normativa e sussidi. Con l'aggiunta di un "Vademecum per i casi di Matrimonio che richiedono l'intervento o il parere del Vescovo diocesano o dell'Ordinario del luogo*, Milano, 2003, p. 101.

¹⁷ M. RIVELLA, *Amministrazione e ricezione dei sacramenti in pericolo di morte. Il viatico*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 9 (1996), pp. 314-320 *hic* p. 314.

- 1) quando l'Ordinario del luogo concede la licenza alla celebrazione;
- 2) in caso di necessità.

In relazione a tali circostanze è doveroso distinguere il caso in cui le persone che avevano formalizzato l'unione civile tra di loro intendano sposarsi canonicamente, dal caso in cui non vi sia coincidenza tra i componenti dell'unione civile ed i nubendi. Nel primo caso, il matrimonio canonico appare la giusta soluzione alla loro situazione irregolare, semplificando così gli adempimenti che l'Ordinario del luogo deve assolvere per concedere la licenza. Solo nel secondo caso la concessione della licenza dell'Ordinario del luogo pone problemi in relazione al rispetto degli "obblighi naturali" derivati dall'unione.

Tale licenza può essere concessa solo dall'Ordinario del luogo, e non dal parroco. La ragion ultima della riserva della titolarità di questa facoltà, con l'obbligo giuridico di far ricorso all'Ordinario del luogo, pare risiedere nella duplice necessità di assicurare un controllo circa i requisiti del matrimonio cristiano e di promuovere contemporaneamente una certa uniformità dell'azione pastorale in proposito.¹⁸ Spetta all'Ordinario del luogo, prima di concedere la licenza, avere la certezza morale che trovino degna soluzione taluni problemi, in particolare quelli cui fanno riferimento gli obblighi naturali a cui sono tenuti i contraenti.¹⁹

Pur rilevando che non si è ancora determinata una procedura per la concessione della licenza dell'Ordinario del luogo di cui al can. 1071 *CIC*, la legislazione particolare delle Conferenze dei Vescovi offre nella maggior parte dei casi alcune indicazioni circa la concessione della licenza per celebrare matrimonio misto. Considerato che i matrimoni misti sono sconsigliati dal Magistero per i rischi che comportano alla conservazione della fede del coniuge cattolico e all'educazione religiosa della prole, può essere utile, per il caso che ci occupa, prendere a modello le indicazioni dirette all'Ordinario del luogo in relazione ai matrimoni misti, fatti salvi i debiti adattamenti.

Ad es. il can. 1125 *CIC*, in relazione alla concessione della licenza per la celebrazione di un matrimonio misto, prevede che:

"L'Ordinario del luogo, se vi è una causa giusta e ragionevole, può concedere tale licenza; ma non la conceda se non dopo il compimento delle seguenti condizioni:

la parte cattolica si dichiari pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e prometta sinceramente di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica;

¹⁸ G. TERRANEO, *C. 1071: La licenza dell'Ordinario del luogo per alcuni casi di matrimonio: burocrazia o sollecitudine pastorale?*, cit., p. 95.

¹⁹ F. R. AZNAR GIL, *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, cit., p. 80.

di queste promesse che deve fare la parte cattolica, sia tempestivamente informata l'altra parte, così che consti che questa è realmente consapevole della promessa e dell'obbligo della parte cattolica;

entrambe le parti siano istruite sui fini e le proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere esclusi da nessuno dei due contraenti”.

In relazione ai matrimoni misti il diritto impone una doppia garanzia: per il coniuge cattolico chiede promesse da rispettare; al coniuge non cattolico chiede di essere informato di tale impegno. In questo senso, il can. 1125 *CIC* rappresenta il frutto dello sforzo compiuto dal Legislatore per enucleare una prassi normativa che rispetti tutti i principi teologici e naturali coinvolti in un matrimonio misto: sia quei principi che lo favoriscono (l'ecumenismo e il diritto naturale al matrimonio) sia quei altri che lo ostano (il dovere di evitare pericoli per la propria fede, il contrasto nell'educazione dei figli e le difficoltà di realizzare un integrale *consortium totius vitae* senza la condivisione della vita di fede e di Chiesa).²⁰

In particolare, si nota la prestazione di garanzie atte a preservare la fede. La richiesta delle “garanzie” fa parte della tradizione canonistica nei casi ove è presente un rischio per la fede dei contraenti. Così, ad esempio, il can. 1061 § 1, 2° *CIC*-1917 chiedeva al contraente non cattolico di prestare garanzie tendenti ad evitare difficoltà nella vita di fede del suo coniuge e della prole. Tuttavia, il *CIC* ha abbandonato oggi la richiesta delle garanzie al coniuge non cattolico per chiedere unicamente che costui sia informato degli impegni che il coniuge cattolico assume in relazione all'educazione della prole.

La procedura da seguire per concedere la licenza nei casi di coloro che intendono celebrare nozze dopo di aver formalizzato un'unione civile si potrebbe individuare assomigliando la loro situazione, con i debiti adattamenti, a quella di coloro che celebrano un matrimonio misto.²¹ L'assimilazione

²⁰ G. P. MONTINI, *Le garanzie o “cauzioni” nei matrimoni misti*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 5 (1992), pp. 287-295 *hic* pp. 287-288.

²¹ Cf.: PAULUS PAPA VI, Litt. ap. motu proprio datae *Matrimonia mixta*, Romae, 1970 martii 31, apud Sanctum Petrum, Normae de matrimoniis mixtis statuuntur, in: *AAS*, 62 (1970), pp. 257-263; SACRA CONGREGAZIONE PER LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, *Lettera*, 21 settembre 1970, «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana», 1970 ottobre 20, p. 197; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto*, 1970 settembre 25, in: *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1970, pp. 199-200; ID., *Decreto generale*, 5 novembre 1990, sul matrimonio canonico, in: *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1990, pp. 259-279 *hic* n. 48. In quest'ultimo documento si fissano i seguenti adempimenti: a) la parte contraente cattolica deve sottoscrivere davanti al parroco la dichiarazione di essere pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e la promessa di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica; b) il parroco deve attestare che la parte non cattolica è stata chiaramente informata circa la promessa e gli impegni assunti dalla parte cattolica e ne è consapevole; c) entrambe le parti devono essere istruite sulla natura, sui fini e sulle proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere esclusi da nessuno dei due contraenti; d) le

avviene, innanzitutto, per dare risposta alla necessità di un controllo ulteriore rispetto alla concessione della licenza per altri matrimoni, motivata nei rischi che derivano dalla precedente esperienza irregolare. Ovviamente, non potendosi trasporre indiscriminatamente i singoli adempimenti richiesti dal diritto per i matrimoni misti al caso in oggetto, sarà necessario che l'Ordinario del luogo valuti caso per caso le diverse circostanze presenti nella concreta unione e negli obblighi naturali da essa derivati in ordine alla concessione dell'eventuale licenza.

A tale scopo si deve considerare che il can. 1126 *CIC*, in relazione alle dichiarazioni e promesse da prestare per la celebrazione dei matrimoni misti, stabilisce che sia la Conferenza dei Vescovi a fissarne modalità e forma. E dunque le Conferenze dei Vescovi, similmente a quanto avviene per la celebrazione dei matrimoni misti, potrebbero dare indicazioni per il caso delle convivenze non matrimoniali legalmente riconosciute. Tuttavia, in assenza di un'espressa previsione da parte della Conferenza dei Vescovi, spetta a colui che deve concedere la licenza, all'Ordinario del luogo, l'onere di stabilire per decreto o volta per volta le condizioni, le modalità e la forma di procedere per poter assolvere tali impegni.

La licenza può essere concessa, in circostanze ordinarie, solo dall'Ordinario del luogo. Ciò nonostante, nulla osta affinché la procedura diretta al suo ottenimento possa essere svolta dal parroco che si occupa della procedura previa al matrimonio; anzi, appare il modo più opportuno.²²

Rebus sic stantibus, considerata la procedura riservata per la celebrazione dei matrimoni misti, nel pieno rispetto della titolarità a capo dell'Ordinario del luogo della facoltà di dare la licenza e della responsabilità a capo del parroco di istruire l'esame dei nubendi, la procedura da seguire per la celebrazione del matrimonio di coloro che hanno formalizzato precedentemente una convivenza registrata potrebbe considerare i seguenti adempimenti in aggiunta a quelli della normale procedura per la celebrazione di un matrimonio:

1° - *Adempimenti ulteriori che il parroco deve assolvere prima di trasmettere la richiesta di licenza all'Ordinario del luogo:*

- a) la parte di cui si sia previamente verificata l'antecedenza di una convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta – con giuramento

dichiarazioni di cui alle lettere a), b) e c) devono essere esibite all'Ordinario del luogo unitamente alla domanda di dispensa dell'impedimento o di licenza per il matrimonio misto.

²² Una disamina dei compiti che spettano al parroco in Italia durante la preparazione amministrativa al matrimonio canonico, in: P. BIANCHI, *La preparazione al matrimonio canonico nel decreto generale della Conferenza episcopale italiana*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 4 (1991), pp. 197-200. Si veda anche: G. P. MONTINI, *La responsabilità del parroco nell'indagine prematrimoniale*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 1 (1988), pp. 110-117.

e/o con certificato; si vedano dopo le nostre proposte per l'indagine prematrimoniale- dovrebbe *sottoscrivere* una dichiarazione dinanzi il parroco, con la quale si impegna ad assolvere gli obblighi naturali derivati dalla precedente unione;

- b) attestare con dichiarazione scritta che la parte che non ha formalizzato l'unione civile è stata chiaramente informata sugli obblighi naturali che l'altra parte ha, derivati dalla prima relazione rispetto al terzo convivente e/o agli eventuali figli dell'unione civile, e attestare che essa non intende ostacolare tale adempimento;
- c) dichiarazione scritta di entrambe le parti che attesti che sono state istruite circa la natura, i fini e le proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere esclusi da nessuno dei due nubendi;
- d) tutte le dichiarazioni precedenti devono essere trasmesse all'Ordinario del luogo al quale si chiede di concedere la licenza per il matrimonio.

2° *Elementi che l'Ordinario del luogo deve esaminare prima di concedere la licenza:*

- a) scioglimento previo dell'unione civile;
- b) i motivi della crisi di tale unione, giacché potrebbero essere segno di una futura causa di nullità matrimoniale;²³
- c) ponderazione degli "effetti civili" fissati dall'autorità civile nello scioglimento in relazione agli "obblighi naturali" di fatto derivati da tale unione;
- d) buona disposizione ad adempiere gli "obblighi naturali" di colui che formalizzò l'unione civile;²⁴
- e) che l'altro nubendo non si opponga a tale adempimento;
- f) sincerità dei propositi della richiesta del sacramento del matrimonio, in particolare:
 1. di non danneggiare in alcun modo il convivente precedente;
 2. di considerare il matrimonio celebrato innanzi alla Chiesa come scelta unica e irrevocabile, appurando i motivi della precedente unione: se ideologici, se per volontà dell'altro convivente, se circostanziali,... Sembra opportuno che il parroco incaricato dell'istruttoria accerti con prudenza anche i moventi alla base della scelta della precedente unione registrata, al posto di un matrimonio;²⁵
- g) convenienza ed opportunità della concessione della licenza, in particolare:

²³ Cf.: *Matrimonio Canonico in Italia. Normativa e sussidi*, cit., p. 101.

²⁴ Attraverso documento scritto, canonico o civile, dove si evidenzi tale intenzione. F. R. AZNAR GIL, *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, cit., p. 80.

²⁵ Cf.: E. ZANETTI, *op. cit.*, p. 379.

1. motivazioni della formalizzazione della precedente unione civile e quelle per il matrimonio da celebrare;²⁶
 2. assenza di pericolo di scandalo tra i fedeli;
- h) accettazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero obbligo di celebrare matrimonio concordatario, ove esista.

Resta ancora da esaminare il caso di necessità, giacché il can. 1071 § 1 *CIC* rende lecita l'assistenza al matrimonio senza autorizzazione. Non è quindi necessario chiedere la licenza dell'Ordinario del luogo per la celebrazione del matrimonio canonico di persona precedentemente legata in unione civile quando vi sia caso di necessità: "*excepto casu necessitatis, sine licentia Ordinarii loci ne quis assistat*" (can. 1071 *CIC*).

Se la concessione della licenza è riservata all'Ordinario del luogo, pare invece che la valutazione del caso di necessità spetti unicamente al parroco responsabile dell'esame dei nubendi. Tuttavia tale situazione, di per sé, non comporta un minor tipo di controllo, costituendo solo una circostanza in cui l'obbligo della ponderazione dell'opportunità e convenienza di celebrare un tale matrimonio passa dall'Ordinario del luogo all'assistente del matrimonio. L'esclusione del giudizio dell'Ordinario del luogo è solo da imputarsi al "caso di necessità", ovvero all'impossibilità di ottenere la licenza dell'Ordinario in tempi ragionevoli sulla base di una necessità oggettiva.²⁷

Orbene, è da studiare quale sia la portata della necessità richiesta nel caso. Data l'inesistenza assodata nell'unione registrata di un consenso matrimoniale *naturaliter sufficiens*, non riconosciuto nemmeno dalla legislazione civile, parrebbe che la necessità possa essere individuata con più facilità che nei casi ove chi intende celebrare il matrimonio canonico è vincolato da un matrimonio civile, e quindi da un consenso *naturaliter sufficiens*.²⁸ Questa

²⁶ In relazione al matrimonio civile: J. M. DÍAZ MORENO, *Il matrimonio civile dei cattolici*, «La civiltà cattolica», 155 (2004), II, pp. 242-251 *hic* p. 248.

²⁷ V. FAGIOLO, *La preparazione al matrimonio. Normativa canonica per una pastorale matrimoniale comunitaria*, cit., pp. 46-47: "Il Codice parla di casi di necessità nei can. 230 § 3 (in caso di necessità i laici possono predicare, distribuire la Comunione, ecc.); 844 § 4 (quando urge grave necessità i ministri cattolici possono amministrare i sacramenti anche agli altri cristiani, non cattolici); 1324 n. 5 (è circostanza che attenua la pena. // Nel nostro canone matrimoniale il caso di necessità è quello che impedisce di svolgere le regolari investigazioni per mancanza di tempo, non potendosi procrastinare la celebrazione, per es. per mancanza di comunicazione (si pensi al tempo di guerra))."

²⁸ La semplicità è riferita solo al riconoscimento della necessità che fa venire meno l'obbligo della licenza dell'Ordinario, non agli altri adempimenti che il parroco deve svolgere per effettuare l'esame dei nubendi. Come ammoniva la S. Congr. per la disciplina dei Sacramenti "non è loro lecito assistere al matrimonio con l'intenzione di allontanare i fedeli da un dannoso concubinato, o di evitare lo scandalo del cosiddetto *matrimonio civile*, fino quando non consti loro, secondo le previste modalità, la libertà di stato dei contraenti, dopo aver adempiuto tutto quanto prescritto dal diritto" (SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRA-

maggior facilità manifesterebbe un rispetto dello *ius connubii* del fedele, che vuole regolarizzare la sua situazione ricorrendo ora al matrimonio canonico anziché al matrimonio civile. È da ricordare che le limitazioni allo *ius connubii* gravano su uno dei diritti fondamentali del fedele e che, di conseguenza, sono da interpretare in modo non ostacolante la salvezza delle anime.²⁹ Non sarebbe quindi lecito inasprire l'individuazione del "*casu necessitatis*" fino al punto di identificarlo, come ha fatto una certa dottrina, con il "*periculo mortis*" del can. 1068 *CIC*;³⁰ tuttavia il pericolo di morte rientra certamente nel caso di necessità dove non è richiesta l'autorizzazione dell'Ordinario del luogo per assistere alle nozze.³¹

5. L'ESAME DEI NUBENDI DEI CANN. 1066-1067 *CIC*

Nel caso di coloro che, tenuti alla forma canonica, attentavano il matrimonio dinanzi a un ufficiale civile (il matrimonio civile) o dinanzi un ministro acattolico, si era sollevato il dubbio circa la necessità di ricorrere al processo documentale per dimostrare la nullità del loro matrimonio.³² Il 7 agosto 1984 la Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del *CIC* ha sciolto il dubbio, con risposta autentica in relazione al can. 1686 *CIC*: non è necessa-

MENTORUM, *Instructio (Iterum conquesti)*, 1921 iulii 4, ad Rev.mos ordinarios locorum super probatione status liberi ac denuntiatione initi matrimonii, in: AAS, 13 (1921), pp. 348-349).

²⁹ Cf.: C. J. ERRÁZURIZ, *I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia*, cit., pp. 243-244.

³⁰ V. FAGIOLO, *La preparazione al matrimonio. Normativa canonica per una pastorale matrimoniale comunitaria*, cit., p. 46-47.

³¹ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Acta Commissioni: adunatio VI*, «Communicationes», 9 (1977), pp. 141-143 hic p. 143: "Prima discussio fit de primis verbis «excepto casu necessitatis», quae Consultor aliquis mutare vellet verbis «excepto casu periculi mortis»; alii Consultores vero nolunt disciplinam severiorem introducere quam quae pro fere omnibus istis casibus habetur in *CIC*".

Nello stesso senso: I. PÉREZ DE HEREDIA, *Cuidado pastoral y requisitos previos a la celebración del matrimonio según el proyecto de nuevo Código*, cit., pp. 209-210: "El caso de necesidad no puede identificarse con el de peligro de muerte, puesto que el caso de peligro de muerte está previsto expresamente. Pero no es fácil determinar cuándo se dará este caso de necesidad, puesto que la razón de exigir la licencia es distinta según los casos. Y la necesidad debe ser proporcionada a la razón de la norma... En todo caso quien ha de juzgar sobre si se da o no el caso de necesidad será el párroco responsable de la celebración del matrimonio".

³² L'interpretazione di sopra è riferita ai cattolici latini tenuti alla forma canonica, ovvero ai soli cattolici latini. Nel caso di fedeli ortodossi già sposati civilmente non basta, come per i cattolici, l'indagine amministrativa di cui ai cann. 1066-1067 *CIC*, ma occorre un processo di nullità in due gradi o almeno un processo documentale.

Resta inoltre inteso che, fino all'entrata in vigore delle Litt. ap. *Omnium in mentem* nel 2009, là dove si parlava di cattolici tenuti alla forma canonica si doveva intendere "i cattolici che non avessero abbandonato la fede con atto formale". Cf. BENEDICTUS PAPA XVI, Litt. ap. motu proprio datae *Omnium in mentem*, 2009 octobris 26, Romae, apud Sanctum Petrum, quaedam in Codice iuris canonici immutantur, in: AAS, 101 (2009), pp. 8-10.

rio iniziare una causa di nullità per dimostrare lo stato libero di costoro, ma è sufficiente l'indagine prematrimoniale indicata dai cann. 1066-1067 *CIC*.³³

La competenza per stabilire le norme circa le modalità dell'indagine prematrimoniale o l'esame dei nubendi è delle Conferenze dei Vescovi. Risulta tuttavia evidente che i mezzi e le modalità da adoperare devono essere adatti alla natura dei fatti da esaminare. Non è, infatti, insolito che le norme date dalle singole Conferenze dei Vescovi subiscano delle modificazioni ogniqualvolta lo Stato modifica alcuni elementi che possono incidere sullo stato civile delle persone.³⁴

Tutto ciò è d'applicazione anche per la fattispecie di coloro che, benché tenuti alla forma canonica, hanno formalizzato una convivenza registrata o un'unione civile: non è necessario ricorrere al processo giudiziario canonico per dimostrare il libero stato di costoro, basta l'esame dei nubendi di cui ai cann. 1066-1067 *CIC*. Premesso che la convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta non sempre è iscritta nei registri di stato civile, perché di fatti non riguarda lo stato civile dei contraenti, preme urgentemente che le Conferenze dei Vescovi adattino la propria legislazione in materia di esame dei nubendi affinché l'indagine previa al matrimonio sia adatta a verificare l'eventuale formalizzazione di una precedente convivenza legale. La riforma in questo senso delle procedure amministrativo-canoniche previe alla celebrazione del matrimonio è estremamente auspicabile.

In primo luogo, è necessario escludere la possibilità che i nubendi abbiano potuto formalizzare una convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta, predisponendone apposita domanda. A tale scopo, dove esiste un registro *ad hoc* per questo tipo di convivenza, pare conveniente chiedere di presentare un certificato negativo rilasciato da tale registro. Dove la convivenza non matrimoniale legalmente riconosciuta non si registra invece pres-

³³ PONTIFICIAE COMMISSIONIS CODICI IURIS CANONICI AUTHENTICE INTERPRETANDO, *Interpretatio authentica*, Romae, 1984 iunii 26, ad can. 1686, in: AAS, 76 (1984), p. 746-747: "D. Utrum ad comprobandum statum liberum eorum qui, etsi ad canonicam formam adstricti, matrimonium attentarunt coram civili officiali aut ministro acatholico, necessarium requiratur processus documentalis de quo in can. 1686, an sufficiat investigatio praematrimonialis ad normam cann. 1066-1067. R. Negative ad primum; Affirmative ad secundum. Summus Pontifex Ioannes Paulus II in Audientia die 11 m. iulii a. 1984 infrascripto concessa, de supradictis decisionibus certior factus, eas publicari iussit".

³⁴ In questo senso si ricorda, ad esempio, che la Conferenza episcopale italiana ha fissato ultimamente tale normativa nel 1990 (cf.: CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale*, cit., pp. 259-279). Successivamente alla regolamentazioni globale di tale esame, è stata pubblicata nel 1999 una Nota della Presidenza della Conferenza per chiarire le incidenze su tale esame dei nubendi di una nuova disposizione del diritto civile italiano riguardante l'autocertificazione (cf.: CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA: PRESIDENZA, *Nota*, 1999 maggio 15, circa le istruttorie matrimoniali e le nuove disposizioni civili concernenti l'autocertificazione, «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana», 1999, pp. 247-249).

so nessun registro pubblico, si dovrà chiedere a tutti i nubendi di prestare un giuramento sulla non formalizzazione. Qualora l'avessero formalizzata, essa non potrà più essere in atto.³⁵ La richiesta del matrimonio canonico da parte di colui che ha formalizzato un'unione civile induce a riflettere sulle motivazioni di tale scelta, in contrasto con le leggi della Chiesa, e sui motivi che determinano la presente volontà di celebrare nozze canoniche.³⁶ Si precisa che la richiesta del giuramento dovrebbe essere introdotta anche per le Conferenze dei Vescovi dei pochi paesi dove non sono ancora riconosciute legalmente tali convivenze non matrimoniali; ciò perché la mobilità delle persone ha già dimostrato quanto sia abituale e semplice celebrare tali convivenze fuori del proprio Stato d'appartenenza.³⁷ Ciò è particolarmente evidente per l'Unione europea, dove la libera circolazione dentro le frontiere interne fa aumentare la probabilità che un cittadino contragga all'estero un'unione civile, senza che si dia notizia alle autorità del paese di origine, poiché la convivenza civile non altera lo stato civile.³⁸

³⁵ Si veda il parallelismo con quanto scritto in altro contesto da: V. FAGIOLO, *La preparazione al matrimonio. Normativa canonica per una pastorale matrimoniale comunitaria*, cit., pp. 41-46.

³⁶ Similmente a quanto già accade per la celebrazione dei matrimoni che non possono essere riconosciuti o celebrati a norma della legge civile. Cf.: G. TERRANEO, *C. 1071: La licenza dell'Ordinario del luogo per alcuni casi di matrimonio: burocrazia o sollecitudine pastorale?*, cit., pp. 96-98.

³⁷ Oggi sono comuni le celebrazioni di matrimonio o unione civile con uno straniero. A mo' di esempio, si possono ricordare le esplicite previsioni per questi casi fatte dal legislatore danese nella Legge n. 360 del 2 giugno 1999, modificante la legge sulla convivenza registrata (KONGERIGET DANMARK: DANISH FOLKETING, *Lov nr 360 af 02/06/1999, Ændring af betingelserne for indgåelse af registreret partnerskab og stedbarns adoption for registrerede partnere*). Altrettanto succede nella Legge finlandese 1229/2001, recante modifiche agli articoli 13 e 14 della legge sulle Convivenze registrate (SUOMEN TASAVALLAN: SUOMEN EDUSKUNTA, *Laki N:o 1229/2001, rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain 13 ja 14 §:n muuttamisesta*). O il riconoscimento che l'ordinamento irlandese preventiva per le convivenze registrate celebrate all'estero secondo la normativa degli ordinamenti di riferimento: REPUBLIC OF IRELAND: MINISTER FOR JUSTICE AND LAW REFORM, *Civil Partnership (Recognition of Registered Foreign Relationships) Order 2010*, 23 December 2010. Le norme si possono reperire in: *Laboratorio Europeo sul Matrimonio e le Unioni - L.E.M.U.R.*, a cura di J. I. Alonso Pérez, in: Internet <http://www.disced.unisa.it/lemur/DEFAULT.htm>.

³⁸ Nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, è stata espressamente considerata dalla normativa la fattispecie della celebrazione dei nuovi matrimoni civili tra persone dello stesso sesso quando solo uno dei contraenti è cittadino spagnolo. Il provvedimento è riferito sia alla celebrazione fatta in territorio spagnolo sia dinnanzi l'autorità spagnola fuori dal territorio nazionale, ovvero il matrimonio consolare. Inoltre, è previsto il riconoscimento dei matrimoni celebrati tra persone dello stesso sesso all'estero prima ancora che ciò fosse possibile per l'ordinamento spagnolo; si tratta dell'applicazione retroattiva della norma. Cf.: REINO DE ESPAÑA: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, *Resolución Circular*, de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, «Boletín Oficial del Estado», 2005, n. 188, de 8 de agosto, pp. 27817-27822.

In Italia ci sono stati diversi tentativi di registrare presso l'Ufficio di stato civile matrimoni

In secondo luogo, appurata la formalizzazione o meno di una convivenza legale, sarebbe necessario introdurre nei formulari utilizzati per l'indagine prematrimoniale una nuova voce che consenta ai nubendi di esprimere le loro intenzioni sugli eventuali obblighi derivati dall'unione, sia rispetto all'altro convivente sia rispetto all'eventuale prole. Il nubendo già vincolato dall'unione registrata dovrà impegnarsi ad adempiere gli obblighi e l'altro nubendo dovrà dichiarare di essere venuto a conoscenza di tutto ciò e di impegnarsi a non ostacolarne l'adempimento.³⁹ Così facendo si evita lo scandalo e si tutela il diritto dell'altro nubendo ad essere informato di fatti oggettivamente importanti che potrebbero turbare gravemente la comunità di vita coniugale.

La responsabilità di questa procedura o esame è del parroco, il quale se verificasse nell'istruttoria la previa formalizzazione, già sciolta o ancora in essere, di una convivenza civile legalmente riconosciuta, dovrà tenere conto del divieto previsto dal can. 1071 § 1, 3° CIC e chiedere all'Ordinario del luogo la relativa licenza di celebrare le nozze. La richiesta di questa licenza si presenta, per così dire, come un processo incidentale all'intero dell'esame di cui ai cann. 1066-1067 CIC, che il parroco deve svolgere per celebrare lecitamente i matrimoni di coloro che hanno formalizzato un'unione civile.⁴⁰ Ecco dunque in sintesi i requisiti che si propone di aggiungere nella legislazione particolare delle Conferenze dei Vescovi nella procedura dell'esame dei nubendi:

1. giuramento dei nubendi circa la non formalizzazione di un'unione civile;
2. certificato negativo di non formalizzazione di unione civile del registro dove si iscrivono tali unioni, lì dove esiste;
3. dichiarazione del nubendo vincolato da obblighi naturali derivati da una precedente unione impegnandosi ad assolverli adeguatamente;

monosessuali celebrati all'estero in ordinamenti che lo consentono. In tutti i casi la registrazione è stata rifiutata dal pubblico ufficiale. Quando si è presentato ricorso contro il diniego d'iscrizione i tribunali hanno sistematicamente non accolto le richieste dei ricorrenti o hanno presentato questione di legittimità presso la Corte costituzionale. A mo' di esempio di rigetto del Tribunale, cf.: REPUBBLICA ITALIANA: TRIBUNALE DI LATINA: SEZIONE CIVILE, *Decreto*, 10 giugno 2005; riferimento a codesta sentenza in: *L'atto di matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso non può essere trascritto in Italia* (Tribunale di Latina - Decreto 10 giugno 2005), «Il merito», 3 (2005), pp. 12-20; *Giurisprudenza di merito*, 34 (2005), pp. 1259-1268; P. CAVANA, *Sulla intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, pp. 1268-1281. Sulla questione di legittimità: REPUBBLICA ITALIANA: CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza*, 14 aprile 2010, n. 143, in: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale, n. 17, del 28 aprile 2010.

³⁹ Similmente si chiedeva già per i matrimoni misti in: H. SCHMITZ – F. KALDE, *Partikularnormen der deutschsprachigen Bischofskonferenz*, Metten, 1990, p. 70.

⁴⁰ G. P. MONTINI, *La responsabilità del parroco nell'indagine prematrimoniale*, cit., pp. 110-117.

4. dichiarazione del nubendo non vincolato di conoscere gli obblighi che riguardano l'altro e di impegnarsi a non ostacolarne l'adempimento.

Questi adempimenti sono da assolvere anche nel caso di pericolo di morte. Il can. 1068 *CIC*, inserito nel capitolo dedicato alla cura pastorale e agli atti da premettere alla celebrazione del matrimonio, prescrive che "in pericolo di morte, qualora non sia possibile avere altre prove, né sussistano indizi contrari, è sufficiente l'affermazione dei contraenti, anche giurata se il caso lo richiede, che essi sono battezzati e non trattenuti da impedimento". Ovvero sia, il can. 1068 *CIC* non esime il parroco dall'onere di svolgere l'esame dei nubendi, ma semplicemente ne semplifica la procedura.

6. CONCLUSIONI

Il can. 1071 § 1 *CIC* impone il divieto di assistere al matrimonio senza la licenza dell'Ordinario del luogo in alcune circostanze, tranne che in caso di necessità. Di queste circostanze si è studiata per prima quella raccolta al punto 2°, relativo al matrimonio che "non può essere riconosciuto o celebrato a norma della legge". Appurato che gli ordinamenti civili non riconoscono il carattere matrimoniale alle convivenze registrate, risulta del tutto evidente che la loro formalizzazione non altera lo *status* matrimoniale delle persone che le contraggono. Le leggi civili fissano l'impossibilità di formalizzare una tale unione alla presenza di un vincolo matrimoniale, nonché la dissoluzione *ipso iure* della convivenza registrata se uno dei conviventi decidesse, anche unilateralmente, di sposarsi con una terza persona. E cioè, la celebrazione del matrimonio diviene una delle modalità di scioglimento delle unioni civili o convivenze registrate. Di conseguenza, negli ordinamenti concordatari dove il matrimonio canonico acquista effetti civili o dove rappresenta una delle forme di celebrazione del matrimonio civile, la celebrazione del matrimonio canonico comporta automaticamente la dissoluzione di eventuali convivenze registrate. In tali ordinamenti giuridici nulla osta, allora, né alla celebrazione del matrimonio canonico né al riconoscimento degli effetti civili alla presenza di una tale unione. Negli ordinamenti, invece, ove il matrimonio religioso non è in nessun modo rilevante per lo Stato, il problema non si pone. Di conseguenza si può affermare che il can. 1071 § 1. 2° *CIC* non riguarda i cattolici che hanno formalizzato una delle unioni non matrimoniali civilmente riconosciute.

La seconda circostanza studiata del can. 1071 § 1 *CIC* è quella del punto 3°, che impone la previa licenza dell'Ordinario del luogo per assistere alla celebrazione del matrimonio di "chi è vincolato da obblighi naturali derivati da una precedente unione verso l'altra parte o i figli". La prima analisi del canone porta a concludere che nulla osta ad annoverare tra le unioni previste dal canone anche quelle non matrimoniali, formalizzate o non formalizzate che

siano. Di conseguenza è appurato che le unioni civili o convivenze registrate certamente sono intese nel termine "unione". Più difficile si è presentata la verifica dell'altra condizione richiesta dal canone per far sorgere l'obbligo della licenza: gli obblighi naturali, derivati dall'unione, verso l'altra parte o gli eventuali figli. In particolare si è chiarito che gli obblighi naturali non sempre possono essere identificati con gli "obblighi civili" fissati dall'autorità civile, malgrado gli obblighi civili siano intesi tra gli obblighi naturali. Inoltre si è evidenziato che gli obblighi civili per queste convivenze sono troppo diversi in ogni ordinamento per potere arrivare ad una risposta certa sull'adeguatezza degli "obblighi civili" rispetto agli "obblighi naturali". Per ciò si sono formulate due conclusioni di ordine pratico. La prima è l'inopportunità di assistere alla celebrazione del matrimonio di colui che è vincolato in convivenza legale con una terza persona, anche dove l'ordinamento conferisca al matrimonio forza dissolvente dell'unione; la celebrazione del matrimonio canonico si dovrebbe rimandare a dopo lo scioglimento della convivenza legale. La seconda conclusione è la necessità di ponderare, con procedura canonica, gli obblighi naturali a cui le parti sono tenute, confrontandoli con gli effetti civili eventualmente fissati dall'autorità civile al momento dello scioglimento della convivenza. Considerato che non è solito realizzare tale ponderazione nemmeno in relazione a coloro che hanno previamente celebrato un matrimonio civile, si presenta alquanto improbabile che lo si faccia per le convivenze, anche se tale verifica è più necessaria che per i matrimoni civili perché gli effetti civili fissati al momento dello scioglimento delle convivenze sono più limitati ancora.

La celebrazione quindi del matrimonio di chi è vincolato da obblighi naturali derivati da una precedente unione è vietata a ogni assistente, tranne che in caso di necessità, senza avere ottenuto prima la licenza dell'Ordinario del luogo. In questo senso, si sono individuati gli elementi che l'Ordinario del luogo deve appurare prima di concedere la licenza. Mancando un riferimento esplicito nel Codice, si è fatta una lettura in parallelo, con i debiti adattamenti, di quanto previsto dal can. 1125 *CIC* per la concessione della medesima licenza riguardo alla celebrazione di un matrimonio misto. Tale lettura, sulla base del can. 19 *CIC*, richiama le cautele che il diritto fissa per matrimoni fortemente sconsigliati dal Magistero a causa del rischio che corre la fede del contraente cattolico e degli eventuali figli; tali cautele sono similari a quelle alla base del can. 1071 *CIC*. Fermo restando che il titolare della facoltà di concedere la licenza è l'Ordinario del luogo, si è evidenziata l'opportunità che gli adempimenti della procedura proposta siano istruiti dal parroco responsabile della procedura previa al matrimonio, ossia dell'esame dei nubendi di cui ai cann. 1066-1067 *CIC*. Sinteticamente, la procedura proposta prevede che chi è vincolato da una precedente unione la sciolga previamente, nonché si impegni ad assolvere gli obblighi naturali da essa derivanti.

Inoltre si coinvolge anche l'altro nubendo, mettendolo a conoscenza di tale convivenza e degli obblighi naturali a cui l'altro è tenuto.

Si è avanzata altresì la proposta di modificazione della legislazione particolare delle Conferenze dei Vescovi in merito all'esame dei nubendi di cui ai cann. 1066-1067 *CIC*, suggerendo delle aggiunte. La diffusione del fenomeno del riconoscimento legale alla convivenza non matrimoniale in Europa e altrove, insieme alla crescente mobilità delle persone, rende necessario in ogni esame ai nubendi l'accertamento della non formalizzazione di una convivenza di questo tipo. Premesso che l'eventuale formalizzazione non è desumibile dai certificati di libero stato emessi dal registro civile, per quanto tali unioni non alterano lo stato civile delle persone, sarebbe conveniente aggiungere nuovi elementi d'indagine nell'istruttoria. Il supplemento di istruttoria proposto comprende sia la prestazione di un giuramento da parte dei contraenti che la richiesta di un certificato negativo ai registri delle unioni non matrimoniali civilmente riconosciute, lì dove esistano. Questo supplemento d'istruttoria si incorporerebbe nel normale esame dei nubendi, di responsabilità del parroco. In caso che si verificasse la previa formalizzazione della convivenza, si incorrerebbe nel divieto di cui al can. 1071 *CIC*.

ALCUNE QUESTIONI
SUL RIGETTO “IN LIMINE”
NELLA “LEX PROPRIA”
DEL SUPREMO TRIBUNALE
DELLA SEGNAURA APOSTOLICA

ZENON GROCHOLEWSKI

SOMMARIO: I DUBBI: 1. Può l'Ecc.mo Segretario, respingere in limine un ricorso contenzioso-amministrativo quando “indubie et evidenter fundamentum careat” (cf. art. 76, § 1)? 2. Se la decisione del Congresso che respinge il ricorso contro il decreto del Segretario per la mancanza del fondamento può essere impugnato o meno (cf. artt. 76, § 4 e 84 della LP)? LA GENESI DELLE NORME DEGLI ARTT. 76 e 84: 1. La prassi precedente; 2. La preparazione della “Lex propria”. DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA “LEX PROPRIA”. RISPOSTA AI QUESITI: Il primo dubbio; Il secondo dubbio. CONCLUSIONE.

LA *Lex propria* (LP) del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, come è abituale per molti testi legislativi di recente produzione e che apportano novità, richiede una attenta interpretazione per sciogliere alcuni dubbi: tra questi si evidenzia l'istituto del rigetto *in limine* del ricorso contenzioso-amministrativo presentato alla Segnatura Apostolica. È su questo che si intende brevemente e schematicamente intervenire.*¹

I DUBBI

1. Può l'Ecc.mo Segretario, respingere “in limine”
un ricorso contenzioso-amministrativo
quando “indubie et evidenter fundamentum careat” (cf. art. 76, § 1)?

Secondo il citato paragrafo, il Segretario respinge *in limine* il ricorso che “in-

* L'articolo ripropone, con qualche lieve modifica, la ponenza illustrata nella terza sessione della Plenaria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (3-4 febbraio 2011), che ha ottenuto l'approvazione dei Padri.

¹ Cfr. C. GULLO, Il “giusto processo” amministrativo ed il rigetto “e limine” del ricorso alla c.d. “Sectio Altera” del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (artt. 73-84 NSTSA), in J. PUDUMAI DOSS, M. GRAULICH (a cura di), “Iustitiam et iudicium facere”: Scritti in onore del Prof. don Sabino Ardito, SDB, Pubblicazioni dell'Università Pontificia Salesiana, Roma, 2011, pp. 199-204.

dubie atque evidenter aliquo caret praesupposito” e vengono elencati a mo’ di esempio quattro casi.

Non si parla qui del fondamento, dell’elemento cioè riguardante il merito della causa, ossia del *fumus boni iuris*, ma solo del presupposto. Anche i citati quattro esempi non si riferiscono esplicitamente al merito della causa, ma al presupposto, nel senso di un elemento formale che manca (la competenza, la legittimità ad agire, la mancata indicazione della legge che si asserisce violata,² la scadenza dei termini). L’istanza di soluzione del dubbio quindi non è superflua, tanto più se ci accorgiamo che nell’art. 83 della LP viene usata la formula “caret praesupposito vel fundamento” (nel Congresso “Praefectus decernit utrum recursus [...] reiciendus [sit] quia manifeste ipse caret praesupposito vel fundamento”), similmente nell’art. 108 (“Secretarii est [...] in limine reicere ob manifestum defectum praesuppositi vel fundamenti”), cioè oltre o accanto alla parola “praesuppositum” viene posta la parola “fundamentum”.

La questione quindi merita di essere esaminata seriamente. Essa è nel nostro caso fondamentale e la più difficile.

*2. Se la decisione del Congresso che respinge il ricorso
contro il decreto del Segretario per la mancanza del fondamento
può essere impugnato o meno (cf. artt. 76, § 4 e 84 della LP)*

Generalmente, a norma dell’art. 83 della LP, è il Congresso che decide “utrum recursus admittendus sit ad disceptationem an reiciendus”. Anche se il ricorso non viene ammesso “ad disceptationem” si può comunque ricorrere al Collegio che però in tal caso giudicherà soltanto se si deve ammettere “ad disceptationem” o respingere il ricorso.

La situazione cambia nel caso in cui il Segretario respinge *in limine* il ricorso a norma dell’art 76, § 1, ossia perché “indubie atque evidenter aliquo caret praesupposito”. In tal caso il ricorrente deve essere informato del suo diritto di ricorrere al Congresso. E l’art. 76, § 4 stabilisce: “Decretum, quo Congressus reiectionem in limine confirmat, nulli iuris remedio est obnoxium”.

LA GENESI DELLE NORME DEGLI ARTT. 76 E 84

1. La prassi precedente

Le *Normae speciales* (del 1968), che vigevano fino alla promulgazione dell’attuale LP (21 giu. 2008), non prevedevano una norma simile. Il Segretario

² Anche questo sembra essere mancanza del presupposto nel senso formale. Si deve accusare una violazione di legge. Se qualcuno adduce la violazione di una legge che è stata abrogata, non c’è materia del contendere.

poteva respingere *in limine* solo nel caso del ricorso nullo per la mancata sottoscrizione del ricorso o per l'assoluta incertezza circa le persone o l'oggetto del ricorso (art. 107).

Nondimeno è stata presto introdotta una prassi *praeter legem*, secondo la quale il Segretario, oltre ai suddetti due casi, respingeva *in limine* i ricorsi a causa di un difetto evidente. Si constata che dal 1968 al 2008, ossia sotto il regime della *Normae speciales*, circa 185 ricorsi sono stati respinti *in limine* dal Segretario, dei quali circa 30 sono stati respinti, almeno implicitamente, per una evidente carenza di fondamento riguardo all'asserita violazione di legge.

Trattandosi della prassi *praeter legem*, vigenti le *Normae speciales*, contro la decisione del Segretario, che ha respinto *in limine* il ricorso, si poteva ricorrere sia al Congresso, sia ulteriormente al Collegio. È pure utile, al fine di dare una risposta ai quesiti proposti, avere davanti agli occhi i risultati di questi ricorsi:

– In quel periodo soltanto 27 ricorsi, in tali fattispecie, sono stati interposti al Congresso, dei quali 24 furono respinti, 2 ammessi “ad disceptationem”, e uno ammesso, ma è stato respinto in Congresso per un altro motivo.

– Solo in tre casi è stato interposto il ricorso al Collegio contro il decreto del Congresso che ha confermato il rigetto del ricorso *in limine*. In tutti questi casi il Collegio ha confermato la decisione del Congresso.

– Riguardo ai 30 ricorsi respinti *in limine*, precisamente per l'evidente mancanza di fondamento, soltanto in 8 casi è stato interposto ricorso al Congresso. Soltanto in uno di questi la causa è stata ammessa “ad disceptationem” e poi il Collegio ha dichiarato la violazione della legge. Invece dei 7 casi rimanenti, ossia respinti, in due è stato interposto ulteriore ricorso al Collegio, che però ha confermato la decisione del Congresso.

Questi dati di fatto sono senza dubbio significativi.

2. La preparazione della “Lex propria”

1. Preparando la LP è stata quindi posta la questione circa l'eventuale inserimento, nella nuova legge, della descritta prassi *praeter legem*, fino a quel momento vigente. Al riguardo:

– È stato constatato che l'esperienza ha dimostrato l'utilità di tale prassi, sia per l'operato della Segnatura, sia per il bene delle parti, sia per il bene pubblico. Quindi la possibilità di respingere *in limine* da parte del Segretario è apparsa già nel primo schema e proseguita nei successivi.

– Il rigetto *in limine* da parte del Segretario è stato chiaramente distinto dalla decisione del Congresso “*utrum recursus admittendus sit ad disceptationem, an reiciendus*”.

– Per quanto riguarda i motivi, per i quali il ricorso possa essere respinto

in limine, nel primo schema del 2000 la possibilità era limitata ai quattro casi già menzionati (“*si et ‘tantum si’ indubie et evidenter...*”), ma già all’inizio del 2001 la facoltà è stata ampliata, nel senso che detti quattro casi, sono stati indicati solo come esempi (“*si indubie atque evidenter aliquo careat praesupposito, ‘veluti si’*”). Alcuni anni dopo, e precisamente durante un Congresso nel 2007 riguardante la revisione di tutto lo schema del 2007, è stata proposta una formulazione più breve che esplicitamente menzionava il “fondamento”: “*Secretarius suo decreto recursum in limine reicit, si statim indubie et evidenter apparet eum carere praesupposito vel quocumque fundamento...*”. Ma nella discussione è stato affermato che tale testo non esclude il rigetto *in limine* quando il ricorso appare privo di alcun fondamento. Penso che anche questa osservazione abbia un peso per la soluzione del nostro problema.

2. *Lo schema della LP è stato poi discusso e approvato durante la Plenaria del 15-16 novembre 2007.*

Allora nella *presentazione* dello schema riguardo al processo contenzioso-amministrativo (tit. iv) è stato osservato che “la maggior parte delle [novità] recepisce la prassi che già da anni è applicata in Segnatura e che ha dato buona prova di sé sul versante pratico-applicativo”. È stata quindi sottolineata l’utilità del rigetto *in limine* da parte del Segretario “di ricorsi che si presentano a prima vista e con evidenza sprovvisi di quegli elementi che sono richiesti assolutamente per un ricorso legittimo”. Inoltre è stato affermato (e questo è importante!): “È stato definito l’oggetto del rigetto *in limine*, quale assenza di un ‘presupposto’ del ricorso, anche se il concetto di presupposto risulta ampliato [...] in correlazione con l’oggetto del rigetto in Congresso, quale assenza di presupposto o fondamento (art. 83, § 1)”. Anche se – almeno per me – la frase non è del tutto chiara, si parla comunque del concetto *ampliato* di presupposto.

L’Em.mo Prefetto nella *relazione prima della discussione* ha, fra l’altro, ripetuto che le novità: “sono [anche] il riflesso dell’esperienza e della prassi della Segnatura Apostolica successiva alla *Regimini Ecclesiae universae*. Una *Lex propria* dunque che vorrebbe avere l’ambizione di nascere già collaudata dalla vita”. E quella prassi conteneva anche la possibilità di rigettare il ricorso per il mancato fondamento.

Inoltre, fra i criteri che hanno guidato la riforma ha elencato anche “quello di rendere più snella la procedura, così da abbreviare i tempi delle cause e giungere rapidamente alla decisione. In questa luce, [...] va letta fra l’altro la] proposit[a] di riforma, sull[a] qual[e] la Plenaria è chiamata ad esprimersi: la preclusione di accesso al Collegio di un ricorso rigettato *in limine* dal Segretario e successivamente dal Congresso”.

La Plenaria: 1. Ha approvato la proposta del possibile rigetto del ricorso *in*

limine, come affermato all’art. 76, § 1, aggiungendo però che il Segretario per poter rigettare in *limine* il ricorso deve ascoltare il Promotore di Giustizia. (Non si è discusso però nella Plenaria degli motivi per i quali può essere rigettato il ricorso *in limine*).

2. Riguardo alla possibilità o meno di ricorso al Collegio contro la decisione del Congresso che respinge il ricorso sono state confermate le proposte degli artt. 76, § 4 e 84.

3. Nella *presentazione dello schema della LP al Santo Padre*, riguardo ai processi contenziosi-amministrativi, fra l’altro è stato ripetuto che “la maggior parte delle novità recepisce comunque la prassi che già da anni è applicata in Segnatura e che ha dato buona prova di sé sul versante pratico-applicativo” (in questa prassi, ripeto, vi era la possibilità di rigettare *in limine* anche per il mancato fondamento), e che in genere queste novità intendono rispondere di più “ad esigenze di giustizia meno formale e più sostanziale”.

Più specificamente circa il *rigetto “in limine”* del ricorso da parte del Segretario sono state sostanzialmente riferite le spiegazioni, che ho citato sopra, contenute nella presentazione dello schema alla Plenaria del 2007, aggiungendo che la Plenaria ha integrato l’art. 76, § 1 introducendo la necessità di ascoltare il Promotore di Giustizia per poter respingere il ricorso *in limine*.

Riguardo poi al *ricorso avverso il rigetto da parte del Congresso*, fra l’altro è stato spiegato: “La constatazione che nella pratica il rigetto del ricorso da parte del Congresso è sempre stato confermato dal Collegio dei Giudici ha fatto sorgere l’interrogativo se mantenere o abrogare la facoltà di ricorso al Collegio dei Giudici avverso il rigetto del Congresso.

La soluzione media e innovativa che LP prevede consta di tre elementi:

– conferma generale della ricorribilità al Collegio dei Giudici avverso il rigetto del ricorso da parte del Congresso (cf. *art. 84 LP*) [...];

– restringimento del Collegio che potrà giudicare nel caso a soli tre giudici, anziché cinque (cf. *art. 84 LP*; cf. pure artt. 42 e 21 LP) [...];

– introduzione di un’eccezione, in cui è singolarmente negata la facoltà di ricorrere al Collegio dei Giudici: si tratta del caso in cui il Congresso rigetta confermando il rigetto *in limine* deciso dal Segretario (cf. *art. 76, § 4 LP*); la snellezza è favorita dalla preclusione dell’accesso al Collegio di quei ricorsi che già sono stati giudicati dal Segretario *in limine* come evidentemente sprovvisti di fondamento [!] e su questo punto il Congresso, adito su ricorso dalla parte, ha confermato il giudizio del Segretario.

La soluzione innovativa pare conciliare l’esperienza sinora svolta, l’esigenza di celerità e snellezza nel processo [e le garanzie processuali ...] La Plenaria [...] ha introdotto quale ulteriore garanzia l’audizione del Promotore di Giustizia [...] l’ha giudicato così un punto di sano equilibrio tra opposte esigenze e l’ha approvato”.

È da notare che in questa presentazione al Santo Padre si parla del riget-

to *in limine* da parte del Segretario dei ricorsi giudicati “*come evidentemente sprovvisti di fondamento*”.

4. Gli artt. 76 e 84 senza ulteriori cambiamenti sono stati incorporati nella LP, promulgata dalla *Lettera Apostolica Motu proprio “Antiqua ordinatione”* del 21 giugno 2008. Ciò significa che il Santo Padre, dopo aver studiato la proposta, e le spiegazioni offertegli, *ex certa scientia* ha fatto propri detti articoli (come del resto tutti gli altri), conoscendo anche la loro ratio?

DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA “LEX PROPRIA”

Dopo l'entrata in vigore della LP, il Segretario ha proseguito nel rigetto *in limine* dei ricorsi secondo la prassi descritta, e cioè anche (almeno implicitamente) “*ob evidentem defectum fundamenti*”. Dal 1 nov. 2008 fino al 1 ago. 2010, ben 17 ricorsi sono stati rigettati *in limine* esplicitamente per l'evidente mancanza del fondamento e 8 implicitamente.

Ciò significa che la Segnatura, in seno alla quale è stato elaborato lo schema della LP, era consapevole della conferma nella LP della prassi precedente, ossia della possibilità di respingere *in limine* anche i ricorsi per la mancanza evidente ed indubbia del fondamento.

In un caso, respinto il ricorso *in limine* “*ob evidentem defectum cuiusvis fundamenti*”, è stato proposto il ricorso al Congresso, adducendo come motivo proprio il fatto che il Segretario non è competente a rigettare il ricorso “*ob defectum fundamenti*”. Il Congresso del 13 nov. 2009 però ha confermato la decisione del Segretario, affermando: 1. “*dicta facultas Exc.mi Secretarii extenditur ad quodvis recursus praesuppositum, non tantum ad ea exemplificative indicata in art. 76, § 1, nn. 1-4*”; 2. “*cum nullus recursus fundamento carens ad disceptationem admitti possit, gratis a priori excluderetur possibilitas reiciendi in limine recursum iam prima facia indubie et evidenter hoc praesupposito carentem*”. Anche in un altro caso è stato proposto un simile ricorso, ancora da decidere nel Congresso.

Questa panoramica circa la prassi sia prima che dopo la LP e la formazione della LP come vedremo ci aiuterà a rispondere alle due questioni proposte. Anzi mi sembra essenziale in ordine a tale risposta.

RISPOSTA AI QUESITI

Adesso cerchiamo di rispondere alle due questioni, avendo presenti i cann. 17 e 18.

Can. 17 - Le leggi ecclesiastiche sono da intendersi secondo il *significato proprio* delle parole considerato nel testo e nel contesto; che se rimanessero dubbie e oscure, si deve ricorrere ai *luoghi paralleli*, se ce ne sono, al *fine* e alle *circostanze* della legge e *all'intendimento del legislatore*.

Can. 18 - Le leggi che stabiliscono una pena, o che *restringono il libero eser-*

cizio dei diritti, o che contengono un’eccezione alla legge, sono sottoposte a interpretazione stretta.

IL PRIMO DUBBIO

Se l’Ecc.mo Segretario può in forza dell’art. 76, § 1 della LP, respingere “in limine” un ricorso contenzioso-amministrativo quando “indubie et evidenter fundamentum careat”.

Secondo il citato paragrafo, come ho già detto all’inizio, il Segretario respinge in limine il ricorso che “indubie atque evidenter aliquo careat praesupposito”. Si parla quindi di presupposto e non di fondamento e i quattro casi, elencati a titolo di esempio, non si riferiscono esplicitamente al merito della causa.

1. Comunque, riguardo al “significato proprio” della parola “presupposto”, si nota una certa ambiguità nel senso che essa può riferirsi anche al merito della causa, ossia al fondamento, al *fumus boni iuris*:

– infatti il terzo esempio indicato nell’art. 76, § 1 come mancanza del presupposto, ossia “haud exstat lex, quae asseritur violata” può sotto certi aspetti essere considerato come mancanza del fondamento *in iure* (al riguardo però cf. la nota 1, alla pag. 1).

– inoltre, nelle decisioni emanate sia prima del 1 nov. 2008 (allora *praeter legem*), sia dopo quella data (*ad normam legis*), non sempre è facile distinguere fra il rigetto per mancanza del presupposto e mancanza del fondamento. In quattro decisioni di rigetto *in limine* prima del 2008 in parte motiva si parla esplicitamente della mancanza del *fondamento* in favore dell’addotta violazione della legge, mentre nella parte dispositiva si parla del rigetto *in limine* “ob evidentem defectum *praesupposti*” (p. 20 insieme con nt. 36). Anche la sopra citata decisione del Congresso del 13 nov. 2009 indica la mancanza del fondamento come mancanza del presupposto.

A causa di tale ambiguità o elasticità della parola “presupposto”, non ha alcuna utilità il confronto con i menzionati artt. 83 e 108 dove si trova l’espressione “caret praesupposito vel fundamentum”, tanto più che la particella “vel”, diversamente che “aut”, non ha di per sé senso disgiuntivo.

In realtà, oltre ai *presupposti formali* di un ricorso, c’è anche un *presupposto sostanziale*, ossia la mancanza del “*fumus boni iuris*”, in quanto non può essere giudicata alcuna causa, nella quale manca un tale “*fumus*”. L’art 76, § 1 non precisa che si deve trattare di un presupposto *formale*.

2. Prendendo poi in considerazione il fine della LP, cioè la desiderata semplificazione, la celerità, l’omissione delle cose inutili, il rilievo da dare alla giustizia sostanziale piuttosto che alle formalità, nonché le circostanze nelle quali la legge è sorta, si deve notare che la facoltà di poter respingere *in limine* il ricorso che “indubie atque evidenter caret fundamentum”, appare molto

utile in quanto: promuove una giusta economia procedurale, evitando i processi ordinari nelle cause futili, prive di ogni fondamento, nonché le inutili e nocive dilazioni; costituisce un atto di carità verso la parte ricorrente, alla quale viene indicata la futilità della causa, così che essa possa meglio valutare se vale la pena di proseguire la causa ed assumersi maggiori spese; se la parte ricorrente non insiste anche la parte resistente non deve spendere soldi per difese ed energie nelle cause futili.

Quest' utilità viene confermata dal gran numero di cause nelle quali il rigetto *in limine* non è stato seguito da un ulteriore ricorso, e dal fatto che in quelle in cui è stato proposto un ulteriore ricorso, esso si è dimostrato poi sempre inutile.

3. Penso che, in ordine alla nostra risposta, c'entrino anche elementi che riguardano l'intendimento del Legislatore (*mens legislatoris*). Vorrei ricordare tre elementi della sopra delineata storia:

– Quando nel 2007 è stata proposta una formulazione più breve dell'art. 76, § 1, e che esplicitamente menzionava il “fondamento”: “*Secretarius suo decreto recursum in limine reicit, si statim indubie et evidenter apparet eum carere praesupposito vel quocumque fundamento...*”, nella discussione è stato affermato che il testo non escludeva il rigetto *in limine* quando il ricorso appariva privo di fondamento.

– Nella Plenaria del 2007 nella presentazione dello schema si è notato che nell'art. 76, § 1 “il concetto di presupposto risulta ampliato [...] in correlazione con l'oggetto del rigetto in Congresso, quale assenza di presupposto o fondamento (art. 83, § 1)”. Questo è stato ripetuto nella presentazione dello schema al Santo Padre.

– Nella presentazione dello schema al Santo Padre si parla esplicitamente “di ricorsi che già sono stati giudicati dal Segretario *in limine* come evidentemente sprovvisti di fondamento”.

Quindi il concetto più ampio del presupposto – comprendente cioè non soltanto i presupposti *formali*, ma anche quello *sostanziale*, ossia “*fumus boni iuris*” – in riferimento all'art. 76, § 1, è stato prospettato durante la formazione della LP e come tale è stato presentato al Santo Padre. Il Santo Padre ha conosciuto quindi tale *mens* facendola sua.

Di conseguenza la mia risposta al primo dubbio è affermativa, scilicet quod *Secretarius H.S.T. recursum contentiosum administrativum in limine reicere potest qui indubie et evidenter fundamentum careat*.

Il secondo dubbio

Utrum, necne, decretum Congressus actum Secretarii eiusmodi in casu confirmans impugnari possit (cf. artt. 76, § 4 et 84 LP).

Se al primo dubbio la risposta è affermativa, ossia che nel concetto del “presupposto” entra anche l'indubbia ed evidente mancanza del fondamento, la risposta al secondo dubbio appare ovvia, cioè: “*decretum, quo*

Congressus reiectionem in limine confirmat, nulli iuris remedio est obnoxium”.

Anche se il Segretario respinge il ricorso a norma dell’art. 76 per mancanza di fondamento si può soltanto ricorrere al Congresso, e riguardo ad un ulteriore ricorso, ripeto, la norma è chiara: “decretum, quo Congressus reiectionem in limine confirmat, nulli iuris remedio est obnoxium”.

Quindi la mia risposta al secondo dubbio è: negative, scilicet quod decretum, quo Congressus reiectionem in limine etiam ob defectum fundamenti confirmat, nulli iuris remedio est obnoxium, ad normam artt. 76, § 4 et 84 LP.

CONCLUSIONE

Avendo presenti sia le garanzie processuali sia il fatto che il Segretario può respingere il ricorso *in limine* solo quando il difetto è “indubbio ed evidente”, non penso che si possa dare rilevanza all’osservazione che nei casi di mancanza del *fumus boni iuris* le questioni sono spesso più complesse che quella della mancata osservanza di qualche formalità. Infatti – ripeto – il rigetto *in limine* può avere luogo soltanto se il difetto è *indubbio ed evidente*.

IL PROBLEMA DEL MALE NELLA RIFLESSIONE CANONISTICA*

ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ

SOMMARIO: 1. Il male e il Maligno nel pensiero cristiano. – 2. La valutazione morale nel linguaggio giuridico degli stati e in quello della Chiesa. – 3. Buona fede e mala fede in diritto canonico. – 4. La legge cattiva e la responsabilità umana. – 5. Conclusioni.

1. IL MALE E IL MALIGNO NEL PENSIERO CRISTIANO

Si è detto spesso, e non senza ragione, che ogni religione è strettamente connessa al problema del male, addirittura che ogni religione – per esistere – ha bisogno che il male ci sia, che venga percepito e creduto.

Tuttavia, per quanto riguarda la religione cristiana, il problema è un po' diverso.

La filosofia (cristiana o meno) costruisce categorie, formula astrazioni, esprime concetti. In questo ambito si può parlare del male "in sé". La fede fa un altro percorso, la fede ha una rivelazione che parla di bene, non di male e accetta e conosce il male come carenza, come limite intrinseco connesso alla creaturalità.

La teologia cristiana, a sua volta, rifugge dalla speculazione sul Male (con l'iniziale maiuscola). Il rischio è enorme: è quello di porre un principio alternativo e di pari livello del Bene assoluto, di Dio. L'eresia è antica, ma si ripropone periodicamente, anche se viene – ogni volta – individuata e condannata.

Nella Scrittura non c'è un principio metafisico di male. Dio guarda la creazione e vede che tutto è buono, guarda l'uomo e si compiace, vede che adesso, con l'ingresso della creatura libera e pensante, il creato è completo: è "molto buono". Naturalmente non è perfetto: il creato non è il Creatore. E il male entra nell'Eden, ma non come una divinità, ma come un animale strisciante.

Satana non solo non è Dio, ma non è neanche un dio. È una creatura, ribelle, peccaminosa, punita. Pur tuttavia, è puro/impuro spirito, e quindi immortale e quindi potente ("era il più astuto di tutti gli animali"¹). È un

* Pubblicato in *Sociologia*, 43/3, pp. 11-16.

¹ *Genesi*, 3,1.

individuo, ma non è solo, ha non pochi seguaci, altrettanto spirituali, altrettanto attivi (“il mio nome è Legione”²).

L’individuo-demoniaco ha moltissimi nomi, alcuni specifici della tradizione ebraica (Satana, Belzebù), altri echeggiati dal mondo classico (il demone, Lucifero), ma fondamentalmente – nel cristianesimo – è il diavolo (forse anche il Diavolo) il separatore, il divisore, colui che spezza l’unità uomo-Creatore, uomo-donna, uomo-società.

Qui entra a proposito il punto di vista della Chiesa. La Chiesa, società – comunità – *communio*, ha nel principio di divisione il suo antagonista. Ma ancora una volta, non c’è un principio astratto di male, ci sono uomini che possono essere tentati dal male. Non erroneamente la Commissione Teologica (emanazione della Congregazione per la Dottrina della Fede) traduce “libera nos a malo”, come “liberaci dal Maligno” e – più verisimilmente, dato che non è pensabile che ci vengano risparmiate delle tentazioni – “non permettere che soccombiamo alla tentazione del male”.

Come si riflette questa prospettiva nel diritto canonico?

Si può dire, innanzi tutto, che questa impostazione teologica permette al diritto canonico, anche nel delineare i suoi concetti e i suoi istituti più tecnici, di non rifiutare una qualificazione delle realtà dell’ordinamento che implichi un giudizio morale, o comunque di valore. Accade di frequente, pertanto, nel *codex iuris canonici* di trovare, accanto ai sostantivi tipici dell’universo giuridico, aggettivi qualificativi non familiari al linguaggio normativo degli stati moderni. Si può citare la “vera uguaglianza”, la “giusta libertà”, il dovere “gravissimo” e il diritto “primario”³ e gli esempi potrebbero essere numerosi. Non va taciuto, naturalmente, che non manca in alcune di queste espressioni una preoccupazione politica da parte del legislatore ecclesiastico che sembra volere, in più di un caso, temperare la portata di concetti sentiti come potenzialmente pericolosi, ove inseriti nel tessuto delle norme canoniche, specialmente se si tratta di termini provvisti, ormai, di una coloritura “secolare”, non privi quindi di pericoli di fraintendimento per la compagine ecclesiale. In queste ipotesi è tendenza costante (e spiccatamente curiale) accompagnare a sostantivi di così impegnativa portata concettuale (uguaglianza, libertà...) un attributo di grande risonanza ideale (vera, giusta...), ma destinato in realtà “facendo aggio sul sostantivo” a temperare e smorzare l’incisività del principio stesso.⁴

Ma quale che sia l’intento, più o meno consapevole del legislatore, una cosa risalta con evidenza, che l’ordinamento canonico non ha alcuna difficoltà né disagio a trasferire nel linguaggio giuridico termini e attributi che allu-

² Marco, 5, 9.

³ Rispettivamente can. 208, 218, 226.

⁴ PIERO BELLINI, *Libertà e dogma*, Bologna, 1984, p. 201; ANGELA M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino, 1999, p. 120.

dono con immediatezza a dei valori, anzi comportano una autentica valutazione di tipo etico. Si può dire anzi che ad ogni norma della Chiesa è sotteso un giudizio di questo genere e non potrebbe essere altrimenti, se il diritto canonico ha un senso definitivo nel tendere alla *salus animarum*.

2. LA VALUTAZIONE MORALE NEL LINGUAGGIO GIURIDICO DEGLI STATI E IN QUELLO DELLA CHIESA

Il bisogno di qualificare gli istituti e le situazioni giuridiche con termini che alludono a dei valori e quindi implicano un possibile giudizio “buono/cattivo” non è altrettanto intenso, anzi a rigore dovrebbe essere estraneo agli ordinamenti statali.

In effetti, il linguaggio del legislatore civile, quando affianca a termini e categorie prettamente giuridiche aggettivi che rimandano a connotazioni etiche o filosofiche, appare, in certo modo, in difficoltà. Solo quando si tratta di espressioni rese tradizionali dal prestigio del diritto romano, non sembrano sorgere problemi e l’evocazione della “buona fede” o del “buon padre di famiglia” non disturba, per così dire, né il legislatore, né gli interpreti. Negli altri casi, emerge spesso la necessità di chiarimenti e spiegazioni, si direbbe che il pensiero giuridico davanti a norme così connotate, senta quasi il bisogno di offrire giustificazioni.

Un esempio tipico, per ciò che riguarda l’ordinamento italiano, è offerto dalla innovazione riguardante l’art. 111 della Costituzione,⁵ che ha immesso formalmente nel testo della nostra Carta fondamentale il principio del c.d. giusto processo. Benché siano trascorsi dieci anni dall’inserimento – nel testo dell’art. 111 – dei cinque nuovi commi che sanciscono gli elementi indeffettibili di un processo perché risulti costituzionalmente giusto, è singolare, ma anche significativo, che ancora gli autori si riferiscano ad esso indicando sempre come il “giusto processo” tra virgolette, come per sottolineare una qualche riserva, una qualche perplessità ad usare questa espressione (obiettivamente alquanto estranea al linguaggio dei giuristi e specialmente dei processualisti, che nella grande maggioranza sono tributari di un impianto teoretico fortemente positivista).

Correttamente alcuni dei maestri della materia, già dalla metà del secolo scorso, avevano fatto notare che le linee guida della nostra Costituzione riguardanti il processo sembravano implicare un tipo di giudizio più simile al *due process of law* del mondo anglosassone, che al tipo di processo presente nella tradizione italiana.⁶ E tuttavia, al fondo delle istanze degli ordinamenti

⁵ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

⁶ PIETRO CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, pp. 46 ss.; MAURO CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 1284 ss.

anglosassoni che apertamente e tradizionalmente esigevano un “giusto e leale processo”⁷ c’era, nel solco della Costituzione americana, una robusta ascendenza di diritto naturale (“laico” e “democratico” quanto si voglia) che permetteva al legislatore e ai giudici di parlare di un giudizio giusto, dovuto e doveroso, senza sentire il bisogno impellente di mettere edulcoranti virgolette. Una tale eredità teoretica è invece da tempo stata rigettata dalla cultura giuridica italiana, che non può che tradurre il giusto processo in un iter procedurale ancorato a dati positivi ben determinati: il contraddittorio tra le parti (in condizioni di parità, precisa l’art. 111), davanti ad un giudice terzo e imparziale e con una ragionevole durata.

Ben poco di queste esigenze si ritrova nel diritto canonico. Da sempre consapevole che il *iudicium*, come ogni evento umano, può essere viziato e iniquo, il diritto canonico classico non ha mai parlato di giusto processo, ma di *iustus iudex*, mettendo in evidenza ben più che la corretta procedura, l’uomo stesso, con la sua coscienza e responsabilità.

E si potrebbe dire – sulla scia delle fantasiose etimologie di Isidoro di Siviglia – che se il *rex* è tale *a bene regendo*, il giudice è tale *a iuste iudicando*. L’etimologia medioevale, lontana da qualunque corretta filologia, appare come uno svelamento del senso profondo della istituzione, della sua intima razionalità.

È interessante notare, a questo proposito, che anche nei lavori per la codificazione canonica del 1917 (il primo codice in senso moderno della Chiesa), lavori che hanno segnato culturalmente il momento di massimo avvicinamento degli schemi canonistici alle tipologie degli ordinamenti laici e la massima valorizzazione delle categorie astratte e formali dei codici degli stati contemporanei, durante l’elaborazione del Libro IV *De processibus*, l’autore di uno degli schemi preparatori più prestigiosi (Many) aveva sempre preferito – nei canoni *De iudice* – mettere in luce il profilo del dovere morale del giudice di ben giudicare, di *definire quod iustum est*, rispetto al profilo tecnico della osservanza della procedura. Al punto che uno dei consultori aveva obiettato che insistere tanto sul dovere di giustizia a proposito della condotta del giudice sembrava sottintendere “che tutti erano cattivi”.⁸

Di fatto, poi, il riferimento esplicito all’*officium iudicis* come *munus* teso a definire ciò che è giusto scomparve nei canoni *de iudice* del cjc 1917, ma l’attenzione alla qualità umana, all’adesione del giudice alla virtù cardinale della giustizia non poteva venir meno. Il giudice di un ordinamento laico – prendendo fondamentalmente ad esempio il caso del diritto italiano – è identificato dal possesso di un accertato livello di preparazione tecnica, si-

⁷ PAOLO BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 287.

⁸ JOAQUÍN LLOBELL - ENRIQUE DE LEÓN - JESÚS NAVARRETE, *Il libro “De processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, I, Milano 1999, p. 942.

gillato definitivamente dal superamento di un concorso pubblico, al giudice canonico – che in definitiva è il vescovo o un suo vicario o un membro del collegio giudicante da lui scelto – viene richiesto in primo luogo di essere *probatae vitae* e solo dopo *in iure canonico peritus*.

Va detto, per tracciare un quadro non troppo parziale, che recenti norme canoniche cominciano a parlare di *aequus processus*, nella tendenza a garantire più intensamente i diritti naturali delle persone (dei fedeli, ma non solo, dal momento che – secondo il can. 1476 – “chiunque, sia battezzato, sia non battezzato, può agire in giudizio”). Ma, leggendo con attenzione la portata testuale di queste innovazioni e i commenti che le accompagnano, appare chiaro che questa mimesi terminologica degli ordinamenti laici ha riguardo ai sempre più frequenti contatti di sentenze e pronunce dei tribunali della Chiesa con ordinamenti “esterni” e mira fondamentalmente ad evitare fraintendimenti e condanne, del genere di quelli avvenuti in anni recenti.⁹ Molto meno presenti in questo tipo di impostazione e di linguaggio appaiono invece i valori di fondo dell’ordinamento canonico, da sempre abituato a relativizzare le garanzie formali della “giustizia”, nella tensione ineliminabile verso la sostanza vera della norma, perennemente da ripensare e modellare.

3. BUONA FEDE E MALA FEDE IN DIRITTO CANONICO

Tradizionalmente presente negli ordinamenti giuridici occidentali da oltre duemila anni, il concetto di buona fede e – per ovvia contrapposizione – quello di mala fede, è rilevante anche in diritto canonico, dove assume però una diversa pregnanza di significato. A lungo studiata, e non sempre definita in modo conclusivo, la portata del concetto di *bona fides* in diritto romano e il suo discusso spostamento di significato nel passaggio all’Età di mezzo, ha interessato i migliori canonisti intorno alla metà del secolo scorso.¹⁰ Nel diritto e nel linguaggio giuridico della Chiesa, comunque, è notevole la sproporzione quantitativa tra l’approfondimento teorico della *bona fides*, cioè dell’aspetto positivo, fisiologico, delle relazioni tra gli uomini (buona fede che viene debitamente e frequentemente citata, ma non trova uno spazio originale canonisticamente significativo) e la riflessione sul suo contrario, la

⁹ AA.Vv., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 20 luglio 2001* (giornate di studio dell’Università di Teramo), Milano, 2004; HÉCTOR FRANCESCHI – JOAQUÍN LLOBELL – MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della “Dignitas Connubii”*, Roma, 2005, in cui si vedano specialmente i saggi di Joaquín Llobell e di Grzegorz Erlebach.

¹⁰ Sulla scia o in contrapposizione alla teoria sulla buona fede in diritto canonico che Francesco Ruffini aveva indagato alla fine del XIX secolo, Luigi Scavo Lombardo e Pio Fedele, offrono due diverse e contrapposte letture dell’istituto canonistico della *praescriptio acquisitiva*, dove le divergenze derivavano proprio dal diverso peso attribuito all’elemento interiore del possessore.

mala fede, appunto, che segna invece un momento tipico nelle situazioni in cui il male morale si rispecchia e spiega effetti nel mondo giuridico.

Nel mondo romano arcaico, la *fides* era, più ancora che un elemento religioso, addirittura una divinità, il *fidei numen*, il cui culto si fa risalire ai tempi regi. E anche più tardi, nel momento dello sviluppo dell'imperialismo romano, la *fides publica*, la *fides populi romani* è sempre considerata ed esaltata come una virtù. È nella disciplina dei rapporti tra privati, invece, che dal significato di *constantia et veritas*¹¹ (criterio normativo di comportamento) si passa gradatamente al valore soggettivo e psicologico di assenza di *fraus*, di non consapevolezza di ledere il diritto altrui.

Appunto questo significato soggettivo dominerà la visione canonistica, intimamente e inevitabilmente legata alla rilevanza del foro interno. Qui però la prescrizione (acquisitiva o estintiva, che sia) in campo privatistico, il sorgere della *consuetudo contra legem* nell'ambito ordinamentale, esigono non solo una generica buona fede, ma richiedono come condizione essenziale l'assenza di peccato.¹² Il concetto di male morale e il termine teologico che lo esprime appaiono nel pensiero dei canonisti un elemento totalmente pervasivo. Dirà, con icastica brevità, la Glossa al *Decretum* “*omne quod non est ex fide, peccatum est*”.¹³ E questo principio è denso di conseguenze giuridiche rilevanti e persino – in una prospettiva di diritto laico – eccessive e quasi inammissibili. Si pensi che mentre gli altri ordinamenti (tutti gli altri ordinamenti) sanciscono che negli atti giuridici per cui il legislatore ha stabilito la necessità della buona fede, si deve avere riguardo alla buona fede iniziale, non rilevando l'eventuale venir meno di questa nel decorso del tempo richiesto dalla legge, il diritto canonico classico afferma, almeno come principio generale, che *mala fides superveniens nocet*. Eppure è innegabile che alla sensibilità giuridica moderna sembri non solo accettabile, ma anche sostanzialmente giusto che, ove l'atto iniziale da cui decorre il termine richiesto sia stato posto in buona fede, non debba più essere rilevante l'eventuale mutamento di un fatto interno, psicologico, quale appunto la conoscenza o non conoscenza del diritto altrui. Qui, nella valutazione ponderata delle diverse situazioni, prevale agli occhi dell'ordinamento civile la tutela delle certezze legali, della stabilità dei rapporti e in conclusione della certezza del diritto, soprattutto quando tale certezza – come avviene di regola nei fatti negoziali di diritto privato – sia connessa a equilibri economici.¹⁴

Ma la vera esigenza canonistica della norma sulla *mala fides superveniens*

¹¹ CICERONE, *De officiis*, I, 7,23.

¹² PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962, cap. v.

¹³ Glossa *Neque* al c. 16, C. 22, q. 1.

¹⁴ La rilevanza negativa della mala fede sopravvenuta non è un mero ricordo storico, l'attuale can. 198 recita: “Nessuna prescrizione ha valore, se non è fondata sulla buona fede, non solo all'inizio, ma per tutto il decorso del tempo richiesto per la prescrizione”.

è estranea a questa prospettiva e ripropone con chiarezza la propria visione: la mala fede non può essere che peccato e non si dà diritto dove esso sia congiunto al peccato. In questa ottica, quindi, come ha scritto l'autore che più profondamente ha studiato e compreso questi problemi, il diritto della Chiesa "metteva sopra a tutte le considerazioni d'utilità privata o pubblica quella dell'esistenza o meno del peccato".¹⁵

Ecco, dunque, che non tanto il male in sé, ma l'uomo peccatore vede il suo agire (ma qui – in una dimensione interiore – addirittura il suo conoscere e il suo pensare) riflettersi e rifluire in conseguenze giuridiche, la sua *scientia* del diritto altrui trasformarsi in fatto di *conscientia* e come tale cadere sotto la valutazione, definitiva, della Chiesa.

4. LA LEGGE CATTIVA E LA RESPONSABILITÀ UMANA

Non di rado, nel diritto canonico classico, della grande stagione della cultura ecclesiastica medievale, si pose il problema di un male potenzialmente e insidiosamente insito nelle leggi stesse, nelle disposizioni normative pur promananti dal legislatore legittimo, dal *princeps*.

Se infatti anche le norme umane legittimamente poste potevano essere inique se contrarie al diritto naturale, *naturaliter iniustae*, e ciò nonostante esse andavano, di regola, osservate, ben più gravi e più condannabili erano quelle leggi che apparissero contraddire, in tutto o in parte, ai valori dello spirito, a mettere a rischio il *bonum animae quod est maximum*, traendo in errore le coscienze o imponendo il compimento di atti in sé malvagi. Per queste leggi, non solo inique, ma specificamente scandalose, *enutritivae peccati*, veniva meno addirittura l'obbligo – sancito in modo intensissimo, all'epoca – della ubbidienza comunque dovuta al sovrano, anche cattivo, e si proclamava il dovere ineludibile dei cittadini-fedeli di opporre una ferma obiezione di coscienza.¹⁶

Anche in questo caso, non siamo di fronte solo ad evenienze legate ad un mondo scomparso, il conflitto tra quello che la Chiesa può sentire come contrario alla sua visione sociale e persino al diritto divino e quello che gli ordinamenti civili possono ritenere giuridicamente legittimo e politicamente opportuno si è posto, talora con accenti molto aspri, anche in anni recenti.

Eppure, sul piano della responsabilità personale, la legge, anche *enutritiva peccati*, non funziona mai automaticamente, spetta sempre al singolo fare in modo che una norma – astrattamente sentita dalla Chiesa come possibile strumento di male, addirittura di dannazione – risulti poi tale anche in pra-

¹⁵ PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 351.

¹⁶ PIERO BELLINI, *La coscienza del principe*, Torino, 2000, I, pp. 346-372.

tica; è sempre necessario che il singolo si serva concretamente della norma iniqua per fare il male, quel male che, in ogni caso, data la presenza imprescindibile del libero arbitrio, egli avrebbe potuto evitare.

Mi sembra connessa a questa prospettiva, anche se dall'ambito del diritto canonico bisogna passare piuttosto al campo della storia politica, la riflessione di Alessandro Manzoni sui processi penali del XVII secolo, nel suo saggio sulla storia della Colonna Infame.¹⁷ Spesso poco capito e poco apprezzato, apertamente condannato da spiriti giacobini antichi e nuovi,¹⁸ il Manzoni politico è stato di recente ristudiato, collocato nella giusta prospettiva negli ambiti della filosofia politica e quindi rivalutato da un finissimo studioso,¹⁹ come uno dei maggiori pensatori del suo secolo, non solo in ambito italiano, ma europeo.

A proposito dell'argomento dei processi agli untori, non c'è dubbio che il punto di vista dello scrittore cattolico si distacchi fortemente da quello del Verri e dalle sue "Osservazioni sulla tortura",²⁰ testo che egli conosceva in profondità e da cui si allontana e che spesso contraddice, non perché non ne condivida uno dei punti di base, la condanna della tortura come strumento giudiziario ("assunto – commenta l'autore – nobile e umano") ma perché vuole riprendere l'argomento "con diverso intento". E l'intento di Manzoni è limpido e limpidamente dichiarato: far capire che qualunque istituzione pubblica, qualunque previsione legislativa – per quanto iniqua – non ha forza sufficiente a determinare, di per sé, il male, è necessario per questo esito che vi siano uomini, le cui "passioni perverse" provocano "atti iniqui".²¹

La differenza di prospettiva tra i due autori è manifesta: le "Osservazioni" di Verri sono un saggio politico a tema, il risultato cui tende l'autore illuminista è che la ragione possa dimostrare che "è cosa ingiusta, pericolosissima e crudele l'adoperar le torture",²² il caso dei processi milanesi agli untori è solo un esempio, per quanto clamoroso, del suo assunto.

Del tutto diversa l'ottica manzoniana, la sua opera è un saggio di filosofia e di morale politica, l'attenzione – pur partendo dagli stessi documenti giudiziari – è specificamente puntata su quegli imputati, su quei giudici, sulla

¹⁷ ALESSANDRO MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, (1 ed. 1840), in *Tutte le opere*, (a cura di Alberto CHIARI - Fausto GHISALBERTI), II, Verona, 1954.

¹⁸ Basti citare, come esempio di un giudizio ideologicamente connotato fino ad assumere accenti poco comprensibili in un profondo studioso, la descrizione di Manzoni come "uno Zdanov dedito a messe, giaculatorie, letture pie..." (Franco CORDERO, *La fabbrica della peste*, Bari, 1984).

¹⁹ MARIO D'ADDIO, *Manzoni politico*, Marco ed., Lungro di Cosenza, 2005.

²⁰ PIETRO VERRI, *Osservazioni sulla tortura* (1 ed. 1804), Biblioteca dei classici italiani di G. Bonghi, 1996.

²¹ ALESSANDRO MANZONI, *Storia della Colonna infame*, Introduzione.

²² PIETRO VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Introduzione.

possibilità che in quei processi si potesse giungere – pur con l'ignoranza scientifica sui contagi, pur con la previsione legislativa della tortura – ad un risultato diverso, se solo coloro che inquisivano e giudicavano non si fossero, colpevolmente, accecati. I peccati dei giudici hanno nomi precisi, sono “la malignità e il furore”, identiche, però, le colpe della moltitudine, che agli occhi di Manzoni non è scusata né dall'ignoranza, né dal diffuso panico che accompagna ogni epidemia. Anche la povera folla milanese è composta da uomini, anche questi uomini sono dotati di ragione e di coscienza, anche essi sono liberi di non fare il male. Se lo compiono e se inducono altri a compierlo, ne risponderanno, se non ad altri, se non alla Storia, quanto meno all'ultimo e definitivo Giudice.

Possiamo ora riflettere, in conclusione, sui motivi per cui questo pacato e breve saggio, da cui si potrebbe tranquillamente dissentire o che si potrebbe altrettanto facilmente ignorare, come documento di tempi e di idee sorpassate, continua tuttora a suscitare non di rado reazioni stizzite e astiose. I motivi, a mio parere, sono di due tipi, uno – per così dire – personale, legato cioè al Manzoni uomo, l'altro invece ideologico. È sembrato sempre, ad una certa cultura laica, una cosa fastidiosa e leggermente imbarazzante che un uomo che aveva avuto come nonno Cesare Beccaria e come probabile zio (sia pure “zio naturale”) Pietro Verri, non solo non fosse (o meglio avesse cessato di essere) un illuminista, ma per di più, con un *révére* politicamente scorretto, fosse diventato lo scrittore cattolico per eccellenza, un autore di cui si sono potute contestare molte cose, ma di cui è sempre stato difficile negare la qualità letteraria e il livello del pensiero. Già questo “peccato” (non stiamo, appunto, parlando di peccati?) meritava, agli occhi di una critica non poco ideologica, un giudizio severo.

Ma se su questo si potrebbe sorridere, forse un altro punto dei ragionamenti manzoniani nel saggio sulla Colonna infame è più seriamente e sotteraneamente sgradito alle opinioni correnti, perché in sostanza più teoricamente impegnativo, vale a dire la sua difesa della “consolante” idea della libertà e della responsabilità del singolo contro la visione nichilistica del male senza responsabili e senza riscatto. Scrive Manzoni: “... Se, in un complesso di fatti atroci dell'uomo contro l'uomo, crediam di vedere un effetto de' tempi e delle circostanze, proviamo, insieme con l'orrore e la compassione medesima, uno scoraggiamento, una specie di disperazione. Ci par di vedere la natura umana spinta invincibilmente al male da cagioni indipendenti dal suo arbitrio, e come legata in un sogno perverso e affannoso, da cui non ha mezzo di riscuotersi, di cui non può nemmeno accorgersi” e più oltre, in modo straordinariamente e sinteticamente espressivo, egli conclude: “rimane l'orrore e scompare la colpa”.

È dunque la visione cristiana del male come peccato, così profondamente sentita da Manzoni, che, ancora una volta, appare “segno di contraddi-

zione”, ma anche, paradossalmente, segno di una, almeno possibile, liberazione.

5. CONCLUSIONI

Infine vorrei, per concludere, porre un problema legato all’attualità e al linguaggio con cui essa si esprime.

Oggi, il nuovo diritto della società globalizzata o “mondializzata” ha più o meno tendenza a qualificare in senso etico i suoi istituti?

In verità, malgrado le apparenze, e malgrado i più vistosi effetti di una ineguale secolarizzazione, negli ultimi tempi la tendenza sembra di frequente quella di agganciarsi a valutazioni morali per valutare i fatti sociali ed in particolar modo economici.

Di fronte all’inquietudine, talvolta al panico, dovuti alla crisi dell’economia (una crisi che è parsa dilagare in modo inarrestabile: crisi delle banche, crisi delle borse, crisi del mercato, crisi dell’occupazione, crisi temuta, infine, di tutto il mondo occidentale), ciò che è stato scritto e pubblicato negli ultimi mesi ha perso il tono asettico e tecnico con cui eravamo abituati a confrontarci su questi temi. Per esserne convinti, basta che riflettiamo sui termini frequentemente usati dai media. Si è parlato di meccanismi “perversi” o viceversa “virtuosi” dell’economia, di titoli azionari “tossici”, di managers – di conseguenza – non tanto incompetenti, quanto “cattivi”, e come tali da indicare al disprezzo e persino alle aggressioni popolari, autentici nuovi untori di una pandemia, più temuta della antica peste.

Insomma, il male torna ad interpellare la società della tecnica e con la paura si torna a condannare l’individuo, che per quasi un secolo si era felicemente deresponsabilizzato, scaricando tutte le colpe sui meccanismi sociali, sulle strutture economiche capitalistiche o – come usava dire qualche decennio fa – sul sistema.

Il pensiero cristiano e di conseguenza la prospettiva canonistica continuano, da parte loro, a valutare l’uomo e la sua condotta, anche giuridica, anche economica e politica, *sub specie peccati*.

Anche se la riflessione odierna, in campo cattolico, tende ad evocare assai raramente (troppo raramente) questo concetto in modo esplicito, sembra che ormai sia la spinta delle realtà sociali e politiche ad imporre la convinzione che la regolarità formale di un comportamento, la sua rispondenza alle astratte “regole del gioco” non lo può sottrarre ad un eventuale giudizio negativo e, se ne è il caso, ad una aperta e diretta condanna.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

IL CODICE DI DIRITTO CANONICO DEL 1917 QUALE OGGETTO STORICO*

I. IL CIC '17 IN PROSPETTIVA STORICA

1.

NEL 1905, Ulrich Stutz, chiese una separazione del diritto canonico vigente dalla sua storia come requisito per poter studiare quest'ultima con metodo scientifico. È noto come questa richiesta sia stata soddisfatta indirettamente con la promulgazione del primo Codice di Diritto Canonico nel 1917 e con la legislazione successiva sul modo in cui dovesse essere insegnato nelle facoltà. La promulgazione del codice pio-benedettino permise, infatti, la consolidazione della scienza storico-canonica, ammirevolmente elaborata sui criteri critici da Stephan Kuttner qualche decennio dopo.

La promulgazione del nuovo Codice di Diritto Canonico nel 1983, con le sue peculiari caratteristiche di "traduzione al linguaggio giuridico" della ecclesiologia del Vaticano II, avrebbe segnato anche la possibilità di studiare il CIC '17 quale oggetto storico; non soltanto perché non è più vigente, ma anche perché il codice pio-benedettino risponderrebbe a un contesto ecclesiale e culturale ormai superato dopo la celebrazione dell'ultimo Concilio. La non vigenza e la distanza dal suo contesto originario permetterebbero, quindi, di studiarlo secondo il metodo storico.

Il volume che adesso si commenta è un tentativo riuscito di situare il CIC '17 definitivamente nel campo della storia. Tentativo fatto da chi in precedenza ha dimostrato la sua competenza in ambito storico. Carlo Fantappiè, professore ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino, ha pubblicato uno dei pochi manuali sintetici disponibili sulla storia del diritto canonico e numerose ricerche sulla prima codificazione canonica, che trovano in questa lunga monografia il loro culmine.¹ Deve già anticiparsi che la sua competenza storica risulta evidente sin dalle prime pagine.

* A proposito del volume di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano 2008.

¹ C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003. Vedi la mia recensione su *Ius Ecclesiae* 16 (2004) pp.276-277, in cui non sono del tutto d'accordo con il punto di vista di Fantappiè su alcune questioni ecclesiologiche. I suoi studi precedenti sulla prima codificazione possono trovarsi nella bibliografia della monografia che adesso commentiamo.

2.

Studiare il CIC '17 in prospettiva storica ha significato per Fantappiè non soltanto affrontare il processo immediato di elaborazione del codice, questione da lui e da altri studiata in precedenza anche se in modo solo parziale,² ma ha anche inquadrato la nascita del codice nel lungo percorso della modernità giuridica, sorta nella Chiesa dopo il Concilio di Trento. Questa scelta metodologica, sulla quale ci soffermeremo più avanti, ha avuto come prima conseguenza quella di offrirci una preziosa e direi unica sintesi su un periodo della storia del diritto canonico mai affrontata in modo complessivo. L'ovvia importanza del diritto canonico di quel periodo per poter capire quello vigente, fa sì che quest'opera sia un punto di riferimento imprescindibile, anche in modo indipendente dalla questione concreta della codificazione del '17.

Il rigore metodologico con cui si è condotta questa indagine storica non è stato, però, posto soltanto al servizio dell'erudizione sul passato, ma ha anche un esplicito riferimento al presente. Per l'Autore, studiare il CIC '17 in prospettiva storica, significa anche una sorta di "liberazione" del diritto canonico attuale dai condizionamenti ecclesiali e culturali che stanno alla base della prima codificazione canonica. Condizionamenti non del tutto superati per la continuità dell'insegnamento compiuta dagli stessi professori e dello stesso metodo esegetico su un nuovo diritto veicolato, però nella forma del "codice". Questa "liberazione" è considerata da Fantappiè veramente necessaria, essendo questa monografia, il suo personale contributo perché possa accadere.³

L'opera che adesso si commenta, quindi, come qualsiasi ricerca storica, è cantiere di informazioni preziose, nonchè interpretazione di esse. Interpre-

² J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *Il libro "De processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Vol. I, Milano 1999.

³ "Conquistare il codice canonico al dominio della storia resta, dunque, un obiettivo di primaria importanza non solo e non tanto per gli storici delle codificazioni, ma anche e soprattutto per i canonisti che si trovano ad insegnare o ad interpretare il diritto della Chiesa. Dopo l'aggiornamento dei canoni e il rinnovamento dell'impostazione generale voluti dai padri del Vaticano II, essi continuavano a sentirsi gravati nel loro movimento dalla pesante tutela della Scuola esegetica e ad avere il loro orizzonte limitato dal diaframma del codice pio-benedettino. Un diaframma solamente in apparenza neutro e privo di retaggi dottrinali e culturali, ma in realtà densissimo di premesse filosofiche, ecclesiologiche e giuridiche che l'opera di depurazione e di formalizzazione compiuta dai redattori ha volutamente celato per poter elevare il diritto canonico all'altezza della scienza giuridica secolare" (FANTAPPIÈ, XXVI). Fino a che punto condivide questa affermazione generale, anche se con delle sfumature che si apprezzeranno soltanto nel corso di questo studio, si può vedere in N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, "Derecho Canónico y codificación: alcances y límites de la asunción de una técnica", in *Ius Canonicum* 51 (2011), 105-136.

tazione che, pur fondata sulla realtà storica studiata, è suscettibile di discussione, che dovrebbe anche aiutare a comprendere il nostro presente e le sfide che oggi si pongono davanti a chi si dedica al diritto canonico.

Ragion per cui, in questo articolo si tenterà di stabilire un dialogo con le posizioni dell'Autore. Dialogo che si fonda nell'accettazione dei dati storici da lui presentati in modo magistrale, ma che forse permettono altre letture o al meno una lettura più sfumata delle sue conseguenze per il diritto canonico odierno.

Impostare così il mio lavoro significa, quindi, innanzitutto, presentare il contenuto dell'opera del Fantappiè e le sue conclusioni principali.

II. STRUTTURA E CONTENUTO

3.

L'opera è stata pubblicata dall'Autore in due volumi per la lunghezza della monografia, pur conservando una impaginazione unitaria e presentando degli argomenti parzialmente autonomi (qua si trova la spiegazione della diversa estensione dei due volumi). Mentre il primo volume, con il sottotitolo di "*L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*", considera gli antecedenti "remoti" della codificazione (fino all'esperienza biografica di Gasparri); il secondo, sottotitolato "*il Codex Iuris Canonici (1917)*", affronta tutto l'iter di elaborazione e le conclusioni. Il libro, poi, viene strutturato in quattro parti precedute dalla *introduzione* e da una sezione di *prolegomeni*, e chiuse con un lungo *epilogo* e una completa appendice sulle diverse persone che collaborarono alla redazione del CIC '17. Per rendere più facile la lettura, ed evitare il rischio di perdersi nella giungla dei dati offerti, l'Autore ha introdotto all'inizio di ogni parte (tranne la IV), una *premessa*, nella quale si espongono le sue linee fondamentali, sempre in relazione con lo scopo generale del libro. Passiamo adesso alla descrizione sommaria dei contenuti, manifestando ancora una volta l'impossibilità di rendere giustizia alla straordinaria quantità di informazioni e riflessioni offerte dall'Autore.

4.

I *Prolegomeni* si compongono di un unico capitolo, intitolato "*la formazione del paradigma sistematico. Lineamenti di un percorso (1563-1791)*". Come l'Autore spiega nella *premessa* a questo capitolo introduttivo, si è scelto un inquadramento del CIC '17 nel periodo che si contraddistingue per l'influsso della modernità giuridica nella Chiesa. Questa scelta è diversa da quella adottata da Gasparri nella prefazione al CIC '17, dove questo veniva presentato come il culmine di una storia iniziata da Dionigi il Piccolo e, quindi, come la più perfetta realizzazione dei desideri di un diritto canonico adeguatamente si-

stematizzato. Per Fantappiè, invece, il senso vero e profondo del CIC '17 può cogliersi soltanto alla luce del cambiamento epocale avvenuto nella scienza giuridica, e canonica, nel secolo XVI. Questo cambiamento viene caratterizzato dalla equivalenza fra *ius* e *lex*, nonché dalla sostituzione del metodo casistico con il metodo logico-deduttivo.⁴ Nei *prolegomeni*, quindi, ciò che si presenta è il modo in cui questo cambiamento avviene nella scienza canonica attraverso tre periodi diversi.

Nel primo periodo (1563-1645), si sarebbe passato dallo *ius Decretalium* (quello proprio del medioevo) all'*ordo iuris*. Tale cambiamento si produce non soltanto per motivi pratici (impossibilità di introdurre il diritto tridentino nel *Corpus Iuris Canonici* per la crescita della legislazione papale), ma soprattutto per la diffusione dell'umanesimo giuridico con la sua concezione razionale del diritto. Questa è la cornice adeguata per capire l'opera di Lancellotti, da tutti considerata trascendentale per l'evoluzione della scienza canonica. In effetti, la sua primaria preoccupazione didattica, non deve nascondere il suo nuovo indirizzo metodologico, in cui la scienza si pone al servizio di una elaborazione dottrinale sulle *auctoritates*, né l'importanza che l'*ordo* tripartito acquisterà da quel momento fino allo stesso CIC '17.

Nel secondo periodo (1645-1749), si sarebbe realizzata la transizione dall'*ordo iuris* alla moderna *scientia canonum*. In questa transizione avrebbero influito sia le costruzioni sistematiche della teologia della seconda scolastica (soprattutto Suárez), sia l'indirizzo logico e matematico di Leibniz. Il modo in cui tutto questo sia entrato nel diritto canonico progressivamente, si studia facendo cenno principalmente alle scuole di Dillingen e Ingolstadt e più ancora a Enrico Pihring e il suo nuovo metodo. Per Fantappiè, la diffusione del metodo di Pihring ha segnato una nuova epoca aurea nella canonistica.⁵

⁴ "Per ragioni complesse, che ora non è il caso di richiamare, l'antico concetto aristotelico e romano di diritto come *ars aequi et boni*, che i canonisti medievali non avevano mai cessato di seguire, viene lentamente e progressivamente rimpiazzato con un sistema legislativo moderno. Ciò sarà possibile solo come conseguenza di due grosse novità. Da un lato l'equivalenza tra *ius* e *lex*, con la riduzione del diritto a un complesso di leggi di carattere coattivo, a una tecnica che ne studia le relazioni logiche, a una scienza che attribuisce a questo insieme di regole un assetto il più possibile razionale. Dall'altro lato la sostituzione del metodo casistico, che giungeva alla risoluzione del caso mediante l'osservazione dei fatti attenenti alla discussione scolastica delle autorità dottrinali, con il metodo logico-deduttivo, il quale, invece, deduce le norme a partire da altre norme procedendo dall'alto verso il basso, dai principi alle conseguenze, dalle cause agli effetti, impiegando la logica propria delle nuove scienze matematiche e fisiche" FANTAPPIÈ, *op. cit.*, p. 13.

⁵ "I primi venti anni del Settecento segnarono il culmine della canonistica dell'età moderna – una sorta di seconda epoca aurea dopo quella a cavallo tra la metà del XII e del XIII secolo – con l'affermazione rigogliosa della formula del *ius canonicum universum* e la sua traduzione concreta in opere destinate a restare monumentali per l'ampiezza dell'impianto, il vigore della costruzione, la ricchezza dottrinale. Sulla scia del metodo di Pihring, questi autori non si limitarono a perfezionare l'orditura interna delle loro opere, ma procedettero

Un altro frutto della scienza canonica di questo periodo è l'apparizione della "parte generale" nei trattati di diritto canonico.

Il terzo periodo (1731-1791) può considerarsi come un progressivo accostamento al *systema iuris canonici*. Il punto di partenza sarebbe stato la "demolizione concettuale" operata nei confronti del *Corpus Iuris Canonici* da parte dei protestanti e gallicani e la necessità di rifondare lo studio del diritto canonico su altre premesse. Queste nuove premesse vengono offerte dalla filosofia morale di Christian Wolff e dal ricorso ai principi del diritto naturale, che daranno nuova vita a un diritto canonico, che continuerà a svilupparsi secondo il metodo deduttivo-sistematico già avviato nei periodi precedenti.

Il Fantappiè mostra nella monografia fino a che punto vi siano in ambito tedesco i principali sviluppi della scienza canonica del periodo, là dove si diffondono le idee wolffiane ed anche dove nasce come disciplina autonoma lo *ius publicum ecclesiasticum* nella Scuola di Würzburg. Per capire l'influsso di questi cambiamenti nella futura codificazione e, quindi, nel mondo accademico romano, la figura di Zallinger si rivela essenziale.⁶

La trattazione, offerta dall'Autore, degli sviluppi della scienza canonica nei secoli XVI-XVIII, risulta veramente magistrale. È probabilmente l'unica opera accessibile in cui si può trovare tutta l'informazione, non soltanto cronologicamente ordinata, ma soprattutto presentata come la storia degli sviluppi concettuali e metodologici, che ci permette di capire con una certa profondità sia le cause sia i risultati e le conseguenze di questo lungo processo.

5.

La *Prima parte* è stata dedicata allo studio di ciò che il Fantappiè ha denominato come "*La ricostruzione post-rivoluzionaria del modello romano*" ed è divisa in tre capitoli.

Nella *premessa* che lo precede, si spiega come gli avvenimenti rivoluzionari e il successivo Impero napoleonico abbiano rappresentato un periodo, in cui il diritto canonico non sia stato realmente vigente e nel quale molte delle istituzioni accademiche per l'insegnamento di questa disciplina siano scomparse. Nel periodo posteriore – quello della Restaurazione – la Chiesa ricompose lo studio del diritto canonico, ma secondo i nuovi parametri ideologici del momento, spostando la riflessione dal campo dello *iusnaturalismo* a quello del tradizionalismo, configurando tutta l'ecclesiologia e, quindi, il diritto canonico, attorno alla figura del papa (ultramontanismo), in confronto quasi dialettico con il liberalismo. A questi cambiamenti "ideologici" si deve

verso la sistemazione razionale delle materie canoniche all'interno della griglia ordinante delle Decretali". *Ibidem*, p. 43.

⁶ Cf. *Ibidem*, pp. 91-92 (un riassunto del suo pensiero).

aggiungere quello geografico della concentrazione a Roma delle istituzioni accademiche.

Nella presentazione di questi argomenti in tre capitoli, l'Autore non segue un criterio completamente cronologico come ha fatto nei *prolegomeni*, sebbene la presentazione cronologica sia quella dominante. Nel capitolo primo si presenta il “*riordinamento degli studi giuridici nell'Urbe (1824-1878)*”, con lo studio delle principali scuole. Un punto giustamente messo in rilievo da Fantappiè è il rapporto fra insegnamento e curia romana, che caratterizza in modo singolare il diritto canonico di questo periodo. Il capitolo finisce con una valutazione sul significato di questo periodo, segnalando – insieme a quanto significa come preparazione remota al CIC '17 – come il diritto canonico avrebbe acquistato un valore enorme nel processo di centralizzazione romana.⁷

Il capitolo secondo è dedicato alla “*ricomposizione dell'ordine giuridico durante il pontificato di Leone XIII (1878-1903)*”. L'importanza di questo Pontificato nell'età contemporanea è ogni volta più chiara per gli studiosi. Il cosiddetto “*progetto leonino*” copre appunto tutte le dimensioni della vita ecclesiale e dei rapporti con la società politica. Per quanto so, mancava però lo studio del contributo del diritto canonico a questo *progetto* e viceversa. L'Autore riesce a stabilire il rapporto fra il rinnovamento degli studi tomistici con le nuove impostazioni dottrinali del diritto canonico nonchè la relazione fra la nuova impostazione dei rapporti con gli stati ed il nuovo *ius publicum ecclesiasticum*. Mette anche in risalto la coerenza della riemersione dell'*utrumque ius* con tutto questo programma.⁸

Nel capitolo terzo, con il titolo “*il confronto tra i systemata iuris canonici (1822-1903)*”, l'Autore confronta i diversi tentativi offerti nel corso del XIX secolo per trovare una nuova sistemazione del diritto canonico. Si riprendono

⁷ “Si trattava di recuperare in una forma nuova il significato e la portata per così dire strategica del diritto canonico. La soluzione che verrà elaborata dal papato e dalla curia romana consisterà nell'attribuire al diritto canonico una rinnovata valenza giuridica, tanto come ordinamento giuridico primario quanto come strumento particolarmente efficace per legittimare e consolidare in senso centralistico la struttura dell'organizzazione della Chiesa.” *Ibidem*, p. 195.

⁸ “La Chiesa cattolica poteva presentarsi erede autentica dell'esperienza giuridica romana e l'unica istituzione dotata di un ordinamento di valore universale. In questo senso il recupero di una concezione strutturante la realtà sociale, ancorché priva della sua originaria effettività, costituiva una manifestazione modernizzata del suo primato spirituale nel più generale contesto della <spiritualizzazione> del diritto canonico seguito al Vaticano I. Un primato eminentemente giuridico che, traendo tutta la forza dal potere di 'rappresentare' il divino, di incarnare l'idea di un ordine originario, si esprimeva *ad intra* nel modello di razionalità con cui la chiesa romana aveva delineato il proprio apparato istituzionale e *ad extra* nella capacità di ordinare in una visione teleologica e sistematica il mondo umano, di inquadralo in contesto di rapporti e di qualificazioni.” *Ibidem*, pp. 258-259.

così persone e argomenti dei due capitoli anteriori, ma soffermandosi di più su quelli che saranno protagonisti nell'elaborazione del CIC e degli influssi della scienza civilistica su quella canonica in questo periodo. Il risultato finale sarà la pratica sostituzione dei commenti al *Corpus Iuris Canonici* (Testo) con i manuali di *Istituzioni* di stampo sistematico e la progressiva assimilazione fra le diverse scuole romane.

6.

Con la prima parte, l'Autore ci ha condotto sino alla soglia dei lavori di redazione del CIC '17, con una accurata presentazione della scienza canonica e dei suoi protagonisti, anche di quelli che contribuiranno alla formazione del primo codice. Il quadro doveva completarsi con una presentazione della figura di Gasparri, ma per la sua indiscussa importanza, il Fantappiè ha ritenuto opportuno riservargli tutta la *seconda parte*, intitolata "*l'esperienza del "codificatore" Pietro Gasparri*", divisa in altri tre capitoli.

Nella *premessa* a questa parte, l'Autore spiega che ricostruire la biografia intellettuale di Gasparri è necessario per capire la reale portata del suo contributo al Codice. Si tratta, in effetti, di analizzare la sua personalità come canonista, attraverso il suo *iter* biografico e le sue pubblicazioni. Soltanto in questo modo troveranno risposta due delle questioni più dibattute dalla storiografia: il peso dell'influenza francese nella scelta della tecnica codificatoria e la questione di chi sia stato il vero promotore dell'idea. Per l'elaborazione di questa sorte di biografia intellettuale, Fantappiè ha svolto una vera e propria ricerca storica, fino al punto che, tutt'ora, quest'opera si può considerare la miglior biografia di Gasparri come canonista.

I tre capitoli coprono gli anni 1870-1898, cioè dal suo ingresso nel Seminario Romano dell'Apollinare alla fine del suo insegnamento a Parigi. In tutti e tre i capitoli l'Autore fa una meritevole analisi degli influssi ricevuti da Gasparri e delle caratteristiche principali delle sue opere, specialmente del suo "*Tractatus*" sul matrimonio.

7.

La terza parte, intitolata "*l'impostazione della codificazione canonica*", divisa sempre in tre capitoli, si concentra sui precedenti immediati del CIC '17 e sugli stessi lavori di redazione. Nel corso dei tre capitoli l'Autore mostra come la scelta per la codificazione si faccia strada in modo non lineare ed il suo rapporto ideologico con il programma di riforma di Pio X. Dall'analisi dei lavori di preparazione si ottengono informazioni preziose sui problemi non solo pratici nell'avviare questa nuova sistematica per il diritto canonico.

La *premessa* che precede i capitoli di questa parte, sotto il titolo, "*la codificazione tra Stato pontificio e Santa Sede*", mi sembra che offra una chiave di

lettura anche per la quarta parte, che significativamente non ne ha una propria. L'Autore sostiene che il CIC '17 sia uno dei molti risultati che potevano derivare dal processo di riforma del diritto canonico, iniziato da Pio X ma voluto da tanti altri, almeno dalla celebrazione del Vaticano I. Soltanto lo studio dei progetti di papa Sarto e delle diverse fasi di elaborazione spiegano come mai sia venuto fuori questo Codice.

Il Fantappiè ritiene, però, che come è importante capire la genesi del Codice, così è importante anche comprendere i motivi che indussero la Chiesa ad accettare la forma "codice", estranea alla propria tradizione ed originata in un contesto culturale molto ostile alla comunità ecclesiale. Nella *premessa* vengono anticipate alcune risposte a questa domanda. Da una parte, si è dovuto operare un processo di neutralizzazione ideologica, per separare al massimo la "forma codice" dai suoi postulati filosofici e giuridici; dall'altra, si è dovuto aspettare la fine degli Stati Pontifici perché la "forma codice" fosse ritenuta come possibile;⁹ infine, ha dovuto percepirsi come lo strumento tecnico adatto per risolvere i problemi sulle fonti del diritto canonico. Percezione possibile soltanto grazie all'evoluzione della scienza canonica studiata in precedenza e all'urgenza di porre fine all'incertezza normativa. Urgenza più fortemente sentita dopo il Vaticano I.

Nel capitolo settimo, "*dal Concilio Vaticano I al dibattito dottrinale (1869-1904)*", si presenta come la richiesta di riordinazione delle fonti del diritto canonico, ad opera dei Padri conciliari, che servì come punto di partenza di ciò che può considerarsi la preparazione più immediata all'inizio dei lavori di codificazione. È questo un periodo segnato da un'ulteriore e progressiva unificazione della disciplina ecclesiastica, grazie soprattutto al rifiorire dell'attività sinodale, intesa come modo di sollecitare l'applicazione del diritto universale. È anche un periodo in cui si moltiplicarono i tentativi privati di fare codici parziali per il diritto canonico¹⁰ ed in cui i grandi maestri erano coinvolti fino

⁹ Come si sa, la "questione romana" ha avuto un notevole influsso nei percorsi dell'Eclesiologia del XIX secolo e, più in genere, nei modi di capire i rapporti fra Chiesa e società civile. Lungo tutta questa monografia, è stato merito di Fantappiè segnalare l'importanza di questa questione anche per la storia del diritto canonico: "Se tutto ciò è vero, ossia se il principale ostacolo all'introduzione della forma Codice nello Stato Pontificio è venuto dalla sua peculiare natura di <un corpo e due anime>, dall'inestricabile intreccio tra giurisdizione spirituale e giurisdizione temporale, allora bisogna concludere che solo con la *fine del potere temporale* del Papa vennero meno anche le condizioni oggettive – istituzionali e politiche – che generavano conflitti interni insuperabili e fu reso possibile all'istituzione ecclesiastica fondere pienamente e senza contraddizioni in un codice di leggi la propria identità giuridica e la propria identità religiosa, finalizzando l'ordinamento canonico al magistero universale del papa e del collegio episcopale." *Ibidem*, p. 538.

¹⁰ Nelle pagine 599-615 può trovarsi l'analisi di alcuni di questi tentativi. La loro importanza è racchiusa in ciò che sono stati capaci di mostrare: la possibilità reale di ridurre la legislazione ecclesiastica ad una unità, ma anche come ispiratori della sistematica. *Ibidem*.

in fondo nella questione metodologica della miglior sistematica per il diritto della Chiesa. Infine, il pontificato di Leone XIII segnò anche un certo rinnovamento nella prassi della curia romana in linea modernizzante. Il risultato di tutti questi fattori, alla fine del pontificato di Papa Pecci, fu la necessità di procedere alla revisione del diritto canonico sotto questa ottica, condivisa quasi universalmente, restando come unici ostacoli da superare quelli pratici.

Uno di questi “ostacoli pratici” era quello di trovare un Papa disposto ad affrontare un compito di proporzioni veramente grandi, quali erano i lavori di codificazione. Per questo motivo, il capitolo ottavo, “*la scelta della codificazione e il contributo di Pio X (1904-1914)*”, verte sul ruolo che l’elaborazione del CIC ‘17 ha nel più ampio contesto del progetto politico-religioso del Papa Sarto.¹¹ Per Fantappiè, come per altri storici, il moto di Pio X, “*instaurare omnia in Cristo*”, risulta rivelatore della concezione del ministero petrino e sintesi preziosa del senso di tutta la sua attività di Pontefice. All’interno di tutto il suo progetto per la Chiesa, si può capire come sia stato rilevante il ruolo svolto dallo stesso Pio X nell’iniziativa della codificazione e del suo orientamento. L’Autore, in questo capitolo, ci offre sia una visione d’insieme sul progetto, che una dettagliata analisi dei suoi interventi per avviare prima e guidare dopo il processo di codificazione.¹²

Nel capitolo nono, “*l’ordine dei lavori del Codice (1904-1917)*”, l’Autore si sofferma sullo studio del lungo e complesso processo di elaborazione di questa opera. L’informazione, presentata in modo esaustivo e cronologico, si completa nell’appendice con le schede biografiche di quanti parteciparono alla sua redazione. Non mi sembra esagerato affermare che in queste pagine si trovi la migliore sintesi dell’*iter* di elaborazione del CIC ‘17. Difatti, partendo dalla consulta fatta ai vescovi e alle università ecclesiastiche, e passando per la dettagliata analisi del ruolo delle diverse commissioni e dei voti dei consultori, Fantappiè riesce a spiegare come sia stato elaborato il Codice nella sua stesura finale e come questa sia stata frutto anche di molte opzioni che si scelsero proprio nella fase di elaborazione. Forse quella più importante è stata far diventare il Codice uno strumento legislativo unico, lasciando senza vigore tutto il sistema legislativo precedente.

¹¹ Cfr. A. CATTANEO (cur.), *L’eredità giuridica di San Pio X*, Venezia 2006.

¹² Fantappiè elenca gli interventi di Pio X sui contenuti del Codice in tre campi: quello della riorganizzazione pastorale, quello del riordinamento del governo centrale della Chiesa e quello prodotto tramite i suoi interventi sulle decisioni delle congregazioni romane, per concludere sulla loro portata. “Il vivissimo desiderio che Pio X aveva di promulgare il Codice è rimasto inappagato, ma la sua opera legislativa resta di una tale vastità da formare una voluminosa sinossi significativamente intitolata *Jus pianum* e di una tale rilevanza da essere paragonata, in relazione al rinnovamento del governo ecclesiastico e degli studi canonistici, a quella attuata, nei secoli precedenti, da Pio V e da Benedetto XIV.” FANTAPPIÈ, *Ibidem*, pp. 688-689.

8.

La parte iv, intitolata “*Chiesa Romana e progetto codificatorio*”, è l’unica che non viene introdotta da una premessa. In un certo senso, si può dire che è una continuazione della parte precedente ed inizio delle conclusioni. In effetti, se finora il Codice è stato studiato nel suo momento *genetico*, adesso viene studiato come realtà esistente che può illuminarsi se confrontata in diversi modi con la realtà circostante. I tre capitoli che compongono questa parte prendono appunto in considerazione il CIC ‘17, così com’è stato approvato e lo analizzano sotto tre punti di vista complementari.

Il capitolo decimo, “*le componenti ideologico-culturali del codice*”, vuole analizzare il peso reale che tutte le correnti dottrinali e politiche, così come i singoli autori, hanno avuto sul risultato finale del CIC ‘17. In questo senso, il capitolo serve da sintesi di tutta la parte precedente e la giustifica. È in queste pagine dove si può vedere con maggior chiarezza fino a che punto e in quale precisa misura il Codice sia frutto degli sviluppi della Chiesa post-tridentina e, più concretamente, degli sviluppi ecclesiologici e canonici del XIX secolo.

Nel capitolo undecimo, “*due disegni in parallelo: Pio X e Gasparri*”, l’Autore riprende in parte argomenti del capitolo ottavo, per tentar di illuminare la portata reale del Codice con la luce che gettano le ideologie dei suoi principali autori. Per capire il peculiare contributo di Pio X e di Gasparri al CIC ‘17, Fantappiè effettua una comparazione di quest’opera con altre fatte o progettate da questi due autori. Cosicché, il CIC ‘17 viene confrontato con l’elaborazione del catechismo universale, il progetto di unificazione musicale e la riforma liturgica. L’Autore sostiene, infine, che i due principali autori del Codice concordino nell’utilizzare la modernizzazione giuridica come modo per confrontarsi adeguatamente con gli Stati. In questo senso, la codificazione viene analizzata dal punto di vista della sua utilità per i rapporti fra la Chiesa e la società civile.¹³ Questa prospettiva permetterebbe di capire come mai un Papa così diffidente nei confronti della modernità abbia adottato una tecnica originata proprio in quell’ambito.¹⁴

Il capitolo dodicesimo, “*due modelli a confronto: codificazione canonica e codificazioni civili*”, entra nella questione della portata dell’assunzione della tec-

¹³ Nelle pagine 976-977 si può trovare anche la differenza principale nella comprensione dell’importanza della “forma Codice” per i rapporti con gli stati fra Pio X e Gasparri. *Ibidem*.

¹⁴ “Insomma, solo tenendo conto che a *Weltanschauung* Pio X muove dalla cultura cattolico-intransigente, ma si sostanzia dell’impiego – per certi aspetti spregiudicato – di strumenti, regole, procedure di tipo moderno, da porre al servizio della difesa esterna e della ricomposizione interna della Chiesa, si può spiegare il duplice volto del suo pontificato di contrasto e di apertura dialettica alla <modernità> al fine di rendere più efficace la risposta ad essa da parte della Chiesa Romana” *Ibidem*, p.981.

nica codificatrice da parte della Chiesa. Accettare questa tecnica ha significato, oltre all'esistenza di un gruppo di esperti capaci di trasformare il diritto canonico su questa linea, anche superare una serie di problemi teologici, poiché la natura della Chiesa sembra difficilmente riconducibile a questa tecnica. Secondo l'Autore, questo superamento è stato possibile a seguito del lavoro di "purificazione" dei presupposti ideologici delle codificazioni. Le pagine dedicate alla comparazione fra le codificazioni civili e quella canonica sono davvero illuminanti per cogliere il vero senso e la precisa portata della prima delle nostre codificazioni.

III. LE CONCLUSIONI E L'INTERPRETAZIONE DELL'AUTORE

9.

Dopo il percorso offerto, l'Autore chiude la monografia con un lungo *Epilogo* (supera le cento pagine), in cui presenta le sue conclusioni che fungono da personale interpretazione sia del senso del processo storico che conclude nel CIC '17, sia indirettamente del suo rapporto con il presente. Da subito, va, però, notato che nella redazione di queste sue conclusioni si ha l'impressione, non di rado, di trovarsi davanti ad una sorte di *sic et non* e che, quindi, spetterà al lettore trovare la *Concordia* fra affermazioni talvolta contraddittorie. La ragione di ciò, mi sembra che si possa individuare in due pretese dell'Autore: quella di ridurre ad un'unità logica un processo storico composto da fili diversi e non tutti finiti nel CIC '17 e quella di inserire tutta la ricerca in una visione preconcepita dei risultati di questo codice come contrapposti a quanto sarebbe auspicabile (sempre secondo l'Autore) per il nostro presente. Segnerò di seguito le sue conclusioni principali, lasciando quindi da parte tante cose dette nell'epilogo che, pur stimolando tantissimo la riflessione, impedirebbero a queste poche pagine di sintetizzare un lavoro così ricco. Riprenderò, invece, nella valutazione finale il commento critico di quanto considero una lettura preconcepita della storia della Chiesa e delle conseguenze che ne derivano di questi preconcetti.

1. *Il CIC '17 presuppone la legittimazione delle trasformazioni subite dalla Chiesa nei secoli XVI-XIX e il suo prospettarsi nel futuro.*

Secondo il Fantappiè, i secoli compresi fra il Concilio di Trento e la promulgazione del primo Codice di Diritto Canonico, sono secoli in cui si realizza nella Chiesa un processo di centralizzazione attorno a Roma, tramite il rafforzamento del principio di autorità.

In questo processo concorrono fattori politici ed ecclesiologici, ma anche tutta una nuova impostazione della scienza del diritto canonico. Fra i primi, si possono annoverare la nascita dello stato moderno e la sua matrice illuministica prima e liberale dopo. L'ecclesiologia della "società perfetta" apparirà

come la miglior risposta alle sfide di questo nuovo Stato, così come la progressiva assunzione da parte della Chiesa di nozioni estranee alla teologia (si pensi a quella di sovranità).¹⁵

Per quanto riguarda la scienza canonica, le difficoltà di inserire la legislazione tridentina nel precedente assetto normativo e le nuove tendenze naturaliste razionalistiche del diritto in ambito civile, conducono i canonisti a cercare progressivamente la riduzione della legislazione ecclesiastica a un sistema logico.

In questo senso, il CIC '17 presuppone da una parte l'espressione del ruolo direttivo e quasi onnicomprensivo della Chiesa di Roma nella Chiesa Universale; dall'altra, la presentazione della Chiesa nei confronti degli stati moderni come una società dotata della stessa capacità normativa e formalizzata con la stessa tecnica. Infine, il Codice presuppone l'adozione di una tecnica precisa che ha come caratteristica più saliente quella di ricondurre ad una espressione unica tutta la legislazione ecclesiastica.

2. *L'assunzione della tecnica della codificazione ha significato delle innovazioni sia nel contenuto che nella forma della disciplina ecclesiastica.*

Per l'Autore, in effetti, l'assunzione di una tecnica non è mai qualcosa di neutrale. Va però riconosciuto nell'*Epilogo* lo sforzo fatto dai redattori per purificare la tecnica dai presupposti ideologici originari e, quindi, l'impossibile equiparazione della codificazione canonica alle codificazioni civili.

Questo lavoro di "purificazione ideologica" compiuto sulla tecnica codificatrice non significa però che si sia riuscito a fare semplicemente un cambiamento nel modo di esporre la legge canonica. I cambiamenti formali che presuppongono la presentazione sotto la forma "codice" della legislazione canonica, anche se hanno dei grandi vantaggi (stabilità, uniformità, semplicità, certezza,¹⁶ ecc.), avrebbero introdotto dei cambiamenti nella sostanza del diritto canonico. Il principale sarebbe stato lo spostamento nella concezione del diritto dalle "cose" e "fatti" ai "principi" e alle "norme".¹⁷ Al-

¹⁵ Ho studiato da altra prospettiva la creazione di questa ecclesiologia in relazione con i cambiamenti nella società civile. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, "León XIII y la restauración del orden cristiano en Europa: reflexiones sobre la influencia de su lectura de la historia", in E. DE LA LAMA – M. MERINO – M. LLUCH-BAIXAULI Y J. ENÉRIZ (cur.), *Dos mil años de evangelización. Los grandes ciclos evangelizadores* (Actas del XXI Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra del año 2000, Pamplona 2001) pp. 443-455.

¹⁶ "L'ultima collezione canonica con valore esclusivo risaliva al 1298 (*Liber Sextus*); da allora in avanti, ad eccezione dello smilzo primo volume del *Bullarium* di Benedetto XIV, si erano accumulati 6 libri raccolti nell'edizione ufficiale del *Corpus Iuris Canonici* del 1582, gli atti dei concili di Trento e del Vaticano I, 42 volumi di bolle e costituzioni papali da Bonifacio VIII a Pio X, 8 volumi di *Acta Apostolicae Sedis*, 16 volumi della Congregazione del concilio, 10 volumi di altre congregazioni romane" FANTAPPIÈ, *Ibidem*, p.1097.

¹⁷ Questo trionfo della visione dell'umanesimo giuridico si sarebbe realizzato nella Chiesa con la codificazione canonica. *Ibidem*, p.1108.

tri furono frutto dell'inserimento delle leggi nella nuova cornice sistematica e concettuale del Codice che non poteva non influire sulla portata reale d'ognuna di esse.¹⁸

Insieme ai cambiamenti formali, bisogna tener conto di quelli sulla natura del diritto canonico che ebbero luogo con la prima codificazione canonica; fra essi, forse, il principale è quello di impostare in un modo nuovo il rapporto fra il diritto canonico e le restanti scienze sacre.¹⁹ La codificazione avrebbe appunto creato una frattura fra diritto e teologia dogmatica e una giurisdizione della teologia morale, della pastorale e della liturgia. Le conseguenze di questi due fenomeni non possono che essere valutate negativamente.

Da una parte, la separazione fra diritto canonico e teologia dogmatica, voluta da Gasparri come segno di purezza tecnica e concettuale nell'elaborazione del Codice, avrebbe avuto come conseguenza la trasformazione del diritto canonico in un diritto secolarizzato, cioè privo del suo fondamento originario e quindi incapace di capire le sue peculiarità.²⁰ Questa "incapacità", di cogliere il *suum proprium*, spiegherebbe la difficoltà del CIC '17 di includere come strumenti veramente giuridici le diverse figure di "flessibilità" del diritto canonico, ad eccezione della dispensa, che è stata molto rielaborata.²¹ Ciò spiegherebbe anche lo spostamento, già accennato, nella concezione del diritto dal binomio *ius/societas* a quello di *lex/legislator*. Significherebbe, infine, un'autentica mutazione dello *ius vetus*, per la "digestione" di tutti i suoi elementi tradizionali in un sistema logico unitario.²²

¹⁸ "La formulazione codicistica ha avuto la conseguenza: a) di astrarre la norma dalla situazione per cui era stata formulata e di applicarla a situazioni differenti, quindi di isolarla dal suo contesto produttivo ed interpretativo che ne determinava la *ratio* e l'intenzionalità; b) di identificare la norma col dettato di un testo che prevede soluzioni nette e formule imperative dirette ad affermare il suo carattere universale e perpetuo; c) di trasformare definitivamente la norma intesa come regola di azione in un comando dell'autorità da cui prende forza obbligatoria; d) di rafforzare l'autorità della legge rispetto alle altre fonti scritte e non scritte fino ad identificare l'idea di diritto con quella di legge. Senza dubbio il Codice ha segnato un profondo avvicinamento della norma canonica alla visione della legge propria dei codici statuali". *Ibidem*, p. 1133.

¹⁹ Per la nozione di "scienza sacra" e il suo senso preciso, vedi P. ERDÖ, "Metodo e storia del diritto nel quadro delle scienze sacre", in E. DE LEÓN – N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS (cur.), *La cultura giuridico-canonica medioevale: premesse per un dialogo ecumenico*, Milano 2003, pp. 3-22.

²⁰ Questa affermazione va però sfumata alla luce della spiritualizzazione della norma frutto della codificazione, che avrebbe segnato la distinzione fondamentale fra il codice canonico e quelli civili. Vedi FANTAPPIÈ, pp. 1121-24, dove riprende sostanzialmente ancora una volta le idee di Paolo Grossi.

²¹ Sulla nuova impostazione dell'istituto della dispensa vedi FANTAPPIÈ, pp. 1140-41. Cf. per un'analisi più accurata la monografia di E. BAURA, *La dispensa della legge canonica*, Milano 1997, pp. 89-126.

²² Sulla "digestione" dei testi invece della loro "inclusione" in modo tradizionale, vedi

Dall'altra, la codificazione avrebbe avuto come conseguenza la spiegazione della teologia morale della pastorale a partire dalla legislazione in materia, con il conseguente impoverimento di queste discipline.

3. *La ricezione ed interpretazione del cic '17 hanno dato luogo nella Chiesa ai mutamenti non voluti nella concezione del diritto canonico e nella sua considerazione all'interno della comunità ecclesiale.*

Uno dei criteri metodologici adoperati dall'Autore per la sua analisi è quello dell'impossibilità di separare lo studio del processo di redazione del Codice da quello della sua ricezione. Il Codice come "evento" ha avuto degli effetti che hanno condizionato la sua valutazione complessiva.

Gli effetti non voluti, ma certamente verificatisi sarebbero stati principalmente tre: il carattere *de facto* esclusivo del Codice come fonte del diritto canonico; la riduzione della scienza canonica al metodo esegetico; la quasi totale riduzione delle fonti di produzione del diritto a quella centrale, si è giunti così a un diritto canonico esclusivamente pontificio.²³ Questi tre effetti reali segnano il periodo post-codiciale come un periodo di impoverimento generalizzato del diritto canonico e ne spiegherebbero in parte anche l'anti-giuridicismo della seconda metà del xx secolo.

Fino a che punto questi effetti implicino una valutazione veramente negativa della codificazione canonica da parte dell'Autore, viene sintetizzato in modo ammirevole nel paragrafo conclusivo di tutta l'opera, che riportiamo come conclusione di questa epigrafe.

"Nell'arco della sua vicenda o traiettoria storica, il codice pio-benedittino subì un'eterogenesi *dei fini*: la forma Codice da strumento atto a travasare e dare una nuova sistemazione del diritto precedente, è divenuta oggetto totale della canonistica del Novecento; a punto d'incontro del passato, del presente e dell'avvenire dell'esperienza giuridica della Chiesa, è divenuta un'ipostasi normativa fuori dallo spazio e dal tempo: personificazione di un'entità astratta e ideale".²⁴

FANTAPPIÈ, *Ibidem*, p.1131. Vale la pena riportare un brano che serve quasi come valutazione generale sulle conseguenze della codificazione: "Il Codice è davvero un organismo onnivoro: anche là dove conserva la maggior parte del *ius vetus* e dei suoi elementi o fattori peculiarissimi, anche là dove non si chiude in un 'sistema chiuso', come nel caso del codice canonico, e ammette istanze esterne e superiori, procede comunque a fagocitare, trasporre, convertire, metabolizzare tutto ciò che entra nei suoi ingranaggi, a renderlo simile e omogeneo alle altre parti che lo compongono e a subordinarlo alle sue istanze legalistiche". *Ibidem*, p. 1142.

²³ "In questo modo si verrà ad interrompere il fecondo rapporto tra le diverse dimensioni dell'attività giuridica nella Chiesa: la legislazione si irrigidirà nelle mura cinte del Codice; la giurisprudenza non farà più da battistrada nell'adeguamento della legge al mutare dei tempi; la dottrina verrà meno al compito di ricercare soluzioni tecniche compatibili tra il Codice e le esigenze generali dell'ordinamento canonico". *Ibidem*, pp. 1154-55.

²⁴ *Ibidem*, p.1160.

IV. VALUTAZIONE FINALE

10.

Capire in profondità qualsiasi evento storico non è un compito facile. Molti sono i fattori che devono prendersi in considerazione e non tutti hanno lo stesso valore. Nella redazione di un monumento letterario e giuridico com'è il CIC '17, queste osservazioni risultano ovvie. Un lavoro di quella portata è sempre frutto di lunghi periodi storici, di diverse correnti ideologiche, di consapevolezze che si fanno strada faticosamente nella vita della società, ma anche dell'impegno di persone concrete che lasciano la loro traccia personale nell'opera che redigono. Forse il più grande merito di Fantappiè è stato quello di non aver voluto omettere nessuno di questi fili che, tutti insieme, ci permettono di comprendere come sia venuto fuori un Codice, e proprio questo concreto Codice e non altro.

A questo merito bisogna subito aggiungere quello della struttura sistematica con cui tantissime e diverse informazioni vengono presentate. L'inclusione delle premesse, all'inizio di quasi tutte le parti, impedisce di perdersi nella giungla dei dati offerti nei singoli capitoli e aiuta a non perdere il filo che fa culminare tutto quanto è stato detto nella composizione del CIC '17. La stessa divisione in due volumi di diversa estensione favorisce la chiarezza strutturale. Detto ciò, risulta evidente che un lavoro che oltrepassa le mille pagine e che affronta l'argomento da prospettive così diverse, risulta alle volte un po' intricato e a tratti ripetitivo. Mi sembra però che queste ripetizioni siano inevitabili in un'opera di queste caratteristiche.

11.

Una questione diversa e sempre complessa nei lavori storici è quella dei "precedenti" o, detto in altro modo, dove stabilire il punto di partenza remoto per comprendere l'evento che si tenta di studiare; altrimenti si rischia sempre di riproporsi fino al momento fondante di ogni istituzione. L'Autore ha scelto come punto di partenza della sua ricerca il secolo XVI e, più concretamente il Concilio di Trento. Le ragioni apportate sono totalmente convincenti. Non sembra che possa discutersi che il Tridentino, soprattutto la sua immediata ricezione, abbia influito talmente nella vita ecclesiale che si possa appunto parlare di una "Chiesa Tridentina", durata fino alla soglia del Vaticano II.²⁵ Questa "Chiesa" sarebbe stata caratterizzata da un rapporto traumatico con la società civile e da un processo di accentramento interno

²⁵ Cfr. in merito gli articoli di G. ALBERIGO, "L'ecclesiologia del Concilio di Trento", in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia* 18 (1964), pp. 227-242, e ID., "Reflexiones sobre el Concilio de Trento", in *Concilium* 7 (1965), pp. 78-99.

attorno alla figura del Papa. Ambedue coordinate si rispecchiano benissimo nell'elaborazione del CIC '17.

Da una parte, nei secoli XVI-XIX, la Chiesa osserva come emerge tutto un nuovo mondo culturale estraneo, quando non ostile ad Essa. È il mondo delle nuove categorie filosofiche, giuridiche e politiche, difficilmente assimilabili alla dottrina della Chiesa così come allora veniva formulata.²⁶ L'ecceologia di società perfetta e lo *ius publicum ecclesiasticum* serviranno come barriere difensive contro le ondate della modernità, ma il vivere nel *saeculum* fa in modo che la Chiesa non possa mai essere del tutto aliena alle correnti culturali, anche se queste entrano nella teologia e nel diritto canonico. In queste nuove correnti, anzi, la Chiesa trova spunti metodologici per portare avanti una necessità propriamente ecclesiale; quella di ricondurre ad unità il proprio assetto normativo, veramente confuso, trovando alla fine anche tecniche e figure adatte per presentarsi sotto veste moderna e quindi comprensibili davanti ai suoi oppositori.

Dall'altra, la percezione delle forze disgreganti che porta con sé la nuova filosofia e la nuova politica, esigono dalla Chiesa un rafforzamento interno del principio di autorità, nel campo dogmatico e disciplinare. In questo senso dovrebbe capirsi il progressivo accentramento della Chiesa attorno al Papa, cosicché si possa parlare in questo periodo della Chiesa Cattolica come di "Chiesa Romana". Il CIC '17 sarebbe espressione conclusiva di questo processo di accentramento disciplinare, che avrebbe finito per ricondurre tutto il diritto canonico e le sue fonti ad un puro e semplice diritto pontificio.

Come dicevo, le peculiari caratteristiche di questo periodo giustificano la spiegazione del CIC '17 soltanto alla sua luce. Mi sembra, però, legittimo chiedersi se non debbano tenersi in conto anche altri fattori. Difatti, nella prefazione di Gasparri al CIC '17, fu presentato come culmine di un processo millenario di progressiva miglior formalizzazione del diritto ecclesiale. Si presentava così il CIC '17 in rapporto con l'opera di Dionigi il Piccolo e di tanti altri, che successivamente hanno tentato di dare forma coerente alla normativa ecclesiastica. Quanto di vero e quanto di ricostruzione c'è in questa presentazione ufficiale? A mio avviso ci sono due aspetti del problema della codificazione che non possono ridursi ai rapporti fra Chiesa e modernità: quello della necessità di una presentazione unitaria della legislazione al servizio della certezza del diritto e quello del sempre più importante ruolo del Papa nei confronti della disciplina ecclesiastica. Dei due aspetti l'Autore si mostra consapevole, più volte, nel corso della sua monografia.

²⁶ Mi sono occupato parzialmente di queste difficoltà in N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, "Las Constituciones de Bayona y Cádiz", in J. M. MAGAZ (ed.), *La Iglesia en los orígenes de la España contemporánea (1808)*, Madrid 2009, pp. 107-134, specialmente, pp. 114-118.

In questo senso, la scelta di spiegare tutto dal confronto fra Chiesa (e più precisamente Chiesa Romana) e modernità giuridica è qualcosa di legittimo come modo di evitar di scrivere ancora una volta tutta la storia del diritto canonico; ma ha il rischio di sottovalutare gli elementi di continuità con la tradizione precedente e di presentare tutto il CIC '17 come frutto delle novità dell'epoca moderna.

Il rischio di questa sottovalutazione è ancora più grande in quanto il tentativo dell'Autore di illuminare il nostro presente, liberandolo di quanto corrisponderebbe soltanto a una forma culturale precisa, ormai superata sia nell'ambito civile che in quello ecclesiastico. Fino a che punto la questione della corretta interpretazione del nostro presente ecclesiale e del suo rapporto con il passato sia importante, è stato messo in evidenza da Papa Benedetto XVI nel suo noto discorso alla Curia Romana nel 2005 a proposito dell'interpretazione del Vaticano II.²⁷ Una scelta metodologica che non tenga conto degli elementi di continuità, nel continuo cambiare delle correnti culturali e dell'evolversi delle dottrine teologiche, rischia di illuminare equivocamente il presente tramite contrapposizioni che, se fatte in modo totale, non corrispondono alla realtà. Alcune delle espressioni usate dall'Autore nell'*Epilogo* mi sembra che si muovano parzialmente su una lettura della storia troppo frammentata anche se, come accennavo prima, la redazione tramite il metodo del *sic et non* permette di sfumare sempre le affermazioni più imprecise.²⁸

12.

Il metodo espositivo, soprattutto nelle conclusioni, cosiddetto *sic et non* si deve probabilmente al fatto che, nella valutazione del periodo storico e del codice stesso, l'Autore ha sempre presente tre punti di vista diversi (a cui corrispondono, logicamente, valutazioni diverse). La codificazione viene così studiata e valutata dal punto di vista filosofico-politico, storico-giuridico e canonistico-teologico.²⁹ In questo senso, non risulta strano che lo stesso fenomeno possa considerarsi positivamente (dai due primi punti di vista) o negativamente.

²⁷ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia romana*, 22 dicembre 2005, AAS 98 (2006), pp.40-53.

²⁸ Il Fantappiè si mostra in tutta la monografia debitore della concezione della storia della Chiesa propria dal gruppo creato attorno a Giuseppe Alberigo nell'Istituto di Scienze Religiose di Bologna. Così nella sua presentazione della ecclesiologia del XIX secolo, si ispira ai lavori di Pottmeyer e Menozzi. Alle volte sembra vedersi come cornice ermeneutica implicita, quella che appare anche nella nuova edizione dei Concili ecumenici (cfr. l'articolo firmato con *** ne *L'Osservatore Romano* del 3/06/2007, col titolo: *Sulla pubblicazione dei "Conciliarum Oecumenicorum Generaliumque Decreta"* curata dal Prof. Giuseppe Alberigo) e negli studi sul Vaticano II di Alberigo e i suoi collaboratori (cf. al riguardo, G. RICHI ALBERTI, "La transición hacia una nueva era. A propósito de una obra reciente. Nota bibliográfica", *Revista Española de Teología* 69 (2009) 669-687).

²⁹ Cfr. FANTAPPIÈ, p. 1159.

La valutazione negativa data dall'Autore al Codice dal punto di vista canonistico-teologico si deve al fatto che l'elaborazione, la promulgazione e la ricezione del CIC '17 avrebbero fatto perdere alla Chiesa degli importanti valori culturali e giuridici. Il Fantappiè ne accenna tre: la trascuratezza della dimensione teologica del diritto canonico, la riduzione delle sue fonti all'unità e la sua interpretazione esegetica, cristallizzata in una scienza poco creativa.

Cosa dire su questa valutazione? Innanzitutto, sembra che queste "perdite" siano state parzialmente recuperate: da una parte, la corretta fondazione del diritto canonico nel mistero della Chiesa, è stata il principale rinnovamento della scienza canonica negli ultimi decenni;³⁰ dall'altra, la riemersione del diritto particolare è sempre di più segno della nuova epoca. Per cui, entrambe le cose dovrebbero spingere la scienza e l'insegnamento odierno oltre i confini dell'esegesi.³¹

Probabilmente, la valutazione troppo negativa della codificazione dal punto di vista teologico-canonico si deve anche ad una concezione negativa del diritto, così come si intende nella modernità. In questo senso, la citazione del Capitani sul valore della giuridicizzazione, permette di capire come per l'Autore il vero problema del Codice sia stato avere avuto come base una nozione di diritto assai diversa da quella presente nel medioevo.³²

Il rischio di stampo positivistico della "forma Codice" ci sembra assolutamente vero; ma il continuo richiamo alla tradizione canonica quale criterio ermeneutico valido nel caso della codificazione canonica, diminuisce fortemente il pericolo. Questione diversa è come la codificazione canonica abbia

³⁰ Per non entrare nella sterminata quantità di bibliografia in merito, cfr. la sintesi di C. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano 1991.

³¹ Le parole introduttive di Arrieta alla sua edizione italiana del CIC '83 mi sembrano illuminanti sulla necessità di andare "oltre il Codice" nello studio e nell'applicazione delle leggi: "Come ogni ordinamento giuridico, anche l'ordinamento canonico è un sistema vitale, in continua trasformazione nel tempo. Malgrado le sue peculiarità e la ristrettezza del proprio ambito di interesse, l'ordinamento giuridico della Chiesa, come altri ordinamenti, si trova a doversi confrontare con l'esperienza giuridica in progresso per integrare armonicamente elementi che nel divenire del tempo sono diventati normativi avendo alterato il contesto giuridico precedente. Nell'ordine canonico, questo confronto va inoltre realizzato tenendo conto dell'articolato sistema di fonti che caratterizza il Diritto della Chiesa" J. I. ARRIETA, *Prefazione all'edizione italiana del Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, Roma 2004, 25.

³² "La giuridicizzazione... non è un 'regresso' (come non è un 'progresso'), ma solo la progressiva razionalizzazione della vita di un organismo inserito nel tessuto della storia degli uomini con l'esigenza di una funzione soprannaturale; è lo scotto da pagare alla storia o, se si preferisce, alla storicizzazione di questo stesso organismo" O. CAPITANI, *Episcopato ed ecclesiologia*, cit. in FANTAPPIÈ, p. 1080 e viene seguita da commenti favorevoli dall'Autore. Gli effetti della *secolarizzazione* del diritto canonico vengono studiate alle pagine 1112-1121.

influito nell'insegnamento e nella prassi. Del resto, la tradizione teologica e canonica hanno fatto risalire la norma alla giustizia per definirla classicamente come *ordinatio rationis*. Tuttavia, la strada per superare le carenze di qualsiasi forma di espressione del diritto canonico – codificazione inclusa – dovrebbe cercarsi in un corretto concetto di diritto, e quindi, di diritto canonico, e non in un indebolimento dell'essenziale carattere giuridico della società ecclesiale.³³

I commenti appena accennati, sono una piccola dimostrazione dell'interesse che un'opera di queste caratteristiche può avere per la comunità scientifica, non soltanto per le informazioni che offre, ma anche per la capacità che ha di suscitare un dialogo profondo su questioni sostanziali per la comprensione sia del passato che del presente. In questo lavoro il Fantappiè ha messo in evidenza fino a che punto la conoscenza della storia risulti utile per la comprensione del diritto vigente ed ha aperto una strada che, ci auguriamo, sarà percorsa anche da altri.

Non resta, quindi, che complimentarci con l'Autore per questo *opus magnum* in cui ha tentato di inquadrare il CIC '17 nella lunga storia della Chiesa e del suo diritto, e di averci offerto suggestive considerazioni sul nostro presente.

NICOLÁS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS

³³ Sulla problematica del concetto "diritto canonico", vid. C. J. ERRÁZURIZ M. – L. F. NAVARRO (cur.), *Il concetto di diritto canonico. Storie e prospettive*, Milano 2000. Uno studio complessivo, ancora non finito, del diritto ecclesiale ispirato al realismo giuridico, in C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso Fondamentale sul Diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009.

Recensioni

ALPHONSE BORRAS (Ed.), *Délibérer en Église. Hommage à monsieur l'abbé Raphaël Collinet, official du diocèse de Liège*, Éditions Lessius, La Part-Dieu, n. 15, Bruxelles, 2010, pp. 304.

IL volume pubblicato ad iniziativa del "Groupe des canonistes francophones de Belgique" contiene un insieme di studi uniti dal doppio riferimento del titolo: un motivo di taglio celebrativo e un altro di impronta tematica.

Il motivo celebrativo non può essere ritenuto secondario benché la persona omaggiata non sia particolarmente nota al di fuori del Belgio, che è il paese dove ha svolto il suo lavoro e il suo ministero. Un "official" e vicario episcopale della diocesi di Liegi – già professore di diritto canonico all'Università di Lovanio-la-Nuova – che riesce a riunire un numero non indifferente di studi scientifici come quelli del volume di cui ci occupiamo, nonché i complimenti di un numero molto più ampio di persone che si uniscono ai festeggiamenti in una gremita *tabula gratulatoria* ("liste de souscripteurs") è un fatto che deve essere salutato con gioia. Principalmente nei confronti della persona le cui qualità e i cui meriti ci giungono come riflesso di un tale apprezzamento, ma anche, ad un altro livello, per sottolineare che l'impegno e la dedizione a tutto ciò che ruota attorno al servizio alla giustizia nella Chiesa, non solo è necessario ma suscita anche il ringraziamento di molti fedeli. La testimonianza quindi, serve da incoraggiamento, ai cultori e agli operatori del diritto ecclesiale.

L'unità tematica gira invece attor-

no ad una sola parola, quella del titolo: "délibérer". Diversi contributi del volume si soffermano sulle sfumature che offre una tale parola, e non è nostro compito tentare di farne la sintesi. La realtà è però che, dalla varietà di saperi, approcci e metodologie, tutti i contributi del volume offrono una particolare visione del senso profondo di questo "délibérer" nella Chiesa. Si gioca inoltre sul suggestivo doppio significato evocato dall'espressione: deliberare "all'interno" della Chiesa, quindi, nelle diverse istanze chiamate a giungere ad un risultato chiamando in causa una pluralità di voci; e deliberare "come Chiesa", ossia lasciandosi coinvolgere dallo spirito di comunione distintivo della comunità dei credenti in Cristo.

È inutile tentare ulteriormente di ridurre all'unità i contributi del volume: ognuno risponde a delle particolari circostanze e riflette gli interessi degli autori.

Benché come è logico, la maggior parte di loro possa annoverarsi al contesto giuridico-canonico, troviamo anche testi di teologia ed esegesi biblica, che forniscono una interessante base di riflessione sulla questione (*Délibérations royales dans le premier testament*, di A. Wénin; *L'Église de Jésus*, di K. Gatzweiler; *La délibération dans le livre des Actes*, di A. Beauduin) e due lavori di tipo storico (*Le V^e concile de Malines (1937) et la concertation ecclésiastique*, di J-P. Delville; *Délibérer à Vatican II*, di J. Famerée)

Nel contesto canonistico vengono affrontati una varietà di temi: dal governo all'interno degli ordini religiosi (*Délibérer dans l'ordre des Prêcheurs*, di Ph. Toxé; *Le pouvoir délibératif dans la Compagnie de*

Jésus: la lettre et l'esprit, di B. Malvaux) a diverse riflessioni sugli istituti e contesti propri nei quali si svolge la deliberazione nella Chiesa, sia a livello generale (*Délibérer en Église: communion ecclésiale et fidélité évangélique*, di A. Borras; *Note sur le canon 127, § 2, 2° comme indice d'une gouvernance ecclésiale par consensus*, di J.-P. Durand; *Les droits des fidèles et le processus de délibération en Église*, di J.-P. Schouppe) che a livello dei singoli istituti giuridici (*Délibérer en synode des évêques ?*, di N. Hausman; *Le conseil pastoral: se parler en Église*, di Mons. A. Houssiau, vescovo emerito di Liegi). **Non manca un contributo riguardante il diritto matrimoniale**, con un accenno al lavoro svolto dalla persona che riceve l'omaggio (*Délibérer dans les causes de nullité de mariage*, di É. de Beukelaer) e **tre che riguardano nell'attualità altri ambiti dei rapporti giuridici che coinvolgono diverse istanze ecclesiali con istanze civili** (*Délibérer en conseil de fabrique*, di I. Leclercq; *Délibérer, négocier et prendre position: l'Église catholique face à quelques thèmes actuels dans la relation Église - État en Belgique*, di L. Vervliet; *Religions et délibération publique: les enjeux d'un nouveau dialogue avec les Églises dans le traité de Lisbonne*, di L.-L. Christians).

Siamo quindi davanti ad una gradevole sorpresa: un volume che riesce a coniugare il carattere celebrativo con l'interdisciplinarietà e una convergenza di prospettive su un tema tutt'altro che facile nella vita della Chiesa.

Tra le molte riflessioni che suscita la lettura del volume potremmo accennare ad una: benché ci possa essere tanto da migliorare a livello di governo all'interno della Chiesa, è chiaro che non si possa fare a meno degli strumenti che offre la sua tradizione giuridica. Insieme alla rivalutazione della dignità di tutti i

battezzati e alla vocazione universale alla santità sembra che stia tramontando un certo antiggiuridismo che ha confuso la prudenza di governo e la giustizia con un'ingenua inattività e con delle spinte populistiche che solo in superficie riescono a scalfire le ombre dei clericalismi. Un governo saldo e responsabile, con le deliberazioni necessarie nel rispetto della varietà dei carismi e funzioni ecclesiali, si presenta come la miglior garanzia perché i cristiani, i cattolici, in prima persona e altrettanto responsabilmente, in tutti gli ambienti, diffondano la buona novella del Vangelo che è la grande "deliberazione" che ha preso la Trinità di inviare i fedeli in tutto il mondo a predicare e a battezzare.

FERNANDO PUIG

VINCENZO BUONOMO, *Il diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per la governance globale. Introduzione al Codice per le discipline internazionalistiche*, Lateran University Press, Città del Vaticano, pp. 2010, 374+XIII.

PENSATO come manuale per lo studio universitario, pur senza costituire un tradizionale corso sulla Comunità internazionale, il volume si presenta come un interessante strumento per quanti vogliono leggere dal di dentro quanto accade quotidianamente nella vita e nei fatti internazionali. Con una metodologia specifica: lo studio delle regole, delle istituzioni e dei meccanismi che concorrono a definire il contemporaneo diritto internazionale. Si tratta non solo del consueto coinvolgimento degli Stati, ma di situazioni che coinvolgono le loro forme di organizzazione internazionale e sovranazionale, come pure

gli *attori non-statali* che evidenziano le diverse espressioni e forme d'associazione ed organizzazione della società civile, le religioni, il mondo dell'economia e dell'impresa.

Il diritto internazionale, infatti, appare sempre più caratterizzato da un coinvolgimento d'interessi chiamati a confrontarsi sui dati reali della mancanza di sicurezza, della violazione dei diritti fondamentali, della mancata tutela ambientale e della crisi economico-finanziaria che non solo incide sulla globalizzazione, ma limita l'apporto della cooperazione internazionale allo sviluppo. Situazioni a cui le risposte sin qui date non bastano a garantire una effettiva legalità internazionale che può essere raggiunta solo mediante un coinvolgimento generale, attraverso quella metodologia della sussidiarietà che dall'unità del genere umano fa scaturire la realtà dei diversi popoli, delle molteplici etnie ed identità, che a loro volta si strutturano in Stati e questi, tra loro, in forme d'aggregazione e d'integrazione volte a perseguire finalità comuni.

L'A. cerca di rispondere a quella domanda di conoscenza su quali siano in concreto i modi e le tecniche delle relazioni tra i popoli e della coesistenza fra gli Stati, che si esprimono in forme sempre nuove, pur avendo come riferimento costante le *regole base* della Comunità internazionale. *Dichiarazioni, convenzioni, carte, risoluzioni, raccomandazioni*, fanno ormai parte del linguaggio delle relazioni internazionali (e non solo), ne guidano lo svolgimento, evidenziando la funzione regolatrice del *diritto internazionale* nel garantire la stabilità del quadro mondiale mediante soluzioni unitarie e solidali, rese ancor più indispensabili dall'insufficienza manifestata da singoli comportamenti o dal prevalere di interessi isolati.

Il volume, che concorre a fornire una lettura di questa realtà, è pubblicato dalla *Lateran University Press* nella Collana *Lineamenta Iuris*, di cui questo libro inaugura la Sezione *Le Fonti*. Infatti, a supporto del *Codice per le Discipline Internazionali*, l'opera presenta una raccolta sistematica di testi normativi, adottati a livello internazionale, raccolti in un *cd-rom* che, pur senza avere la pretesa di inglobare tutta la produzione normativa internazionale, è apprezzabile nella sua novità per completezza e coerenza (gli atti sono tutti tradotti in lingua italiana e con delle utili schede di presentazione). Si tratta di uno strumento pensato per la didattica, ma funzionale alla ricerca, allo studio o alle attività legate a diverso modo alla dimensione internazionale. Il *Codice* è strutturato in sei parti: diritto internazionale generale e delle istituzioni; diritti umani; disarmo e diritto internazionale umanitario; cooperazione, sviluppo e commercio; ambiente e cultura; integrazione europea.

A questi sei ambiti si legano le diverse parti del volume volte ad approfondire alcune delle questioni «calde» dell'odierno panorama del diritto internazionale: la *governance* della Comunità internazionale di fronte alla globalizzazione; la tutela dei diritti fondamentali della persona e dei popoli; il rapporto tra la pace e la guerra oggi attraversato da questioni aperte quali il disarmo, la soluzione pacifica dei conflitti, il terrorismo, la riforma dell'ONU; le forme di cooperazione allo sviluppo che toccano il dramma della divisione tra Paesi poveri e Paesi ad alto grado di crescita; la protezione dell'ambiente e dei suoi diversi ecosistemi e le numerose problematiche aperte da fenomeni nuovi come le biotecnologie, la protezione della proprietà intellettuale; infine uno sguardo all'in-

tegrazione dell'antico Continente, di un'Europa che sembra aver dimenticato le proprie radici, preferendo affidarsi a percorsi unitari, funzionali a traguardi tecnici ed economici, piuttosto che ritrovarsi in quell'uomo europeo peregrinante alla ricerca della Verità.

È interessante notare che i temi della *governance*, della cooperazione, dello sviluppo e più ampiamente l'analisi del contemporaneo diritto internazionale vengono trattati con coerenza, con la necessaria argomentazione scientifica e con riferimento ai principi e alle norme vigenti, sin qui elaborati. Nell'analisi dei fatti internazionali si nota l'utilizzo di una particolare chiave di lettura: la dottrina sociale della Chiesa quale criterio di metodo e di valutazione di vicende complesse nei contenuti e nei protagonisti. Di questa base concettuale sono evidenziati la visione dell'ordine internazionale presente sin dall'elaborazione del moderno *jus gentium* nella Scuola di Salamanca del xv secolo e le attuali posizioni del Magistero, anche in relazione ai recenti mutamenti avvenuti nella vita internazionale: letture che pur presentandosi come richiamo etico, di fatto coincidono con i principi cardine del diritto internazionale, che la prassi più recente tende a dimenticare, in nome di un pragmatismo che relativizza ogni riferimento ai valori universalmente noti ed accettati, presenti da sempre nella vita della famiglia umana e tradotti in principi e norme.

L'analisi condotta sulla situazione del mondo è sufficiente per cogliere due tendenze fondamentali che fortemente caratterizzano la realtà della Comunità internazionale e delle sue diverse categorie di protagonisti. Da un lato gli attori principali – Popoli, Stati, Istituzioni internazionali e Organizzazioni che

esprimono istanze della società civile – nella fase storica contemporanea sono proiettati a cercare soluzioni per problemi sempre più onerosi, che richiedono una necessaria soluzione comune, e non solo per l'impossibilità di singole soluzioni, ma perché di fatto condizionano il futuro dell'intera famiglia umana. Dall'altro, pur in presenza di una diversità marcata e sostenuta, si manifesta l'esigenza di costruire nuovi rapporti tra gli stessi protagonisti della vita internazionale, legandoli ad una visione unitaria: di qui la tendenza ad ampliare il nucleo dei principi ispiratori, dei valori condivisi e delle regole comuni, sulla cui base diventa possibile individuare obiettivi e quindi instradare le differenti capacità e stimoli.

Prospettive certo interessanti, ma di fronte alle quali si pone l'interrogativo sul perché la loro concretizzazione rimanga lontana e spesso relegata al desiderio di istanze limitate. Anche un costante rinvio alle scelte globali ed ai loro conseguenti effetti, globali anch'essi, non riesce a motivare i gravi deficit che si manifestano nella vita della Comunità internazionale, caratterizzata da contrapposizione, approcci disomogenei ai problemi, perseguimento di interessi parziali o particolari, instabilità, insicurezza, sottosviluppo, povertà. Si tratta di ben note situazioni che si trasformano in tensioni, conflitti, atti terroristici, guerre o, ancora più ampiamente, in una cultura delle relazioni internazionali che sembra sempre più solo in grado di elaborare strategie per "lottare contro qualcosa" (povertà, terrorismo, mancato rispetto dei diritti umani, traffico d'esseri umani, fame, inquinamento, sono alcuni degli obiettivi individuati), piuttosto che per prevenire i segnali di destabilizzazione.

Sulla questione di fondo dei rapporti internazionali, legata alla contrapposizione tra la pace e la guerra, il libro sottolinea come il mancato rispetto delle regole costituisce una ragione del comportamento violento o di una rapida disintegrazione dell'ordine sociale internazionale. Un'analisi sorretta dai pronunciamenti del magistero pontificio dell'ultimo periodo, che ha costantemente cercato di superare le azioni di guerra con la spinta alla prevenzione dei conflitti. Di qui l'esatta interpretazione di espressioni come «azione umanitaria», «intervento umanitario», o «responsabilità di proteggere», che possono anche prevedere forme coercitive, ma solo se legittimate da un preciso quadro normativo. La *prevenzione della guerra* allora può avvenire mediante il recupero dei principi fondativi dell'ordine internazionale, di quelle “regole di giustizia” fondate sui principi generali e cogenti, che sono «naturalmente» parte della vita internazionale, avendo chiaro che: «*la guerra, che avrebbe dovuto restituire la libertà e restaurare il diritto delle genti, si conclude senza aver conseguito questi fini, anzi in un modo che per molti popoli, specialmente per quelli che più avevano sofferto, apertamente li contraddice*» (Giovanni Paolo II, Enciclica *Centesimus Annus*, 19).

Ed allora c'è da chiedersi: il cammino verso la pace della famiglia umana nelle sue diverse comunità politiche o il desiderio di unità che proviene dalla famiglia umana sono rispecchiati dai processi di integrazione in atto? Tra i segnali che contraddistinguono i nostri giorni, sono di fatto evidenti la frammentazione, la contrapposizione, i riferimenti a ritornanti nazionalismi, ben diversi da una sana affermazione delle identità nazionali, come pure le chiusure e i calcoli egoistici che sembrano lontani da una

prospettiva unitaria. Eppure, quasi contemporaneamente è possibile cogliere delle linee di tendenza inequivocabili che mostrano un cammino verso forme di integrazione, per le quali la riconciliazione tra persone e tra gruppi, l'abbandono della legge del più forte come metodo per risolvere controversie, il ricorso alla giustizia nel post-conflitto, la stabilità politica, l'ordinata convivenza politica e gli assetti istituzionali comuni sono presentati come solidi presupposti di pace.

La conclusione di ogni ambito trattato dal volume appare costante: la vita internazionale e le regole del suo ordinamento giuridico diventano il risultato della relazione non solo tra strutture – statali o delle Organizzazioni di Stati – ma di una dimensione umana che si manifesta nei popoli, nelle etnie, nelle minoranze, fino ai gruppi di opinione in cui singole persone si organizzano per proporre obiettivi comuni. E questo in ragione della graduale presa di coscienza che ogni persona ha della propria dignità che si esprime attraverso l'uguaglianza, la socialità, la solidarietà, la giustizia, la dimensione religiosa, la superiorità nei confronti delle cose e delle attività materiali. Una dignità capace di determinare con maggiore consapevolezza la necessità di una vera pace, di un effettivo sviluppo, di una leale cooperazione, per evitare all'umanità nuove sconfitte e superare così quel “deficit” di fraternità che, come indica Benedetto XVI, è dato dalla globalizzazione che «*ci rende vicini, ma non ci rende fratelli*». La fraternità, invece, «*ha origine da una vocazione trascendente di Dio Padre, che ci ha amati per primo, insegnandoci per mezzo del Figlio che cosa sia la carità fraterna*» (Enciclica *Caritas in Veritate*, 19). Si tratta, forse, della sfida più importante che il diritto

internazionale sia oggi chiamato ad affrontare.

In sostanza, l'A. ha reso un proficuo servizio ai lettori, chiarendo i suddetti concetti in maniera precisa e pedagogica. Il testo si presenta senz'altro come un lavoro prezioso, che ha il merito di farsi leggere e di proporre ulteriori riflessioni per meglio conoscere ed apprezzare la dinamica dell'ordinamento internazionale. All'A. l'augurio più sincero perché possa continuare nello studio appassionato del diritto della Comunità internazionale, concorrendo ad aggiornare la materia anche con una nuova edizione del volume.

FERNANDO CHICA ARELLANO

ARTURO CATTANEO, *Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico*, con la collaborazione di Costantino-M. Fabris, Marcianum Press, Venezia, 2011, pp. 258.

IL volume costituisce l'ultima acquisizione della collana di manuali del giovane ma già affermato Istituto di Diritto Canonico San Pio X di Venezia quale sussidio per l'insegnamento di "Fondamenti del diritto canonico" (che corrisponde alla più usuale cattedra di Teologia del diritto canonico di altre Università). Il libro illustra in maniera chiara e didattica, ancorché abbastanza documentata e approfondita, le *basi ecclesiologiche del sapere canonico* con una notevole penetrazione sulle questioni epistemologiche e metodologiche sottese. Il tomo invita dunque ad evitare un approccio positivistico e tecnicistico alla materia giuridica ecclesiale e a scoprire la profonda valenza soprannaturale e lo spirito proprio dello *ius Ecclesiae* in linea con l'indicazione di *Optatam totius* 16 e con

il magistero di Paolo VI e dei successivi Pontefici, esplicitato dalla *ratio* dello stesso decreto della Congregazione per l'Educazione Cattolica di riforma degli studi canonistici del 2 settembre 2002.

L'opera riflette il *ricco percorso accademico di Arturo Cattaneo* (come manifesta nella premessa l'Autore ha insegnato Teoria fondamentale del diritto canonico all'Università di Navarra, Ecclesiologia alla Pontificia Università della Santa Croce e Fondamenti di diritto canonico appunto a Venezia, p. 12). Nella sua consistente esperienza didattica e di ricerca il canonista svizzero ha raggiunto una diretta e seria conoscenza delle tre maggiori aree di sviluppo del diritto ecclesiale contemporaneo: Italia, Spagna e Germania (per l'influenza di quest'ultimo ambito basti pensare alla tesi dottorale su Mörsdorf). Il prof. Cattaneo unisce inoltre all'indiscussa preparazione giuridica una competenza teologica di livello oggetto della sua attenzione scientifica più recente. L'opera quindi non rappresenta solo il frutto maturo di un significativo cammino universitario, ma una sintesi originale dei diversi approcci e un tentativo di coniugare diverse sensibilità. L'impostazione del manuale, ancorché si ispiri al realismo giuridico classico, si inclina decisamente verso la "tendenza teologica". La presentazione aperta e articolata delle questioni epistemologiche conduce alla fondamentazione ecclesiologica del fenomeno giuridico ecclesiale. La semplicità e il rigore dell'esposizione ci sembra che rappresentino, conformemente al genere dell'opera, il merito principale del lavoro. Il contributo di Costantino-M. Fabris non si limita all'oscuro ma prezioso lavoro di revisione e integrazione dell'apparato critico, sviluppa e amplia alcune parti (cfr. *Premessa*, nt. 7). Fermo

restando la paternità sostanziale dello scritto e dell'impianto, la collaborazione palesa dunque una riuscita sinergia intellettuale.

Il manuale si divide in *quattro parti*.

La *prima parte*, molto sommaria, è dedicata alle *Questioni propedeutiche*. La trattazione è rivolta soprattutto ai non giuristi o ai giuristi "contaminati" dalla mentalità positivista dominante nell'ambito secolare. La corretta accettazione tomista del diritto (*ius est ipsa res iusta*) si contrappone alle nozioni di diritto oggettivo-normativo e soggettivo moderne. Sono poi proposte le principali distinzioni del diritto (divino-umano, naturale-positivo, secolare-canonico, privato-pubblico). Il rapporto tra diritto e giustizia esamina i limiti del positivismo e del giusnaturalismo metagiuridico e razionalistico (qualche equivoco può ingenerare l'espressione "giusnaturalismo classico" adoperata), aderendo al realismo giuridico classico: il diritto come ciò che è giusto (pp. 22-23). Segue la dimostrazione del carattere intrinseco al mistero della Chiesa del diritto canonico contro l'errore protestante e l'esposizione della teoria dei livelli della conoscenza giuridica (prudenziale, scientifico-tecnico e fondamentale), accennando alla propria opzione per l'indirizzo teologico: «Si preferisce perciò evitare l'espressione "Teoria Fondamentale del diritto canonico" e usare quella di "Fondamenti del diritto canonico" perché Hervada, Lombardía, Viladrich e altri loro discepoli concepiscono la canonistica quale scienza meramente giuridica e *non teologica*, considerazione che non mi sembra appropriata» (p. 30).

La *seconda parte* è riservata agli *Aspetti storici*. L'esposizione non mira certo ad affrontare compiutamente la storia della scienza canonica, vuole fornire solo

una chiave di interpretazione e d'inquadramento delle successive questioni. La trattazione presenta in maniera rapida e divulgativa la nascita (secc. VII-XII), lo sviluppo (secc. XII-XV) il declino (secc. XVI-XVIII) della canonistica, la scuola del diritto pubblico ecclesiastico, il processo codificatorio, l'indirizzo esegetico e dogmatico, il contesto del Concilio Vaticano II, fino alle tendenze attuali (pastorale, giuridica, teologica e critico-pragmatica). Una certa attenzione è rivolta al progresso ecclesiologico conciliare ed alle acquisizioni compiute a proposito dell'episcopato, del laicato e dell'apostolato secolare a partire dalle diverse istanze (biblica, patristica, liturgica, ecumenica e missionaria). Ricevono una specifica considerazione il magistero di Paolo VI e Giovanni Paolo II. L'analisi diacronica risente dell'impostazione seguita a proposito dell'origine della rottura fra canonistica e teologia (p. 36) della marginalizzazione degli studi canonici (p. 39) dell'enfatizzazione dell'introduzione della disciplina della teologia del diritto canonico (pp. 59-60), ma appare abbastanza misurata e prudente.

La *trattazione sistematica*, che costituisce il nucleo dell'insegnamento, è ripartita nelle successive due parti.

La *sistematica "generale"* esamina gli aspetti complessivi della giuridicità canonica. Il rapporto tra Chiesa e diritto, prendendo le distanze dall'antigiuridismo spiritualista e contemporaneo e dal positivismo e dallo statalismo, individua la dimensione intrinseca del fenomeno giuridico ecclesiale nel binomio di Parola e Sacramento e nella prospettiva della comunione. Cattaneo esamina prima la diffusa nozione di Popolo di Dio e quindi la rilevanza giuridica delle altre espressioni conciliari (Corpo di Cristo, Tempio dello Spirito Santo, *communio*,

sacramento universale di salvezza). La natura del diritto canonico precisa la relazione tra *ius divinum* e *ius humanum* e il rapporto del diritto ecclesiale con la carità, la morale, la pastorale e il diritto secolare. Lo statuto epistemologico della canonistica problematizza il tema ed espone le ragioni dell'indirizzo giuridico e teologico, cercando di dimostrare la giuridicità dell'approccio teologico. Il metodo canonistico individua le peculiarità dello studio del diritto ecclesiale, l'inserimento nel novero delle discipline teologiche e l'esigenza dell'interdisciplinarietà.

L'*Aspetto sistematico particolare* delinea le coordinate principali dell'ordinamento canonico. L'illustrazione risente della docenza ecclesiologica e costituzionalistica dell'Autore. La riconduzione della Parola e dei Sacramenti al profilo cristologico e dei carismi a quello pneumatologico manifestano l'inserimento dello *ius* nel vivo del mistero della Chiesa e illumina la portata delle condizioni dei fedeli (laici, chierici, religiosi). La reciproca immanenza tra dimensione universale e particolare della Chiesa è ben sviluppata e articolata. La natura della *sacra potestas* viene esaminata nella duplice struttura dell'ordine e della giurisdizione. Completa il quadro giuridico-ecclesiologico il "protagonismo" dei fedeli: i diritti fondamentali, i principi di uguaglianza e diversità e la relativa formalizzazione nel CIC. In questa quarta parte diversi *excursus* integrano e approfondiscono l'argomentazione.

Il libro è corredato dall'indice dei nomi e da una bibliografia essenziale.

L'opera è senz'altro apprezzabile per il suo *sforzo di penetrazione critica e di sintesi*. Tra gli altri, si possono sottolineare tre pregi: l'*intento formativo*, il *taglio realista* e l'*acume ecclesiologico*. Il manua-

le intende dichiaratamente contribuire alla formazione dei giuristi e prevenire da un approccio positivisticò al tema canonico. Fa piacere che si cerchi di aprire le menti dei discenti al ragionamento e alla comprensione profonda del diritto nella Chiesa. Anche l'inquadramento del contesto della giuridicità ecclesiale (la convergenza con la carità, la distinzione senza separazione dalla morale, la correlazione con la pastorale) è abbastanza felice e stimolante. L'opzione di fondo dell'Autore presenta una matrice saldamente realista. Invero più che approfondire l'essenza del giusto Cattaneo svolge un'efficace critica ai presupposti e alle implicazioni del positivismo. È convincente comunque l'individuazione della dimensione personale e relazionale della realtà giuridica. L'indiscussa competenza ecclesiologica del professore di Lugano fa sì che la penetrazione del mistero della Chiesa sia ricca e molto ben strutturata. La dottrina del Concilio Vaticano II è presentata con sagacia e rigore. La pregnanza del ruolo dei laici è messa in luce chiaramente e perspicacemente. La sensibilità teologica comporta insomma un riferimento profondo e meditato ai principi costitutivi del Popolo di Dio.

«Il volume è e rimane un manuale con i limiti imposti dalla sua finalità didattica» (p. 14). La premessa riportata chiarisce la portata della trattazione. Il testo è pedagogicamente ben riuscito.

L'unica perplessità concerne l'*impostazione metodologica dell'opera*. Cattaneo conosce e rispetta la "tendenza giuridica" ma ne prende le distanze. La formazione e, in un certo senso, il costante confronto col pensiero di Lombardía e Hervada ha influito profondamente sulla sua riflessione (basti pensare all'esposizione del realismo giuridico classico,

ai livelli della conoscenza giuridica, alla ripartizione delle tendenze attuali, ai principi costituzionali, ecc.); senza negare la validità delle precedenti acquisizioni, egli procede tuttavia ad un tentativo di rielaborazione personale. Un semplice sguardo al numero delle citazioni può risultare abbastanza indicativo del composito riferimento concettuale del sacerdote svizzero: tralasciando i Pontefici e i teologi (Congar, Rodríguez, S. Tommaso), superano la riga, da un canto, Lombardia, Hervada ed Errázuriz, dall'altro Mörsdorf, Aymans e Corecco. Senza giungere alla radicalizzazione di Corecco, l'Autore comunque si orienta decisamente verso l'indirizzo teologico, facendo sua la tesi di Aymans: «la canonistica è una disciplina teologica che opera con metodo giuridico alle condizioni determinate dalla propria conoscenza teologica» (p. 120). Il titolo stesso (*Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico*) è emblematico della conclusione raggiunta: il diritto della Chiesa deriva dalla sua matrice soprannaturale. A noi sembra invece che l'univoco fondamento del fenomeno giuridico risiede nello statuto metafisico della persona (il fondamento non sarebbe ecclesiologico ma ontologico). La peculiarità del diritto ecclesiale non giunge a configurare un diritto diverso o analogo come sostiene Cattaneo («il concetto di giuridicità, applicato ad entrambi questi diritti [secolare e canonico], sarebbe analogo, non univoco. [...] Pare essere questa la posizione più corretta» p. 100), motiva solo una particolare *forma mentis* e sensibilità nel canonista. Il rischio altrimenti è che l'impostazione realista sostenuta non si coniughi appieno con quella ecclesiologica sviluppata. L'eclittismo nel riportare i diversi approcci epistemologici ci sembra che possa sviare dalla compren-

sione profonda del problema giuridico ecclesiale fondamentale.

L'opinabilità dell'impostazione poco toglie alla correttezza e onestà della presentazione e al valore del lavoro. «Se queste pagine contribuiranno a formare canonisti che sapranno comprendere, apprezzare e configurare il diritto della Chiesa in una prospettiva di fede, al servizio del Popolo di Dio, il nostro lavoro non sarà stato vano, attendendo *mercedem dispensationis a Domino*» (p. 14). L'intento merita un sentito plauso con l'auspicio della prosecuzione della feconda collaborazione scientifica col Dott. Fabris.

MASSIMO DEL POZZO

CHRISTIAN COCHINI, *Origini apostoliche del celibato sacerdotale*, Nova Millennium Romae, Roma, 2011, pp. 504.

DAI primi mesi dell'anno scorso è disponibile la versione italiana, realizzata sulla base della seconda edizione francese, del libro del gesuita P. Christian Cochini intitolato «*Origines apostoliques du célibat sacerdotal*» (Le Sycomore, Lethielleux/Namur, 1981), editata da *Nova Millennium Romae*. Nel 1990 era già apparsa la versione americana (*The apostolic origins of priestly celibacy*, Ignatius Press). Nel 2006, infine, l'editrice Ad solem (Ginevra) ha editato la seconda edizione francese (*Les origines apostoliques du célibat sacerdotal*). La prefazione alla versione italiana è del Rev.do Prof. Mons. Stefan Heid, a sua volta autore de *Zölibat in der frühen Kirche: Die Anfänge einer Enthaltenspflicht für Kleriker in Ost und West* (Padernborn, 1997), tradotto nel 2000 in Americano per i tipi di Ignatius Press (*Celibacy in the early church. The beginnings of a discipline of obligatory continence for clerics in east and west*).

La genesi del libro che presentiamo, come spiega lo stesso Autore, è assai più remota. Essa risale al maggio 1969 allorché, il gesuita P. Cochini – tuttora vivente a Hong Kong, ed impegnato nel dialogo interreligioso con le comunità buddiste della Cina – discusse la sua tesi di laurea presso l'Institut Catholique di Parigi, con Jean Danielou come presidente della Commissione. In seguito, lo stesso Danielou, da un lato, e l'allora don Alfonso M. Stickler, s.d.b., dall'altro, entrambi poi Cardinali, spinsero insistentemente il Padre Cochini a proseguire nelle sue ricerche. Si giunge quindi al testo del 1981 del quale Henri De Lubac ebbe a scrivere: «quest'opera è di primaria importanza. Presuppone delle ricerche considerevoli, lunghe e metodiche. Nella produzione del nostro secolo sulla materia, penso che nulla gli possa esser paragonato, neppure da lontano».

Gli approfondimenti seguiti alla discussione della tesi di laurea, partirono dal casuale rinvenimento di un frammento risalente al Concilio di Cartagine del 390, un'assise peraltro assai modesta sia per il numero dei partecipanti che per i temi che in essa vennero discussi, nel quale si legge: «Ut quod apostoli docuerunt, et ipsa servavit antiquitas, nos quoque custodiamus [...] quo possint simpliciter quod a Deo postulant impetrare». Si trattava di parte dell'intervento che il vescovo africano Genethlius fece in detta circostanza. La cosa poteva anche finire lì, con buona pace di tutti. Se non ché, quello che a prima vista era niente più che un appunto privato preso da qualcuno, e quindi con il valore che una simile "nota" può avere, si ritrova anche in due decretali di Papa Siricio ("Directa" e "Cum in unum") ed in un'altra inviata da un Sinodo romano – proba-

bilmente della fine trecento, inizi quattrocento – ai vescovi della Gallia ("Dominus inter"), come pure in quell'opera monumentale che fu il *Codex Canonum Ecclesiae Africanae*, promulgato nel 419, ai tempi di Agostino. A questo punto, il Padre Cochini ha ritenuto che ce ne fosse abbastanza per cercare di capirne di più. E così nacque il libro del 1981, con tutto ciò che ad esso seguì.

La ricerca di P. Cochini è guidata da una domanda alla quale egli cerca di rispondere: si tratta di sapere «se la legge del celibato-continenza, o della continenza in senso largo, può vantare una remota antichità, cioè un'origine apostolica» (p. 61). L'opera è divisa in due parti: la prima considera il periodo che va dalle origini, sino al 390. La seconda, dal 390 al VII secolo e, più precisamente, al Concilio in trullo (691). Il metodo seguito è assolutamente interdisciplinare, nel senso più genuino di questo termine. Il lettore, di fatto, si accorgerà che teologia, storia della chiesa, patristica, diritto canonico e civile, non solo si "confrontano" in parallelo, ma, dialogando tra di loro, interagiscono, con l'indubbio guadagno di fornire il corretto quadro di riferimento interpretativo che illumina la verità dei fatti. Uno dei punti forti della ricerca è precisamente la ricostruzione del contesto nel quale la ricerca sulle origini del celibato deve essere svolta e dal quale essa prende luce. I fatti, al di fuori del contesto nel quale hanno avuto luogo, potrebbero dire l'esatto contrario rispetto alle apparenze e, forse, anche qualcosa di più. Per tutti, basterebbe citare il caso del famoso episodio dell'intervento di Pafnuzio al concilio di Nicea, del quale P. Cochini evidenzia – sia pure non con la forza che avrebbe voluto l'allora don Stickler – il carattere favolistico. Assumendo le conclusioni

del Prof. F. Winkelmann, contenute in una conferenza pubblicata dall'Istituto di bizantinologia dell'Università Martin-Luther di Halle Wittemberg, Cochini ritiene che l'episodio in parola sia il prodotto di una progressiva trasfigurazione agiografica dei fatti e che l'esame critico delle più antiche liste di sottoscrizioni del concilio di Nicea porta a negare qualsiasi carattere di autenticità al famoso episodio di cui Pafnuzio sarebbe stato protagonista.

Padre Cochini si fa subito premura di chiarire in che senso, alle origini, si parlava di celibato ecclesiastico. Non certamente nel senso corrente del termine, vale a dire l'obbligo di rinunciare al matrimonio, come condizione previa per l'ammissione all'ordine sacro. Il celibato, in quel tempo, era inteso, per coloro che si erano sposati prima di essere ordinati, come l'impegno a vivere nella perfetta continenza con la propria moglie: «i primi secoli della Chiesa non conoscono alcuna legge circa il celibato, intesa nell'accezione moderna del termine, nel senso cioè di una norma che incomincia a imporre come condizione previa per l'ammissione agli ordini l'obbligo di rinunciare al matrimonio. Ai membri superiori del clero non sposati, era invece vietato contrarre matrimonio una volta ricevuta l'ordinazione; gli uomini sposati divenuti diaconi, presbiteri o vescovi non potevano risposarsi, nel caso in cui fossero rimasti vedovi. Nella Chiesa delle origini, dunque, il celibato era inizialmente inteso come la proibizione di sposarsi (o di risposarsi) *dopo* la ricezione degli ordini maggiori» (p. 60). Cochini parla quindi di una legge sul celibato in senso stretto – il senso, cioè, in cui noi oggi intendiamo il celibato – e di una legge sul celibato in senso largo, che trova nella *lex continentiae* uno dei suoi

aspetti essenziali. Il problema, quindi, non era l'esistenza di un eventuale matrimonio, ma il tipo di relazioni che si dovevano instaurare tra marito e moglie dopo la ricezione degli ordini maggiori da parte dell'uomo. Il lettore, pertanto, non resterà sopraffatto – o atterrito – dall'ampia sezione (pp. 89-129) che P. Cochini dedica ad illustrare gli esempi – dei quali si dispone – di chierici sposati e padri di famiglia durante i primi sette secoli della Chiesa. Un altro punto sul quale l'autore intende mettere chiarezza è il fatto che, nello studio sulle origini del celibato ecclesiastico non si deve andare alla ricerca di una legge, formalmente scritta, a partire dalla quale il celibato (in senso stretto) sarebbe stato richiesto. Di fatto, se tale testo esistesse, «l'esegesi o la storia ce l'avrebbero fatto conoscere già da molto tempo» (p. 62). Assai più verosimile sarebbe quindi l'idea di un comportamento già diffuso, e basato su di un "insegnamento" degli apostoli che solo successivamente sarebbe stato normato mediante apposite leggi. La disposizione giuridica positiva, del resto, segue sempre la vita, e mai la precede. L'esame puntuale di tutti i concili e sinodi tenutisi nel periodo considerato dall'Autore, mostrano i Padri non già preoccupati di introdurre una nuova legge – quella appunto del celibato – quanto piuttosto intenti a difendere strenuamente ciò che essi consideravano un portato risalente alle origini apostoliche.

Il dialogo in cui P. Cochini pone le diverse discipline ecclesiastiche non è solo interdisciplinare, ma è anche di carattere culturale. Il suo libro, di fatto, non si limita a presentare la situazione della chiesa di occidente, ma si addentra anche in quella della chiesa di oriente, dove però la questione del celibato appa-

re ancora più complessa a motivo della peculiare situazione politica nella quale essa si è trovata a vivere e ad operare.

Gli esiti della presente ricerca, ovviamente, non cambiano il corso della storia degli uomini, né il loro destino, ma, più semplicemente, riportano la questione sulle origini del celibato, dopo la *débâcle* seguita al noto “confronto” tra Funk e Bickell, all’interno di un alveo di indagine e di studio che potrebbe ancora produrre frutti abbondanti e preziosi. L’Autore, del resto, non presenta gli esiti dei propri studi come una sorta di “quinto evangelo”, o come la soluzione di tutti i problemi, ma li offre più semplicemente come un contributo per successivi approfondimenti, che ben sa ancora necessari. Egli, di fatto, non manca di rilevare che le fonti storiche debbano essere ancora integrate, indicando, in particolare, come dal campo dell’epigrafia potrebbero derivare nuovi ed interessanti elementi conoscitivi. Come ogni ricerca storica, anche quella di P. Cochini – ed egli ne è perfettamente consapevole – presenta una certa percentuale di probabilità: d’ora innanzi, tuttavia, gli studi su questo tema non dovranno più procedere a tentoni, o cercando di inveire a tutti i costi delle tesi preconcepite, ma con dei punti di riferimento ben precisi.

Ecco alcuni degli esiti dello studio di P. Cochini: il modello di sacerdozio impostosi a partire dal III secolo non è il frutto di una tardiva regressione a uno stadio pre-cristiano, ma il risultato di una logica interna di continuità che incominciò a manifestare le sue esigenze alle origini stesse del cristianesimo. Del resto, «è abbastanza inconcepibile che, a distanza di soli due secoli, la Chiesa abbia deviato in modo tanto rilevante rispetto al modello originario, laddove

essa attesta uno sviluppo omogeneo in tutti gli altri campi in cui si trattava di questioni essenziali» (p. 462); al centro del discorso sul celibato c’è la funzione di mediazione che il sacerdote cristiano è chiamato a svolgere, un ruolo non meramente culturale – che farebbe subito pensare alla purezza del codice levitico –, ma profetica. Il sacerdote «è l’uomo che, nell’esercizio – e mediante l’esercizio – delle sacre funzioni (soprattutto dell’Eucaristia), dedica il proprio essere al servizio della storia umana, sforzandosi di conseguire, attraverso il dono di se stesso ed il valore di una preghiera gradita, i favori salvifici del suo divino interlocutore» (cf Eb 5,1) (pp. 463-464); le motivazioni addotte in favore della continenza dei chierici sono indipendenti dalla corrente spirituale che alimentava le esortazioni alla verginità: «il ministro di Cristo dev’essere continente, meno in virtù di un desiderio carismatico di appartenenza a Dio (benché, va da sé, che una tale disposizione convenga al suo stato) quanto piuttosto allo scopo di ottenere le necessarie condizioni per l’espletamento della sua missione sacrificale, o, in altri termini, della sua funzione di mediatore» (p. 468); la storia della legge sull’astinenza coniugale dei chierici superiori «non è una lenta evoluzione prodotta dal crescente influsso di un movimento favorevole alla verginità, ma una resistenza da parte della tradizione alle correnti contrarie che si manifestavano in tempi e luoghi diversi» (p. 469).

Chi va in cerca del materiale per uno scoop giornalistico o di una pruriginosa novità scandalistica resterà assai deluso dal libro di Padre Cochini. Nulla nell’opera di cui ci stiamo occupando travalica i limiti della ricerca scientifica, tanto più in una materia così delicata e,

per certi versi, inestricabile, ma, forse, proprio solo per questo motivo di origine divina. Si tratta, in definitiva, di un serio tentativo – tipico, peraltro, della migliore tradizione gesuitica – di voler ricercare la verità delle cose. Il libro di P. Cochini, fin dalla sua prima apparizione nel 1981, ha avuto critiche pesanti e acide. Ha atteso trent'anni per apparire nella versione italiana. Solo il coraggio e il disinteresse della casa editrice *Nova Millennium Romae* offre ora agli studiosi il piacere di poter gustare e riflettere su questo libro scritto con onestà intellettuale e rispetto, sia per la materia, sia per chi la pensa in modo diverso. Esso va dunque letto, studiato e divulgato.

ALBERTO PERLASCA

GIUSEPPE DALLA TORRE, PASQUALE LILLO, GIUSEPPE MARCO SALVATI (Eds.), *Educazione e religione*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2011, pp. 396.

L'INSIEME degli studi raccolti in questo volume vengono presentati da Giuseppe Dalla Torre come un contributo alla necessità d'affrontare l'emergenza educativa che sfida le società occidentali a partire dal necessario approfondimento scientifico e culturale, nel quale non è possibile lasciare da parte la dimensione religiosa della persona umana.

La Prima Parte del volume raccoglie le relazioni tenute al Convegno su "Teologia in Università: il caso italiano", svoltosi nel novembre 2009 in occasione del settantesimo di fondazione della LUMSA. Dopo una breve introduzione di Giuseppe Marco Salvati – curatore del convegno –, vengono presentate alcune esperienze italiane di convivenza del pensiero teologico con altre disci-

pline, in contesti accademici non dedicati esclusivamente alla formazione dei teologi (Giancarlo Parego, *La teologia all'Università Cattolica del Sacro Cuore*, pp. 21-24; Piergiorgio Grassi, *Gli studi teologico-religiosi nell'Università di Urbino*, pp. 25-35; Giuseppe Marco Salvati, *La teologia alla LUMSA*, pp. 37-43).

Particolare interesse in questa prima parte del volume presentano gli studi che inquadrano le menzionate esperienze. In apertura troviamo il contributo di Margherita M. Rossi (*Teologia e saperi*, pp. 11-20), che partendo da una nuova constatazione della frammentazione del sapere e della mancata disponibilità universitaria a progetti di ricerca comune, articola la sua riflessione sul potenziale strutturante del sapere teologico, attraverso il triplice compito assegnato da A. MacIntyre ai programmi universitari: fornire agli studenti qualcosa di strutturato e ordinato in modo intelligente; far toccare con mano agli studenti il meglio delle culture che hanno preceduto la nostra; ripristinare negli studenti un senso di legame con tali tradizioni culturali, come elemento illuminante del loro odierno lavoro intellettuale. Chiudendo questa prima parte della pubblicazione, ci troviamo con il contributo di Giuseppe Dalla Torre (*Teologia e professioni*, pp. 45-57), che affronta decisamente l'altro grande nemico attuale dell'autonomia universitaria, e quindi della possibilità di riscoprire la ricerca della verità come compito centrale nella vita accademica. E cioè, la concezione della istituzione universitaria come luogo di mera trasmissione di formazione professionale, e la conseguente esclusione del sapere teologico – e di ogni pretesa di trascendenza – dal processo formativo universitario. L'interesse di questo contributo aumenta per l'approccio alla tematica

attraverso la rottura tra dimensione secolare e religiosa nella società contemporanea, esemplificata allo stesso tempo con concretezza e profondità nell'analisi dei contesti universitari contemporanei.

Nella Parte Seconda del volume vengono raccolti nove contributi – di estensione molto varia –, frutto del seminario degli allievi bolognesi e romani di Giuseppe Della Torre, in occasione del corso del giugno 2009, sul tema “Educazione e religione”. Anche se ordinati alfabeticamente secondo i nomi degli autori, i lavori contenuti in questa seconda parte dell'opera possono essere suddivisi in tre gruppi.

Nel primo, si potrebbero raggruppare i due articoli direttamente dedicati al *munus docendi Ecclesiae*, sia dal punto di vista del magistero sociale, sia dal punto di vista propriamente giuridico. Questi sono i contributi di Maurizio Martinelli (*La funzione di insegnare, il compito educativo della Chiesa e le più recenti indicazioni della dottrina sociale*, pp. 303-328), e quello di Geraldina Boni (*Il ruolo attivo del laicato nel munus docendi. I laici educatori nella Chiesa di oggi*, pp. 87-203). M. Martinelli offre una visione d'insieme del magistero sociale sull'educazione, e del suo sviluppo, prima, durante e dopo il Concilio Vaticano II. G. Boni, dal canto suo – nel contributo più ampio raccolto nella pubblicazione – fa un ripasso esaustivo delle principali controversie giuridiche legate oggi ai compiti di trasmissione della fede e d'ispirazione del ordine temporale propri dei fedeli laici. I due autori, ognuno dalla sua prospettiva, sottolineano la necessità di potenziare ancora l'impulso conciliare verso un riconoscimento effettivo ed efficace della missione dei fedeli laici nella trasformazione dell'ordine temporale secondo il disegno divino.

Il secondo gruppo di lavori sarebbe composto dagli studi che si riferiscono ai contesti sociali, soprattutto d'ambito occidentale, nei quali si sviluppano le diverse attività educative portate avanti dai fedeli cristiani. Qui si possono includere i lavori di Paolo Cavana (*Educazione, religione e laicità*, pp. 205-216), quello di Francesco Ricciardi Celsi (*La educazione nei concordati*, pp. 329-392), e quello di Enrico Giarnieri (*Considerazioni in ordine all'educazione religiosa in un contesto pluralista, con riferimento alla parità scolastica*, pp. 235-245). Nel primo, partendo dalla evoluzione del concetto di laicità nelle diverse tradizioni occidentali, si delinea il modo nel quale queste concezioni vengono plasmate oggi nella legislazione educativa dei principali ordinamenti giuridici. Nel secondo, il panorama si fa ancora più concreto tramite l'analisi esaustiva della normativa concordataria in materia educativa, distinguendo le caratteristiche comuni dei diversi concordati secondo periodi storici ed aree d'influenza geografica e politica. Nel terzo in fine, viene analizzata la problematica particolare delle istituzioni educative di tendenza in Italia, e la necessità di favorire finanziariamente il pluralismo educativo come condizione necessaria per un autentico pluralismo sociale.

Il terzo e ultimo gruppo dei contributi raccolti è quello riferito ai diritti educativi – civili ed ecclesiali – dei minori, e alla loro articolazione con altri diritti presenti nel contesto educativo e scolastico. In primo luogo, con i diritti dei propri genitori, sia nell'ordinamento civile (Pasquale Lillo, *Libertà del minore nella sfera educativa religiosa*, pp. 275-302), che in quello canonico (Francesco Iacobellis, *La giurisprudenza canonica in tema di educazione religiosa*, pp. 247-273). In secondo luogo, con i diritti dei soggetti che

intervengono nei casi di adozione o affidamento (Daniela Bianchini, *Educazione del senso religioso dei minori, con particolare riferimento alle famiglie in difficoltà*, pp. 61-86). In terzo luogo, sempre nell'ambito dell'articolazione dei diritti tra genitori e figli, vengono trattate anche le situazioni nelle quali si pone la necessità d'applicare misure penali civili per proteggere i minori, situazioni dovute molte volte a fattori legati al fenomeno migratorio (Mariassunta Cozzolino, *Profili penalistici dell'educazione religiosa. Spunti per una lettura ecclesiastica*, pp. 217-234).

Con questi tre gruppi di studi, complementari tra di loro, la panoramica d'insieme che offre la Parte Seconda della pubblicazione è veramente completa, e sarà apprezzata da chi voglia approfondire le diverse materie trattate.

Vorremmo in fine rilevare che il presente volume risponde pienamente all'obiettivo proposto, e cioè costituisce un incitante invito ad affrontare l'attuale emergenza educativa senza tralasciare una seria riflessione sulle complesse coordinate sociali e giuridiche che l'inquadrano.

IÑIGO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

DOMINIQUE LE TOURNEAU, *Droits et devoirs fondamentaux des fidèles et des laïcs dans l'Église*, Coll. Gratianus, Série monographies, Wilson & Lafleur, Montréal, 2011, pp. xxviii + 396.

L'AUTORE des *Mots du christianisme* vient de publier un ouvrage fruit d'un enseignement récent dispensé au *Studium* de droit canonique de l'archevêché de Lyon sur les droits des fidèles. Diverses publications plus anciennes témoignent de son intérêt pour le sujet. Le

livre, paru dans une collection monographique, présente des allures de manuel: il introduit de manière concise et claire aux différents aspects du droit de l'Église envisagé sous l'angle formel des droits et devoirs fondamentaux des fidèles; si bien que même le lecteur qui ne serait pas passionné par la thématique générale, sera nécessairement intéressé au plus haut point par l'un ou plusieurs des thèmes abordés. Grâce à de nombreuses et brèves citations (le cas échéant, traduites par ses soins), l'auteur donne la parole aux principaux canonistes intervenus dans ce débat fondamental qui a animé les trois dernières décennies. Les références doctrinales sont abondantes, voire presque complètes.

Une très substantielle «introduction» (65 p.) met en évidence certaines idées maîtresses du concile Vatican II, le projet de *Lex Ecclesiae Fundamentalis* et son report, les caractéristiques respectives des codifications latine et orientale en la matière. Elle initie également aux problématiques liées à la question de l'existence, dans l'Église, de droits subjectifs et, a fortiori, de droits fondamentaux. Elle précise également la différence entre les droits de l'homme et ceux des fidèles, même si certains droits sont reconnus à des non-baptisés dès lors qu'ils entrent en relation juridique avec la société ecclésiale; il y a donc des passerelles reliant ces catégories bien distinctes.

Lors de la conception d'une telle étude, une interrogation sur la méthode a dû se poser: convenait-il d'exposer les droits fondamentaux de manière systématique? Mais alors quelle classification des droits et devoirs fondamentaux choisir comme fil rouge: celle de Hervada ou celle de Corecco? Les propositions de Coccopalmerio, d'Ardito ou de Provost? Si mention est faite dans

l'ouvrage de ces différentes ébauches et si des concepts tels la *conditio libertatis* ou la *constitution matérielle* forgés par Javier Hervada y figurent en bonne place, l'auteur n'en choisit pas moins de suivre l'ordre des canons correspondants du CIC 83. Les deux «parties» de l'ouvrage passeront en revue les droits et devoirs fondamentaux *des fidèles du Christ* (pp. 67-252), puis ceux annoncés comme *propres aux laïcs* (pp. 253-367).

Il est toutefois permis de s'interroger sur le bien-fondé de la subdivision du code puisque, comme une partie de la doctrine l'a fait remarquer, la plupart des droits attribués aux laïcs pourraient être reconnus aux fidèles en général. Par ailleurs, le concept de «laïc» revêt une grande importance, et il règne encore à son endroit une certaine confusion, comme le dernier colloque organisé par la Faculté de droit canonique de cette université (PUSC) sur ce thème l'a bien montré. Dans le droit fil des documents conciliaires et du magistère récent, l'ouvrage y revient à plusieurs reprises afin de souligner ce qui constitue le propre du laïc, sans omettre sa dimension positive, et de prévenir le double écueil: la consécration du laïc et sa cléricisation.

Conformément au modèle exégétique, sous le texte français de chaque canon ou paragraphe commenté figure sa source officielle, dont l'auteur ne se prive pas d'indiquer les lacunes, le cas échéant. Mais le recours à cette méthode n'est pas sans comporter quelques inconvénients. À commencer par le risque des répétitions, qui sont ici réduites à un minimum acceptable. De plus, l'auteur prend soin de ne pas s'enfermer dans une exégèse pure et simple du texte du code: il tient compte d'autres sources et veille à fournir des explications complémentaires. Outre les développements

concernant les notions de fidèle et de laïc, c'est notamment le cas, de l'Église catholique et de la communion ecclésiastique (éléments nécessaires – parmi d'autres – pour «situer» les titulaires au plan ecclésiologique et pour fixer les conditions d'exercice des droits fondamentaux), des principes constitutionnels dérivant du concile (égalité, variété, hiérarchique), mais aussi du statut de catéchumène, lui aussi générateur de droits dans l'Église. Ces notions charnières permettent de saisir la portée des droits et devoirs énumérés aux canons 208-223 (fidèles) et 224-231 (laïcs). L'éclairage du CCEO se révèle un utile complément, voire un correctif (par exemple, quant à la notion de laïc évoquée au can. 399).

De surcroît, Mgr Le Tourneau déjoue le piège d'un commentaire quelque peu «mécanique» des dispositions du code: c'est ainsi qu'il ajoute au catalogue établi par le CIC une série de droits qui, bien que ne figurant pas dans les Titres I et II du code (ou n'appartenant pas au projet de LEF), lui paraissent relever de la catégorie des droits et devoirs fondamentaux; il est en cela d'accord avec d'autres canonistes. Il met en exergue principalement les droits à un bon gouvernement, à l'information et d'enseignement de la doctrine. Manifestement, le catalogue du code n'a pas de prétention à l'exhaustivité, étant entendu que la réalité des choses justes fondamentales précède la déclaration des droits fondamentaux par l'autorité compétente. Mais cette déclaration est loin d'être négligeable. À l'heure où des révisions très partielles du code semblent davantage relever du domaine du possible, ne serait-il pas souhaitable que la «charte» puisse être dûment complétée à la lumière des expériences accumulées et que cela soit réalisé avec toutes les caractéristiques

techniques requises pour une effective formalisation canonique?

L'auteur souligne également la nécessité d'accompagner le catalogue de réglementations normatives adéquates et d'une protection judiciaire efficace. En dépit de sa proclamation au canon 221, ce dernier point demeure le maillon faible du droit canonique: il « nous semble ressortir davantage de la méthode Coué que de la réalité... » (p. 227). Il est directement tributaire du report de la création des tribunaux administratifs et sans doute aussi de la lenteur avec laquelle la Signature apostolique met en œuvre la publication systématique pourtant annoncée de ses sentences.

L'ouvrage de Mgr Le Tourneau (rendu très maniable grâce à un index analytique et à une table des canons cités du CIC, puis du CCEO) ne fera pas seulement le bonheur des canonistes francophones, qui y trouveront un manuel pour la pratique des droits fondamentaux dans l'Église réunissant énormément de documentation et de références en français. En ce qu'il fournit un appréciable état de la question et nombre de réflexions suggestives et actuelles précisément à un moment où cette thématique est peut-être à la recherche de son second souffle, il est également appelé à être un ouvrage de référence pour la « canonistique » internationale.

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

MARIA LETIZIA RUSSO, *La libertà religiosa nel sistema di protezione europeo dei diritti fondamentali*, Prefazione di Alberto Maira, Edizioni Lussografica, Caltanissetta, 2011, pp. 198.

NELL'AMBITO degli studi giuridici usciti nell'ultimo anno in Italia sul tema del-

la libertà religiosa, quello dell'avv. Maria Letizia Russo si segnala per l'efficace sintesi e l'integralità dell'approccio di analisi. Il tema, infatti, è spesso trattato con ottica distorsivamente specialistica, vuoi centrata solo sulla giurisprudenza (cfr., ad es. PASQUALE ANNICCHINO, *La tribunizzazione del diritto di libertà religiosa tra Corte suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, tesi di dottorato nell'Università degli studi di Siena-Facoltà di giurisprudenza, anno accademico 2010/2011, Siena 2011), con il limite quindi di riflettere solo la "patologia clinica" del diritto, vuoi sul profilo penalistico [cfr. DAVID BRUNELLI (a cura di), *Diritto penale della libertà religiosa, Giappichelli*, Torino 2010], riducendolo sul problema della compatibilità o meno con un concetto piuttosto ambiguo come quello di "ordine pubblico" o, infine, su quello filosofico-teologico [cfr. SILVIA SCATENA-MARCO RONCONI (a cura di), *Libertà religiosa e diritti dell'uomo: introduzione a Dignitatis humanae*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi) 2010], che produce analisi spesso "ghettizzate" in quanto a torto giudicate prive di scientificità.

Il saggio in commento, invece, conduce con taglio alto divulgativo una presentazione della libertà religiosa in termini giuridici il più possibile oggettivi in un quadro di diritto positivo, ricorrendo comunque ad un inquadramento ed a chiavi d'interpretazione di carattere storico ed etico-morale, non disdegnando da quest'ultimo punto di vista di utilizzare il più recente Magistero della Chiesa cattolica in materia e, in particolare, quello di Benedetto XVI che, come noto, ha voluto dedicare l'ultimo Messaggio per la celebrazione della Giornata mondiale della Pace (1° gennaio 2011), proprio al tema "*Libertà religiosa, via per la Pace*".

Merita rilevare, infatti, che la Russo, avvocato del foro di Palermo, oltre ad aver conseguito nel 2010 un dottorato di ricerca in *“Diritti dell’uomo: evoluzione, tutela e limiti”* presso l’Università degli studi di Palermo (coordinato dalla prof.ssa Isabel Trujillo Pérez), è dal 2005 socia dell’*Unione Giuristi Cattolici Italiani* nonché responsabile per la Sicilia dell’IDIS, l’*Istituto per la Dottrina e l’Informazione Sociale*, un centro studi che approfondisce i temi della dottrina sociale della Chiesa.

Il suo saggio, anche per questo, ha fra gli altri il merito di partire da un presupposto indispensabile, senza il quale ogni discorso sul tema e su quell’altro, strettamente connesso, dei diritti umani, rischierebbe di apparire, come spesso accade, del tutto distorto. Il presupposto, cioè, per cui la libertà di religione è e va riconosciuta come la prima ed una delle più elevate forme di libertà, individuali e sociali, della persona.

Ad intorpidire la corretta ottica sull’argomento incide spesso il vario, consueto ed ambiguo riferimento al concetto di *laicità*. Il tema della libertà religiosa, infatti, viene inserito nel dibattito moderno, quantomeno nel mondo euro-occidentale, in quello relativo alla nozione di Stato *laico*, genericamente inteso come un sistema giuridico che predica come fondamentale la distinzione tra la sfera politico/istituzionale e quella religiosa.

Tuttavia, come avverte giustamente l’Autore nell’*Introduzione* al saggio (pp. 7-15), “[...] l’idea stessa di laicità non è univoca, e meno ancora è neutra in ogni sfumatura e l’accoglimento di un’accezione in luogo di un’altra determina conseguenze rilevanti in tema di libertà religiosa” (p. 8).

A questa difficoltà, se ne aggiunge un’altra, riguardante specificamente lo “spazio giuridico europeo”, dovuta al

fatto che gli strumenti di protezione del diritto, già all’interno dell’Unione Europea, traggono origine da un sistema di fonti estremamente diversificato essendovi, peraltro, profonda divergenza fra quelle interne e quelle sovranazionali.

Il problema principale, comunque, dal punto di vista del diritto positivo, consiste nella definizione del diritto alla libertà religiosa e, conseguentemente, dei suoi limiti. Si tratta, in effetti, di uno dei nodi principali del dibattito contemporaneo, perché connesso a quello della sua *giuridicità*, soprattutto alla luce della proliferazione degli strumenti internazionali di tutela individuale che ne determina un conflitto con altri e “nuovi” diritti. Rispetto alla primigenia formulazione della *Dichiarazione dei Diritti dell’uomo* del 1948, infatti, “[...] il novero dei diritti ritenuti fondamentali si è oltremodo allargato grazie all’utilizzo moltiplicatore del principio di non discriminazione” (p. 12). È proprio quest’ultimo, ad avviso di chi scrive, il principale “grimaldello” che ha consentito e, ancora più, potrà consentire nei prossimi decenni (se non si cambierà rotta), a livello giurisprudenziale, di distorcere, circoscrivendolo o dilatandolo a seconda dei casi, il contenuto del diritto di libertà religiosa. Ad esempio, sottolinea la Russo, “[...] può risultare controverso se sia ammissibile una “discriminazione” nella scelta dei ministri di un culto da parte delle gerarchie proprie della corrispondente chiesa” (p. 12).

Forse è questo il motivo per cui la libertà di religione, pur essendo ritenuta come un diritto fondamentale, non è finora assunta ad oggetto di un’apposita convenzione internazionale. Ciò è accaduto, avverte l’Autore, proprio “[...] per la riluttanza di numerosi Stati ad accogliere una definizione condivisa di tale libertà, da cui desumere indefettibilmente tutti i dirit-

ti che al suo esercizio si riconnettono” (pp. 13-14).

Passando in rassegna il contenuto del volume, si evidenzia innanzitutto, come già accennato, l'importanza che l'Autore riserva alla *Evoluzione storica del diritto alla libertà religiosa* (Capitolo 1, pp. 17-31), cominciando col contraddire la comune percezione di un “progresso lineare” nell'evoluzione della libertà religiosa. Piuttosto, come rileva la Russo, “[...] benché la nozione di libertà religiosa non sia emersa fino al XVII sec., i temi connessi sono in realtà tanto risalenti come è la stessa storia delle religioni” (p. 17).

Nel Capitolo 2, *Le fonti normative del diritto alla libertà religiosa* (pp. 32-69), si tenta di rintracciare, fra le fonti nazionali, comunitarie e internazionali in materia, “[...] la presenza o meno di qualche modello di carattere comune o di alcune linee di orientamento prevalenti” (p. 33), impresa solo parzialmente riuscita, innanzitutto perché “[...] soltanto pochi Stati presentano una legislazione interna organica in materia di libertà religiosa” (ibidem).

Il Capitolo 3, *I modelli di rapporto Stato-Chiesa negli Stati Europei* (pp. 70-87), è dedicato alla descrizione, nell'Europa “dei 27” di tali modelli di relazione, la cui rassegna è tale da “[...] coprire virtualmente tutte le possibilità di articolazione dei rapporti tra Stati” (p. 70). Infatti, sebbene il regime prevalente nei Paesi dell'Unione Europea sia quello concordatario (Italia, Spagna, Portogallo, Austria e Germania), si rinvengono anche modelli denominati di “fusione”, cioè Ordinamenti che prevedano una religione di Stato, seppur in declino perché le relative norme sono ormai quasi solo previsioni nominali (Svezia, Danimarca, Finlandia, Gran Bretagna e Grecia) e di “separazione” (Francia, Belgio), questi ultimi che garantiscono cioè la “[...] libertà di co-

scienza e/o di culto a patto che non si turbi l'ordine pubblico, locuzione quest'ultima coincidente con ambito concettuale incerto” (p. 71).

Il Capitolo 4, intitolato *La Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [CDU] in materia di libertà religiosa* (pp. 88-156) e 5, *La Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea* (pp. 157-166), presentano una analisi degli orientamenti giurisprudenziali dei due organismi giudiziari che, “[...] seppure in origine concepiti con ambiti di competenza distinti, hanno visto, tuttavia, progressivamente ridursi le distanze tra i rispettivi margini di intervento” (p. 157). Tale trattazione è arricchita da una appendice al volume (cfr. *Addendum*, pp. 181-187), dedicata all'approfondimento della storica pronuncia della *Grand Chambre* della del 18 marzo 2011, c.d. *sentenza Lautsi c. Italia ed altri*, emessa pochi giorni dopo aver dato alle stampe il volume. La più importante acquisizione di tale pronuncia, che ha ribaltato la precedente condanna del 3 novembre 2009 della Repubblica italiana, da parte della competente sezione della CDU, per l'ostensione, ritenuta illegittima, del crocifisso nelle scuole pubbliche, risiede secondo la valutazione della Russo, nell’ “[...] avere, anzitutto, ristabilito i confini del proprio operato, rinunciando a quella che non esistiamo a definire una funzione di impulso, in una certa direzione, all'attività legislativa degli stati” (p. 187).

Il sesto Capitolo del libro, l'ultimo (*L'Europa e il principio di libertà religiosa*, pp. 167-174), è dedicato a verificare la possibilità d'individuare un modello “oggettivamente preferibile” di rapporti Stato-Chiesa, fra quelli esistenti nei vari Paesi d'Europa. L'Autore valuta positivamente quello della maggiore conformità della legislazione nazionale all'art.

9 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai Governi membri del Consiglio d'Europa, sebbene sia controverso se tale assetto imponga o meno “[...] una particolare forma di relazione Stato-chiese [od] andrebbe coniugato con [...] un certo principio di neutralità” (p. 167). Il primo paragrafo di tale articolo, infatti, contiene una definizione della “*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*” (=titolo della rubrica), la cui “[...] complessità e completezza della formulazione [...] sono tali da averla fatta considerare come la migliore oggettivamente possibile” (p. 89). In virtù di tale disposto, “*Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti*” (traduzione ufficiale della CDU, cfr. <http://www.echr.coe.int/echr/>). La Russo addiviene, da questo punto di vista, alla conclusione circa la mancanza di un regime unico o *preferenziale* fra quelli vigenti nell'Ordinamento europeo. Anche alla luce di tale conclusione, sarebbe stato forse opportuno

includere un riferimento nel testo al modello nordamericano di rapporto fra Stato-chiese, proprio in considerazione dell'attenzione dedicata dall'Autore nella trattazione al Magistero del regnante Pontefice nonché, d'altro canto, del crescente approfondimento, da parte della dottrina italiana, di questo tema (cfr., da ultimo, VALENTINA VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione: separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, CEDAM, Padova 2010). Benedetto XVI, che è evidentemente un ammiratore dei dispositivi istituzionali che governano la libertà religiosa e che sono volti a bilanciare la sfera secolare e quella spirituale negli Stati Uniti, ha ad esempio sottolineato come «*Il rispetto per la libertà di religione [sia] profondamente radicato nella coscienza americana, un dato di fatto che ha contribuito a far sì che questo Paese attraesse generazioni di immigranti alla ricerca di una casa dove poter liberamente rendere culto a Dio secondo i propri convinimenti religiosi*» (*Discorso di Sua Santità Benedetto XVI in occasione del viaggio Apostolico negli Stati Uniti d'America e visita alla sede dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, Santuario Nazionale dell'Immacolata Concezione di Washington, D.C., 16 aprile 2008*).

GIUSEPPE BRIENZA

DOCUMENTI

ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO, *Rescritto "ex audientia SS.mi" di approvazione dell'art. 126 bis del "Regolamento Generale della Curia Romana"*, 7 febbraio 2011, in «AAS» 103 (2011) 127-128

IL Santo Padre, in data 1° febbraio 2011, ha approvato il seguente testo quale articolo 126 bis del Regolamento Generale della Curia romana:

“**Art. 126 bis:** § 1. Il Dicastero, che ritiene necessario richiedere al Sommo Pontefice speciali facoltà, deve farne domanda per iscritto tramite la Segreteria di Stato, allegando un progetto di testo definitivo, con l’indicazione precisa delle facoltà richieste, la motivazione della domanda e specificando le eventuali deroghe alle norme canoniche universali o particolari, che risulterebbero modificate o in qualche modo disattese.

§ 2. La Segreteria di Stato richiederà il parere dei Dicasteri competenti in materia e di quelli che ritenga eventualmente interessati, nonché del Pontificio Consiglio per i Testi legislativi per quanto attiene la corretta formulazione giuridica e, se fossero implicate questioni dottrinali, della Congregazione per la Dottrina della Fede.

§ 3. Il fascicolo relativo alle facoltà speciali, che dovrà essere lasciato al Sommo Pontefice analogamente a quanto previsto nell’art. 126 § 3 del presente Regolamento, sarà composto dalla richiesta del Dicastero di cui al § 1, dai pareri ricevuti dai Dicasteri di cui al § 2, dall’eventuale riformulazione del progetto a cura del Dicastero richiedente, congiuntamente al Foglio d’Udienza a cura della Segreteria di Stato.

§ 4. La Segreteria di Stato comunicherà ai Dicasteri della Curia Romana il testo delle facoltà eventualmente concesse dal Sommo Pontefice e, insieme al Dicastero richiedente, valuterà se e come procedere alla sua pubblicazione”.

Il Santo Padre ne ha ordinato la promulgazione tramite la pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis*, disponendo che entri in vigore il 1° marzo 2011.

Dal Vaticano, 7 febbraio 2011.

Tarcisio Card. Bertone, Segretario di Stato

LA PROCEDURA PER OTTENERE FACOLTÀ SPECIALI
DAL ROMANO PONTEFICE DA PARTE DEI DICASTERI
DELLA CURIA ROMANA. COMMENTO ALL'ART. 126 BIS
DEL REGOLAMENTO GENERALE DELLA CURIA ROMANA

Mediante la pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis* del Rescritto *ex audientia Sanctissimi*, del 7 febbraio 2011, si è introdotto nel vigente Regolamento Generale della Curia Romana (in seguito RGCR), del 30 aprile 1999,¹ un nuovo articolo, il «126 bis», riguardante la procedura che si deve osservare qualora un Dicastero desiderasse ricevere dal Romano Pontefice delle facoltà speciali. Il provvedimento offre lo spunto per qualche considerazione sulla forma di emanazione degli atti della Curia Romana, che mi accingo ora ad esporre.

1. *La promulgazione dell'art. 126 bis e la natura del RGCR*

Anzitutto, va rilevato che il provvedimento commentato consiste in una *subrogatio*, cioè in una modifica di una norma precedente, non perché deroghi ad essa in qualche punto, ma, al contrario, perché viene ampliata mediante l'introduzione di una nuova disposizione.² In questo caso, lo si fa mediante la tecnica consistente nell'introdurre un articolo *bis*, forse più consueta nell'ambito civile che in quello canonico. Si comprende questa scelta, giacché appare quanto mai opportuno, per un principio elementare di economia, non ripetere tutta la norma, ma limitarsi ad indicare l'integrazione. D'altronde, l'inserimento dell'aggiunta mediante un numero *bis* è anche giustificabile dal punto di vista della sistematica del RGCR, poiché in questo modo la nuova disposizione si trova nel posto più adatto. Infatti, l'art. 126 del RGCR tratta del modo in cui un Dicastero deve chiedere l'approvazione specifica di un suo atto amministrativo, vale a dire di una materia analoga alla richiesta di facoltà speciali, in quanto si tratta di chiedere al Romano Pontefice un suo intervento affinché il Dicastero possa agire al di là delle sue facoltà ordinarie. (D'altronde, l'art. 125 si riferisce alle competenze amministrative dei Dicasteri e l'art. 127 regola la trattazione delle questioni straordinarie e di maggiore importanza).

¹ AAS, 91 (1999), pp. 629-699.

² Non è la prima integrazione fatta al RGCR. Una disposizione del Segretario di Stato del 18 gennaio 2002 completò l'art. 15 del RGCR, relativo all'assunzione del personale appartenente agli istituti di vita consacrata e società di vita apostolica, per adeguarlo al Regolamento Pensioni. Questa integrazione venne pubblicata su *Bollettino. Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica (ULSA). Pubblicazione periodica*, 11 (2002), pp. 71-72 e 227. Vedi un commento a questa disposizione da parte di J. CANOSA, *Annotazioni sull'integrazione delle disposizioni canoniche esecutive*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 855-860.

La nuova disposizione è stata resa nota mediante la sua pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis*, e appare contenuta in un rescritto *ex audientia Sanctissimi* in cui si afferma che il Romano Pontefice «ha approvato» il testo e «ne ha ordinato la promulgazione tramite la pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis*». In realtà, il provvedimento ha seguito, coerentemente, la stessa formalità del RGCR. In quello vigente, del 30 aprile 1999, infatti, si afferma che il Santo Padre in udienza concessa al Segretario di Stato, «ha approvato il nuovo Regolamento nel testo che segue, ordinandone la promulgazione e la pubblicazione in *Acta Apostolicae Sedis*». Trattandosi di una *subrogatio*, la formalità dell'emanazione dell'art. 126 bis appare ineccepibile proprio perché ha seguito la stessa della norma che viene a integrare. Tuttavia, la formula impiegata dal RGCR offre l'occasione per porsi, sotto il profilo formale, qualche domanda sulla natura di questo "Regolamento".

L'art. 37 della cost. ap. *Pastor bonus* (in seguito PB) si riferisce al RGCR («*Ordo servandus seu normae communes*») affermando che esso «accedit» alla Costituzione apostolica, «*firmis manentibus normis generalibus huius Constitutionis*». Benché di per sé nulla impedirebbe che lo stesso Romano Pontefice emanasse il RGCR (e, in tal caso, egli potrebbe naturalmente derogare alla PB), la sottomissione del RGCR alla PB, di cui parla l'art. richiamato, fa pensare che si stia facendo riferimento ad una norma di carattere amministrativo, che dà esecuzione alla legge (la PB), e alla quale non può derogare. Ne segue che per capire la natura e il rango formale del RGCR sia decisiva l'individuazione del suo autore.

Nell'affermare che il Santo Padre «ha approvato» il RGCR, si sta implicitamente riconoscendo che l'autore dell'atto è un altro, giacché nessuno "approva" gli atti propri. A questo assunto si potrebbe obiettare che è uso comune l'affermare che un'autorità "approva" nei casi in cui essa assume come propria una proposta che le è stata sottoposta. Infatti, per alcuni, questo è ciò che avviene con la c.d. "approvazione" in forma specifica, di cui all'art. 18 della PB e 126 del RGCR,³ mentre l'approvazione generica sarebbe l'atto di controllo che permette la piena efficacia dell'atto emanato dall'autorità inferiore. Ad ogni modo, nella norma ora esaminata non compare l'approvazione specifica, ma, al contrario, si usa la solita formula dell'approvazione generica richiesta dal citato art. 18 della PB e dall'art. 127, § 2 del RGCR per le questioni di maggiore importanza, tra cui, secondo la prassi della Curia Romana, si trovano tutte le norme generali amministrative emanate dai Dicasteri, di cui sono autori i Dicasteri medesimi, anziché il Santo Padre, di cui ricevono la sola approvazione generica.⁴

³ Sulla natura dell'approvazione specifica, cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La "aprobación específica" en la "PB" y la seguridad jurídica*, in *Persona y Derecho*, 3 (1993), pp. 361-423.

⁴ Difatti, quando si impiegano queste formule viene inteso che l'autore dell'atto rimane

Rimane pertanto ferma la domanda su chi sia l'autore del RGCR. Naturalmente non ci si chiede chi sia l'autore materiale della preparazione del testo, ma chi sia il soggetto a cui si debba attribuire giuridicamente l'atto, anche per capire con quale potestà e competenza egli agisca.

Sembrirebbe che l'autore sia il Segretario di Stato, ma, stando al rigore della formalità usata nella pubblicazione del RGCR (e del nuovo articolo), il Segretario di Stato appare solo come colui che funge da notaio dell'atto del Papa, il quale, mediante un rescritto, "approva", e il Segretario di Stato si limita a darne testimonianza. Non constando nessun autore della norma, si dovrebbe concludere che il Papa, nell'"approvare" il testo presentatogli, abbia in realtà emanato con la sua autorità una norma ("ha approvato di emanare"), sebbene non compaia nel testo pubblicato la sua firma.⁵

In verità, neanche nel testo pubblicato del rescritto, che è un atto del Romano Pontefice, compare la sua firma, giacché appartiene alla prassi pubblicare i rescritti *ex audientia* con la sola firma del Cardinale corrispondente, il che non toglie che nel foglio di udienza compaia anche la firma del Papa, ma tale foglio non viene pubblicato. Va notato che la norma del can. 474, secondo cui si richiede *ad validitatem* la firma dell'autore dell'atto di curia con effetti giuridici, vale per la curia diocesana ma non per quella della Santa Sede. Tuttavia, tenendo conto dello sforzo compiuto dalla nuova codificazione canonica in materia di distinzione di funzioni, onde sottomettere l'attività di governo al principio di legalità, e della sensibilità attuale rispetto alla trasparenza nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sembra auspicabile un cambiamento di prassi che porti alla pubblicazione della firma di tutti gli atti. Naturalmente, nulla impedisce la concessione di grazie a viva voce, sebbene queste abbiano la difficoltà della prova. Il fatto che rimanga, come sembra che sia la prassi, la firma del Papa apposta sul foglio di udienza, non risolve il problema della mancata firma nella pubblicazione ufficiale di un atto. Vero è che la testimonianza data per iscritto in modo ufficiale (da chi funge

il Dicastero. Per esempio, le vigenti Norme della Rota Romana (AAS, 86 [1994], p. 508-540) vennero dapprima emanate con la solita forma dell'approvazione generica (il Papa «adprobare dignatus est [...] insimul statuens ut ipsaemet, publici iuris factae in *Actorum Apostolicae Sedis* commentario ufficiali, legis servandae vigore a die...») seguita dalla firma del Decano di questo tribunale; poiché queste norme contengono disposizioni che necessitano il rango di legge, si rese necessaria la posteriore pubblicazione di un Rescritto *ex audientia Sanctissimi* in cui si affermava che il Papa dava la sua approvazione specifica («il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II si è degnato manifestare la propria mente circa l'approvazione da Lui fatta il 7 febbraio 1994 delle "Normae" del Tribunale della Rota Romana [...], e ha disposto che tale atto debba intendersi come approvazione di legge particolare data *in forma specifica*, anche in deroga alla legge universale, *contrariis quibusvis non obstantibus*», in AAS, 87 [1995], p. 366).

⁵ Tuttavia, nell'integrazione del RGCR citata nella nt. precedente, appare inequivocabilmente come autore il Segretario di Stato, il che a rigore sarebbe possibile solo se anche lui fosse stato l'autore della norma integrata.

da notaio, come è il caso di un Cardinale) supplisce la mancanza di certezza agli effetti di prova nel caso di una concessione orale.⁶ Ma nella prassi della pubblicazione dei rescritti *ex audientia Sanctissimi* resta sovente il fatto che chi funge da notaio è spesso lo stesso beneficiario (o rappresentante del destinatario diretto di una grazia, consistente, per esempio, in una facoltà).⁷

Al di là della questione del valore probatorio formale, in questo caso si tratta della firma del rescritto con cui si “approva” il nuovo testo del Regolamento, rimanendo comunque incerto l’autore della norma stessa. Guardando le cose con un minimo di realismo, tutto fa pensare che il testo sia stato preparato sotto l’autorità del Segretario di Stato. Orbene, non sembra che le competenze attribuite a questo ufficio dalla PB diano la potestà di emanare, sotto l’approvazione del Papa, una norma quale è il RGCR o una sua integrazione. Penso che la procedura ideale sotto il profilo formale per la produzione di una norma di questo tipo sarebbe quella di delegare al Segretario di Stato il potere di emanare, con l’approvazione generica del Papa, la norma in questione, e, al momento della pubblicazione del testo normativo, rendere noto, oltre all’approvazione generica e la norma con la firma dell’autorità delegata (come di consueto), anche l’atto previo di delega.⁸

Come il RGCR, anche la nuova disposizione integrativa riporta la formula in cui si afferma che il Santo Padre ha ordinato la “promulgazione” e la pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis* (la nuova norma commentata è ancora più esplicita nel dire che ha ordinato la promulgazione *tramite* la pubblicazione sugli *Acta*). La promulgazione è certamente un elemento essenziale della legge, ma ci si potrebbe chiedere se lo sia di una norma del tipo del RGCR. A questo punto, conviene fare qualche considerazione sulla natura formale del RGCR.

Il termine “regolamento”, con cui si fa riferimento all’*Ordo servandus* di cui all’art. 37 della PB, è quello usato anche dalla versione ufficiale italiana del Codice per tradurre il vocabolo *ordo*, di cui al can. 95. A norma di questo ca-

⁶ L’attestazione cardinalizia dell’*oraculum vivae vocis* del Romano Pontefice costituisce una prova giuridica pienamente valida. Cfr. J. MIRAS – J. CANOSA – E. BAURA, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007², pp. 275-276.

⁷ Risulta invece ineccepibile quando il Cardinale che testimonia la concessione pontificia non è il beneficiario o non appartiene all’organo amministrativo beneficiato dalla grazia papale. Così è avvenuto, per esempio, nel Rescritto *ex audientia Sanctissimi*, del 30 settembre 1995 (cfr. *Ius Ecclesiae*, 9 [1997], p. 377), a firma del Segretario di Stato, con cui il Papa confermava alcune facoltà speciali del Decano della Rota Romana.

⁸ Per esempio, nello stesso fascicolo degli AAS dove si è promulgata la nuova disposizione commentata, si è pubblicata la delega del Romano Pontefice al Segretario di Stato, mediante rescritto del 17 gennaio 2011, per trattare diverse questioni relative alla persona giuridica pubblica *Caritas Internationalis* (AAS, 103 [2011], p. 127). Ritengo positiva sul piano formale questa pubblicazione, benché rimanga il problema che sia lo stesso beneficiario, come consueto, a testimoniare la concessione avuta.

none, i regolamenti sono le norme aventi come oggetto la regolamentazione della costituzione, conduzione e modo di agire dei convegni di persone o di celebrazioni (per esempio, gli *ordines* di un sinodo diocesano, del collegio dei consultori, ecc.). Questo tipo di norma viene definito, dunque, dall'oggetto, indipendentemente da chi ne sia l'autore e quindi da quale rango formale abbia; regolamento è tanto la norma che regola il sinodo dei vescovi come pure quella che ordina la riunione dell'assemblea di un'associazione di fedeli.

Di per sé, gli *ordines* sono delle norme interne all'ente o al convegno a cui si riferisce, senza nessuna efficacia per terzi.⁹ Ciò spiega perché il Codice non contenga nessuna disposizione circa la pubblicazione o la promulgazione di questo tipo di norma: sarà sufficiente la pubblicazione all'interno dell'ente, rendendolo noto alle persone interessate. Se il regolamento è di carattere amministrativo perché riguarda il funzionamento interno di un ente amministrativo, la sua conoscenza è necessaria soltanto alle persone che hanno una funzione in tale ente, mentre è indifferente, almeno sotto il profilo giuridico, per gli amministrati.

Il RGCR è una norma il cui contenuto prevalente è quello tipico delle norme interne della Pubblica Amministrazione, cioè di un *ordo* di cui al can. 95, ma non mancano disposizioni aventi una rilevanza anche per terzi. Per esempio, tutte le norme relative all'organico, ai diritti e doveri lavorativi del personale, alla comunicazione e coordinamento tra i vari Dicasteri, ecc. sono norme che non interessano giuridicamente chi non appartiene alla Curia Romana. Ma, trattandosi di regolare l'attività di un organismo di governo, non è da meravigliarsi se molte disposizioni presentano anche una rilevanza giuridica esterna; basti pensare, ad esempio, al Titolo X (artt. da 134 a 138), relativo alla procedura per l'esame dei ricorsi. In alcune disposizioni, infatti, il RGCR presenta delle caratteristiche di un decreto generale esecutivo della PB, e in questo senso la sua promulgazione è essenziale. Insomma, il RGCR, per il suo contenuto, è difficile da inquadrare nella tipologia delle norme delineata dal Codice.

La nuova disposizione, oggetto di questo commento, riguarda la procedura che deve seguire un Dicastero per ottenere delle facoltà speciali. A rigore, la procedura del rilascio delle facoltà speciali non interessa giuridicamente gli amministrati, per cui non era strettamente necessaria la promulgazione del nuovo articolo (ciò che, invece, gli interesserà solitamente è la conoscenza dell'esistenza di tali facoltà, indipendentemente da come siano state concesse). Tuttavia, trattandosi di una norma che integra un'altra precedente, la quale, per la ragione sopra esposta, è stata promulgata, appare ovvio che sia quanto mai opportuno che anche essa venga promulgata, seguendo lo

⁹ Sul tema rinvio a E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica* in *Folia Canonica*, 5 (2002), pp. 59-84.

stesso iter della norma che viene a completare, cioè del RGCR, come di fatto è avvenuto.¹⁰

Il rescritto ora commentato si riferisce all'udienza tenutasi il 1° febbraio 2011. L'atto del Romano Pontefice (che si presenta pubblicamente come oracolo a viva voce) è, quindi, di quella data. L'attestazione cardinalizia è invece del 7 febbraio, il che rientra nella normalità. Il problema si trova nel fatto che questo rescritto è stato pubblicato (promulgato) nel fascicolo degli *Acta* che riporta la data del 4 febbraio 2011. Va notato che gli *Acta Apostolicae Sedis* hanno il valore di pubblicare autenticamente gli atti della Sede Apostolica, a norma della cost. ap. *Promulgandi*, di S. Pio X, del 29 settembre 1908,¹¹ ma è chiaro che non può far fede di un documento posteriore. A rigore, questa anomalia formale potrebbe far venir meno il valore probatorio proprio della pubblicazione autentica, sebbene sul piano pratico appaia evidente che verrà giudicata come una svista senza maggiori conseguenze, tanto più che riguarda una norma con scarsa o nulla rilevanza per gli estranei alla Curia Romana.

La decisione del Papa è che questa nuova disposizione entri in vigore un mese dopo la sua approvazione pontificia, cioè il 1° marzo 2011. Trattandosi di una norma interna dell'Amministrazione, risulta una *vacatio* adeguata. Tuttavia, di nuovo in questo punto si pone un problema di date, giacché il fascicolo degli *Acta* riporta, come già osservato, la data del 4 febbraio, ma la sua effettiva diffusione è avvenuta più di quattro mesi dopo, sicché il rescritto sarebbe paradossalmente entrato in vigore prima della reale pubblicazione-promulgazione. In questo caso, trattandosi di una norma di procedura interna, non si pongono speciali problemi pratici. Ciò nonostante, va rilevato che questi sfasamenti possono produrre delle incertezze giuridiche che andrebbero assolutamente evitate perché possono costituire una fonte di ingiustizia, in quanto i fedeli hanno diritto a conoscere le norme che interessano la loro sfera giuridica. Tenendo conto delle esperienze recenti,¹² viene

¹⁰ L'integrazione del 2002 (cfr. *supra* nt. 2), invece, non venne promulgata, ma solo pubblicata nella rivista dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica.

¹¹ AAS, 1 (2009), pp. 5 e 6.

¹² Mi riferisco alla *Lex propria* della Segnatura Apostolica, del 21 giugno 2008, pubblicata sugli AAS, 100 (2008), pp. 513-538, il cui fascicolo riportava la data dell'1 agosto 2008, ma che venne diffuso una volta passati ampiamente i tre mesi, per cui, a norma del can. 8, § 1, sarebbe entrata in vigore prima della sua promulgazione, il che è metafisicamente impossibile. In questo caso, i diritti dei fedeli coinvolti in processi presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica rimangono in stato di incertezza. Problemi ancora più gravi pone la promulgazione del m. pr. *Omium in mentem* di BENEDETTO XVI, del 26 ottobre 2009, pubblicato sugli AAS 102 (2010), pp. da 8 a 10, il cui fascicolo corrispondente riporta la data dell'8 gennaio 2010, ma non è stato diffuso fino ad ottobre dello stesso anno, cioè nove mesi dopo. Poiché il citato m. pr. contiene una nuova norma irritante dei matrimoni assai rilevante (la nullità di quelli in cui almeno una parte è cattolica, celebrati senza la forma canonica, anche quando

da chiedersi se non sarebbe auspicabile un aggiornamento della normativa sulla promulgazione della legge ecclesiastica, che, pur senza cadere in formalismi inutili, fosse più chiara e consona alla natura degli attuali mezzi di comunicazione.

2. *La nuova procedura per ottenere facoltà straordinarie*

Il contenuto dell'art. 126 bis del RGCR consiste nella disciplina della procedura per la concessione da parte del Papa di facoltà straordinarie ai Dicasteri. Non mi sembra che la descrizione della procedura ponga speciali problemi interpretativi. Il Dicastero interessato, in modo analogo a quanto previsto per la petizione dell'approvazione specifica (art. 126, § 1 del RGCR), deve fare domanda per iscritto della facoltà richiesta, allegando un progetto di testo della concessione, specificando chiaramente le facoltà richieste, motivandone la domanda e specificando le eventuali deroghe alle norme vigenti.¹³

La domanda scritta dovrà essere inoltrata attraverso la Segreteria di Stato, il che corrisponde alle mansioni di questo Dicastero, previste dalla PB, art. 41, § 1. Inoltre, la norma commentata stabilisce che alla Segreteria di Stato spetta non solo il compito di essere un mero tramite tra il Dicastero interessato alle facoltà speciali e il Santo Padre, ma anche la trasmissione della domanda ad altri Dicasteri ritenuti – a giudizio della stessa Segreteria di Stato – in qualche modo coinvolti. La norma commentata specifica espressamente che la domanda deve essere trasferita al «Pontificio Consiglio per i Testi legislativi per quanto attiene la corretta formulazione giuridica e, se fossero implicate questioni dottrinali, della Congregazione per la Dottrina della Fede».

Mentre la consultazione della Congregazione per la Dottrina della Fede è richiesta solo nel caso in cui ci siano questioni dottrinali implicate, sembra, stando alla formulazione dell'art. 126 bis del RGCR, che la comunicazione al

la parte cattolica si fosse separata dalla Chiesa con un atto formale, in deroga al fino allora vigente can. 1117), diventa imprescindibile determinare con certezza oggettiva a partire da quale momento la nuova norma è entrata in vigore, onde poter conoscere quali sono i matrimoni nulli. Sulla questione, cfr. R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *La publicación oficial de Omnium in mentem. Algunas reflexiones críticas*, in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 26 (2011) (Iustel), pp. 1-30.

¹³ Il nuovo articolo, per garantire il compimento di questo requisito da parte del Dicastero, impiega una formula («le eventuali deroghe alle norme canoniche universali o particolari, che risulterebbero modificate o in qualche modo disattese») che esprime chiaramente l'intenzione di assicurare l'inclusione di qualsiasi ipotesi, al punto che si parla di norme che «in qualche modo» rimarrebbero disattese, caso mai potessero esistere casi in cui l'inottemperanza alla norma non impedisse di affermare che essa non è stata derogata. In questo contesto, non è facile capire cosa si debba intendere per norme «particolari»: difficilmente potranno essere le norme emanate da autorità inferiori al Romano Pontefice, in quanto esse non sono vincolanti per la Santa Sede; sembra piuttosto che si riferisca a norme emanate dall'autorità universale rivolte ad ambiti particolari.

Pontificio Consiglio per i Testi legislativi dovrà avvenire comunque. Poiché la concessione di una facoltà straordinaria è un atto del Papa, l'intervento di questo Pontificio Consiglio non sarebbe a rigore necessario a norma delle mansioni previste dalla PB per questo Dicastero (artt. 154-158), tuttavia è evidente che esso è in linea con il ruolo generale che questo Pontificio Consiglio svolge all'interno della Curia Romana, consistente appunto nel fornire un'assistenza in materia giuridica.

Il parere richiesto al Pontificio Consiglio per i Testi legislativi riguarda «la corretta formulazione giuridica». Sarebbe però riduttivo concepire il parere giuridico (di questo Dicastero o di qualsiasi giurista) come relativo alla mera «formulazione». Vero è che il contenuto si esprimerà nella formulazione, ma il profilo giuridico riguarda anche la sostanza. La giuridicità non si trova solamente, come vorrebbe il normativismo giuridico di stampo positivistico, nell'adeguamento della forma esterna alla norma previa, ma nei diritti (sostanziali) delle persone e delle entità coinvolti in un determinato rapporto. Nel caso della concessione di facoltà straordinarie, non sarebbe di reale utilità se il Pontificio Consiglio per i Testi legislativi si limitasse al giudizio sulla formulazione del contenuto della facoltà straordinaria, ma servirebbe che esso illustrasse gli eventuali diritti che potrebbero essere lesi con tale provvedimento: facoltà già concesse ad altri organismi, competenze dei Vescovi, diritti dei fedeli (di petizione, di difesa, ecc.) o compromissione della loro sicurezza giuridica dinanzi ad un rischio di abuso di potere non dovutamente limitato da norme chiare, e via discorrendo.¹⁴

Al Romano Pontefice si deve presentare il fascicolo con la richiesta del Dicastero (eventualmente riformulata se così sembra opportuno alla vista delle osservazioni rilevate dagli altri Dicasteri), il parere dei Dicasteri intervenuti e il Foglio di Udienza a cura della Segreteria di Stato. L'intervento degli altri Dicasteri contribuisce certamente a garantire nella misura del possibile l'oggettività della necessità di un provvedimento straordinario, quale è la concessione di facoltà che eccedono le competenze dei Dicasteri previsti dalla norma generale, e la sua corretta attuazione. Sotto questo profilo, appare quanto mai positiva la promulgazione dell'art. 126 bis con cui viene espressamente regolamentato un tale intervento precedente alla decisione del Papa.

Infine, il § 4 del nuovo art. stabilisce che «la Segreteria di Stato comunicherà ai Dicasteri della Curia Romana il testo delle facoltà eventualmente concesse dal Sommo Pontefice». La formulazione di questa disposizione non distingue tra i Dicasteri, sicché dovremmo concludere (*ubi lex non distinguit*,

¹⁴ Le concessioni in tempi recenti di facoltà straordinarie ai Dicasteri in materia penale dimostrano quanto sia importante e delicata la valutazione giuridica previa dei diritti dei fedeli interessati da questi provvedimenti.

nec nos distinguere debemus) che la comunicazione si debba fare a tutti i Dicasteri, e non solo a quelli che sono intervenuti precedentemente. Inoltre, si prevede nello stesso paragrafo che la stessa Segreteria di Stato «insieme al Dicastero richiedente, valuterà se e come procedere alla sua pubblicazione».

La pubblicazione della concessione di una facoltà straordinaria è un tema importante sotto il profilo giuridico. La valutazione sulla convenienza e sul modo di farlo non dipende solamente da motivi di opportunità, ma anche dagli eventuali diritti coinvolti. Gli amministrati hanno il diritto di sapere se l'autorità che agisce nei loro confronti in un determinato caso gode della corrispondente facoltà o meno, non essendo sufficiente, a mio parere, l'affermazione unilaterale dell'autorità corrispondente di godere della necessaria facoltà.¹⁵ È importante che gli interessati possano confrontare il testo della concessione delle facoltà con l'atto emanato in forza di tali facoltà, allo scopo di poter verificare che esso rientri effettivamente nelle facoltà rilasciate e non esuli da esse. In questo senso, mi sembra poco probabile la possibilità di poter decidere, con giustizia, di non pubblicare la concessione di una facoltà straordinaria.

EDUARDO BAURA

¹⁵ Questa è però la prassi abituale. Per esempio, nello stesso fascicolo degli AAS dove è stata promulgata la norma commentata, si pubblica un decreto della Congregazione per i Vescovi, del 6 novembre 2010, di mutazione di una circoscrizione ecclesiastica, in cui si afferma che il Dicastero agisce in forza delle facoltà straordinarie concesse dal Romano Pontefice (AAS, 103 [2011], pp. 134-135).

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 28-30 marzo 2011, in «Notiziario CEI» 45 (2011) 126-129.*

IL Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 28-30 marzo 2011

- VISTE le *Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi*, approvate dalla 47^a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana;
- CONSIDERATA la *Determinazione concernente le tabelle dei costi e dei servizi dei Tribunali ecclesiastici regionali per le cause di nullità matrimoniale*, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 22-25 marzo 2010;
- RITENUTA la necessità di aggiornare la *Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 20-22 gennaio 2003;
- CONSIDERATO che l'esperienza maturata rende opportuno stabilire specifiche disposizioni per la disciplina del rapporto di lavoro dei laici operanti presso i Tribunali ecclesiastici regionali italiani in qualità di giudici, uditori e difensori del vincolo;
- PRESO ATTO del parere favorevole espresso dal Consiglio per gli affari giuridici,

approva
la seguente determinazione

Giudici laici

1. Il fedele laico che, possedendo i requisiti previsti dalla normativa canonica, è nominato giudice per un quinquennio, è assunto dalla Regione ecclesiastica con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, della durata di cinque anni, non rinnovabile, con la qualifica di responsabile di ufficio di particolare importanza. Terminato il quinquennio, qualora sia nominato

* Vedi alla fine del documento le *Indicazioni* della Presidenza della CEI per l'applicazione di queste determinazioni e dopo le *Indicazioni*, la nota di A. ZAMBON, *Le Determinazioni concernenti la disciplina del rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano nei Tribunali ecclesiastici l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore e patrono stabile*.

giudice per un ulteriore quinquennio, è assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la medesima qualifica.

2. Il contratto di lavoro, di cui al numero precedente, può essere a tempo pieno o a tempo parziale. Il contratto a tempo pieno prevede quaranta ore di lavoro settimanali, di cui più della metà destinate all'attività istruttoria, da svolgere, di norma, presso la sede del Tribunale ecclesiastico regionale.

3. Ai fini dell'assunzione si richiede:

- a. la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio;
- b. l'esercizio di due anni completi di praticantato come giudice membro del collegio (anche istruttore) presso il Tribunale; il periodo di praticantato è ridotto a un anno per coloro che esercitano l'ufficio di difensore del vincolo a tempo pieno o di uditore a tempo pieno da almeno due anni;
- c. la comunicazione previa all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici, corredata da:
 - *curriculum vitae* del candidato;
 - relazione dell'attività svolta nel periodo di praticantato, comprensiva dell'eventuale partecipazione a corsi di formazione e aggiornamento;
 - parere favorevole motivato del Vicario giudiziale;
 - parere favorevole motivato del Moderatore.

4. Possono essere assunti dalla Regione ecclesiastica non più di due giudici laici per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

5. Per la parte economica e, in quanto compatibile, per la parte normativa si fa riferimento al contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero.

6. La Regione ecclesiastica stipula con il fedele laico, per il periodo in cui esercita l'ufficio di giudice in modo non stabile o non in via esclusiva, un contratto d'opera professionale. Il compenso è determinato in base alle prestazioni effettuate, nella misura stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente.

7. La disposizione di cui al numero precedente si applica anche a coloro che esercitano il periodo del praticantato, di cui al numero 3, lettera b.

Difensori del vincolo laici e uditori laici

8. Il fedele laico che, possedendo i requisiti previsti dalla normativa canonica, è nominato difensore del vincolo per un quinquennio, è assunto dalla Regione ecclesiastica con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato,

della durata di cinque anni, non rinnovabile, con la qualifica di responsabile di progetto. Terminato il quinquennio, qualora sia nominato difensore del vincolo per un ulteriore quinquennio, è assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la medesima qualifica.

9. Il contratto di lavoro, di cui al numero precedente, può essere a tempo pieno o a tempo parziale. Il contratto a tempo pieno prevede quaranta ore di lavoro settimanali, comprensive della partecipazione alle sessioni istruttorie e della redazione delle *animadversiones*, da svolgere, di norma, presso la sede del Tribunale ecclesiastico regionale.

10. Ai fini dell'assunzione, si richiede:

- a. la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio;
- b. l'esercizio di due anni completi di praticantato come difensore del vincolo presso il Tribunale;
- c. la comunicazione previa all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici, corredata da:
 - *curriculum vitae* del candidato;
 - relazione dell'attività svolta nel periodo di praticantato, comprensiva dell'eventuale partecipazione a corsi di formazione e aggiornamento;
 - parere favorevole motivato del Vicario giudiziale;
 - parere favorevole motivato del Moderatore.

11. Può essere assunto dalla Regione ecclesiastica non più di un difensore del vincolo laico per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

12. Per la parte economica e, in quanto compatibile, per la parte normativa si fa riferimento al contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero.

13. La Regione ecclesiastica stipula con il fedele laico, per il periodo in cui esercita l'ufficio di difensore del vincolo in modo non stabile o non in via esclusiva, un contratto d'opera professionale. Il compenso è determinato in base alle prestazioni effettuate, nella misura stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente.

14. La disposizione di cui al numero precedente si applica anche a coloro che esercitano il periodo del praticantato, di cui al numero 10, lettera b.

15. Il fedele laico che possiede i requisiti previsti dalla normativa canonica può essere nominato uditore con la medesima disciplina di cui ai numeri 8-14, in quanto a lui applicabile.

16. Può essere assunto dalla Regione ecclesiastica non più di un uditore laico per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

17. La presente determinazione entra in vigore il 1° gennaio 2012.

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 28-30 marzo 2011, in «Notiziario CEI» 45 (2011) 130-131.

IL Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 28-30 marzo 2011

- VISTE le *Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi*, approvate dalla 47^a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana;
- CONSIDERATA la *Determinazione concernente le tabelle dei costi e dei servizi dei Tribunali ecclesiastici regionali per le cause di nullità matrimoniale*, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 22-25 marzo 2010;
- RITENUTA la necessità di aggiornare la *Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 20-22 gennaio 2003;
- CONSIDERATO che l'esperienza maturata rende opportuno stabilire specifiche disposizioni per la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici;
- PRESO ATTO del parere favorevole espresso dal Consiglio per gli affari giuridici,

approva
la seguente determinazione

1. La Regione ecclesiastica può stipulare con il fedele laico che esercita l'ufficio di patrono stabile un contratto d'opera professionale.
2. Per la nomina all'ufficio di patrono stabile, il fedele laico, oltre ai requisiti previsti dalla normativa universale, deve aver conseguito il dottorato in diritto canonico. Si richiede, inoltre, la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio, che ne attesti l'inserimento nella comunità ecclesiale e la buona fama. Ulteriori requisiti possono essere stabiliti dalla Conferenza Episcopale Regionale.
3. Il patrono stabile presta l'impegno professionale in piena autonomia, secondo i tempi e le modalità organizzative previsti dal Regolamento del Tri-

bunale ecclesiastico regionale presso cui svolge il servizio (cfr art. 6 § 2 delle *Norme*), assicurando la presenza presso la sede dell'ufficio, nei giorni pattuiti, per rendere in misura adeguata il servizio di consulenza previa ai fedeli e il patrocinio nelle cause introdotte.

4. L'incarico di patrono stabile presso un Tribunale ecclesiastico regionale è incompatibile con l'esercizio del patrocinio di fiducia presso i Tribunali ecclesiastici regionali italiani (cfr art. 6 § 1 delle *Norme*) e con l'assunzione della difesa dei patrocinati in procedimenti davanti ai giudici dello Stato, fatto salvo l'eventuale procedimento di delibazione della sentenza di nullità matrimoniale.

5. Il patrono stabile riceve dalla Regione ecclesiastica un compenso costituito da una parte fissa, pari a € 2.000,00 mensili lordi, e da una parte variabile, pari a € 30,00 per colloquio di consulenza e a € 90 per libello introdotto.

6. La presente determinazione entra in vigore il 1° gennaio 2012.

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Indicazioni concernenti le Determinazioni circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici, degli uditori laici, e dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 27 giugno 2011, in «Notiziario CEI» 45 (2011) 132-133.

LE *Determinazioni* approvate dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 28-30 marzo 2011 intendono assicurare ai fedeli laici, che esercitano l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore o patrono stabile nei Tribunali ecclesiastici regionali, una disciplina del rapporto di lavoro adeguata alla mansione svolta, nella consapevolezza dell'alta rilevanza ecclesiale di tali uffici, che esige una peculiare competenza professionale, una sincera adesione al Magistero, una spiccata appartenenza ecclesiale e una condotta di vita conforme ai dettami della morale cattolica.

La prima *Determinazione*, in particolare, disciplina il rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano in maniera stabile ed esclusiva l'ufficio di giudice, difensore del vincolo e uditore; la seconda *Determinazione* precisa le condizioni di esercizio dell'ufficio di patrono stabile da parte dei fedeli laici, definendone i criteri e i parametri per il compenso.

Allo scopo di favorirne la fruttuosa e omogenea applicazione, la Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana ha elaborato le seguenti indicazioni.

1. Compete ai Moderatori e ai Vicari giudiziali dei Tribunali ecclesiastici regionali curare la corretta applicazione delle *Determinazioni*, avvalendosi dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici in particolare per quanto

concerne l'utilizzazione delle risorse economiche messe a disposizione dalla Conferenza Episcopale Italiana per il funzionamento dei Tribunali.

2. Spetta all'Ufficio Nazionale predisporre i modelli di contratto di lavoro da utilizzare per le diverse tipologie professionali. L'Ufficio Nazionale presta consulenza ai Tribunali nel periodo di avvio della disciplina aggiornata, al fine di favorire la corretta applicazione delle *Determinazioni* per coloro che già prestano servizio. L'Ufficio deve essere sentito, nei singoli casi, prima dell'inizio del periodo di praticantato.
3. L'Ufficio Nazionale deve essere previamente informato qualora la Regione ecclesiastica, per il servizio presso il Tribunale, intenda assumere personale dipendente, avviare collaborazioni professionali stabili o mutare l'inquadramento o il livello retributivo del personale in servizio.
4. Al fedele laico che, al momento dell'entrata in vigore delle *Determinazioni*, esercita l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore o patrono stabile, deve essere assicurato un corrispettivo tendenzialmente non inferiore a quello attualmente percepito.
5. Qualora il periodo di *praticantato* previsto nella *Determinazione* concernente i giudici, i difensori del vincolo e gli uditori laici sia svolto da personale già dipendente, permane la disciplina del lavoro e la retribuzione spettante per la mansione precedentemente svolta.

Roma, 27 giugno 2011

LE DETERMINAZIONI CONCERNENTI LA DISCIPLINA
DEL RAPPORTO DI LAVORO DEI FEDELI LAICI CHE ESERCITANO
NEI TRIBUNALI ECCLESIASTICI L'UFFICIO DI GIUDICE, DIFENSORE
DEL VINCOLO, Uditore e PATRONO STABILE

Le *Determinazioni* approvate dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 28-30 marzo 2011¹ riguardano la disciplina del rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani l'ufficio di giudice, uditore, difensore del vincolo e patrono stabile. La loro pubblicazione è accompagnata dalle *Indicazioni* della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana [=CEI] del 27 giugno 2011. Queste ultime hanno lo scopo di favorire una corretta recezione e applicazione delle indicate *Determinazio-*

¹ La prima *Determinazione* riguarda la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani; la seconda *Determinazione* concerne la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani.

ni da parte dei Moderatori e dei Vicari giudiziali dei Tribunali ecclesiastici regionali; inoltre, contengono uno specifico riferimento all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici della CEI, forniscono alcune indicazioni relative alla prima applicazione delle *Determinazioni*, specie per quei fedeli che, all'entrata in vigore delle *Determinazioni*, già esercitano l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore o patrono stabile nei Tribunali ecclesiastici regionali.

1. Uno sguardo retrospettivo

I testi in esame si inseriscono in un iter significativo di attenzione alla realtà amministrativa in genere riguardante i Tribunali ecclesiastici regionali, compresa la disciplina del rapporto di lavoro dei fedeli laici che operano al loro interno come giudici, uditori, difensori del vincolo, patroni stabili. Pertanto, è opportuno richiamare per sommi capi tale itinerario, prima di presentare il contenuto delle *Determinazioni*.

Due sono i punti di partenza significativi. Il primo è costituito dal can. 1649 § 1,² che attribuisce al moderatore del Tribunale specifici compiti in ordine alle spese giudiziali e agli onorari per le cause trattate avanti al medesimo Tribunale. Il secondo è dato dai numeri 57 e 58 del *Decreto generale sul matrimonio canonico* della CEI, promulgato il 5 novembre 1990, che affida alla CEI, sentiti i moderatori dei Tribunali Ecclesiastici regionali, l'attuazione del disposto del can. 1649 per quanto riguarda i Tribunali ecclesiastici regionali.³ Il medesimo decreto generale raccomanda ai Vescovi diocesani di promuovere la qualificazione di sacerdoti idonei ad assumere i compiti di giudice e difensore del vincolo e ai moderatori dei Tribunali di favorire, ai sensi del can. 1490, la costituzione di patroni stabili posti liberamente a disposizione delle parti che volessero avvalersene.⁴

² «Il Vescovo, al quale spetta fare da moderatore del tribunale, stabilisca norme: 1° sulla condanna delle parti a pagare o compensare le spese del giudizio; 2° sugli onorari ai procuratori, avvocati, periti ed interpreti, e sul rimborso spese ai testi; 3° sulla concessione del gratuito patrocinio o sulla riduzione delle spese; [...]».

³ «La Conferenza Episcopale Italiana, sentiti i moderatori dei Tribunali ecclesiastici regionali per le cause matrimoniali, darà disposizioni in ordine all'attuazione del can. 1649, aggiornandole periodicamente. In particolare, tali disposizioni indicheranno la misura minima e quella massima: a) delle spese processuali, precisandone le voci; b) delle spese per le rogatorie; c) degli onorari degli avvocati. La stessa Conferenza Episcopale indicherà criteri uniformi per la concessione alle parti del gratuito patrocinio o della riduzione delle spese. [...]» (n. 57).

⁴ «Per assicurare il retto e spedito funzionamento dei Tribunali regionali per le cause di nullità matrimoniale i Vescovi diocesani promuovano con ogni impegno la qualificazione di sacerdoti idonei ad assumere il compito di giudici e di difensori del vincolo (cf. cann. 1420 § 4; 1421 § 3 e 1435). I moderatori dei Tribunali regionali considerino con particolare attenzione l'indirizzo dato dal can. 1490 circa la costituzione, da parte dei Tribunali stessi e a loro carico, di patroni che siano a libera disposizione delle parti e, sentiti gli ufficiali, ne favoriscano per quanto possibile la realizzazione» (n. 58).

Al fine di portare a compimento tale impegno, la CEI ha percorso un graduale e puntuale iter di lavoro che ha portato alla promulgazione delle *Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi*. Le *Norme* furono approvate dalla XLI Assemblea Generale (6-10 maggio 1996) e promulgate il 18 marzo 1997.⁵ Sono state successivamente modificate nel 1998⁶ e nel 2001.⁷ Senza ripercorrere l'iter di formazione delle norme,⁸ è opportuno evidenziare che il testo è un decreto generale legislativo, ai sensi del can. 29; «si tratta di una vera e propria legge, emanata ai fini di dettagliare la normativa generale».⁹ Inoltre, le *Norme* fanno presente fin dall'inizio che i Tribunali ecclesiastici «hanno come soggetto di imputazione delle posizioni e dei rapporti attinenti l'attività amministrativa e le gestione economica la Regione ecclesiastica di appartenenza, ente ecclesiastico civilmente riconosciuto» (art. 1 § 1).¹⁰ Infine, rinviano a una tabella di costi determinata dal Consiglio Episcopale Permanente e periodicamente aggiornata dal medesimo per alcune voci di spesa specifiche: le rogatorie eseguite da un Tribunale diocesano su richiesta di un Tribunale regionale (art. 2 § 2); le perizie (art. 4 § 1, lettera b); i contributi delle parti come concorso ai costi della causa (art. 4 § 2); la misura degli onorari dovuti dalle parti agli avvocati e procuratori (art. 5 § 3). Alla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana spetta inoltre dare ulteriori determinazioni circa le modalità di esercizio dell'attività dei patroni stabili (art. 6 § 1).

In esecuzione di tali disposizioni, a partire da alcune ipotesi di soluzione predisposte dalla Commissione Episcopale per i problemi giuridici, sentiti i vicari giudiziali dei Tribunali regionali, la Presidenza della CEI, nella riunione del 19 gennaio 1998, ha approvato le determinazioni circa i patroni stabili nelle cause di nullità trattate presso i Tribunali ecclesiastici regionali italia-

⁵ Il testo delle *Norme*, preceduto dalla *Recognitio* e dal *Decreto* di promulgazione è pubblicato in NCEI 31 (1997) 53-62.

⁶ Per il testo, si veda NCEI 32 (1998) 306-312.

⁷ Per il testo si veda NCEI 35 (2001) 74-80.

⁸ Si rinvia al riguardo, oltre che per una prima presentazione, a: M. RIVELLA, *Le Norme C.E.I. sul regime amministrativo dei Tribunali: un primo bilancio*, in *Il diritto canonico nel sapere teologico. Prospettive interdisciplinari*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2004, pp. 335-339.

⁹ *Ibid.*, p. 337. L'autore continua precisando: «Come è noto, una conferenza episcopale può emanare decreti generali legislativi solo nei casi previsti dal diritto universale o per mandato speciale della Santa Sede, conferito *motu proprio* o richiesto dalla conferenza medesima, secondo il dettato del can. 455 § 1: nel caso di specie, dal momento che il codice di diritto canonico affida al Vescovo moderatore la competenza per regolamentare la disciplina del tribunale quanto alle spese e al patrocinio, è parso conveniente richiedere alla Santa Sede il mandato speciale per emanare la normativa».

¹⁰ In modo coerente con tale disposizione si pone il n. 1 delle *Indicazioni* della Presidenza del 27 giugno 2011: «Compete ai Moderatori e ai Vicari giudiziali dei Tribunali ecclesiastici regionali curare la corretta applicazione delle *Determinazioni* [...]».

ni, fissandone il compenso;¹¹ l'aggiornamento di quest'ultimo è stato poi assunto dal Consiglio Episcopale Permanente. Sempre a partire dal lavoro della Commissione Episcopale per i problemi giuridici, sentiti i vicari giudiziali, il Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 19-22 gennaio 1998, ha approvato le determinazioni dei costi indicati nelle *Norme*, relativi agli operatori dei Tribunali ecclesiastici regionali, alle perizie d'ufficio e agli onorari degli avvocati e dei procuratori.¹² Tali Determinazioni hanno fissato i criteri di remunerazione per gli operatori dei Tribunali, comprendendo in tale terminologia anche «i laici che esercitano l'ufficio di giudici e di difensori del vincolo», offrendo «una collaborazione professionale»; si ritenne infatti «opportuno precisare i criteri di remunerazione per gli operatori dei [...] tribunali» in occasione dell'entrata in vigore delle *Norme circa il regime amministrativo dei tribunali ecclesiastici regionali italiani*.¹³ Si iniziò pertanto a indicare una «remunerazione a prestazione» per i giudici e i difensori del vincolo. Sempre nella sessione del 19-22 gennaio 1998 si stabilì la periodicità dell'aggiornamento dei costi.¹⁴

Sembra ragionevole presumere che, alla base di tali disposizioni si ponga la constatazione della presenza di fedeli laici che esercitavano l'ufficio di giudice o di difensore del vincolo, seppure con un certo carattere di discontinuità. Al proposito, è utile ricordare che, con specifico riferimento all'ufficio di giudice, la Delibera CEI n. 12, del 23 dicembre 1983,¹⁵ in attuazione al disposto del can. 1421 § 2,¹⁶ ha determinato la possibilità che uno dei giudici della terna sia un laico.¹⁷ La penuria di sacerdoti debitamente preparati e l'affidamento a questi di

¹¹ *Determinazioni approvate dalla Presidenza circa i patroni stabili*, 19 gennaio 1998, in NCEI 32 (1998) 26-27.

¹² *Determinazioni approvate dal Consiglio Episcopale Permanente* nella sessione del 19-22 gennaio 1998, in NCEI 32 (1998) 28-33.

¹³ *Ibid.*, in NCEI 32 (1998) 28.

¹⁴ I successivi aggiornamenti furono determinati dal Consiglio Episcopale Permanente nelle sessioni del 20-23 marzo 2000 (in NCEI 34 [2000] 91-95), del 24-27 settembre 2001 (in NCEI 35 [2001] 261-268), del 19-21 gennaio 2004 (in NCEI 38 [2004] 31-34), del 22-25 gennaio 2007 (in NCEI 41 [2007] 26-29), del 22-25 marzo 2010 (in NCEI 44 [2010] 108-111).

¹⁵ «È concessa la facoltà di assumere nei tribunali ecclesiastici un laico con le funzioni di giudice per la formazione del Collegio purché sia in possesso dei requisiti voluti dalla normativa canonica» (NCEI 17 [1983] 210).

¹⁶ «La Conferenza Episcopale può permettere che anche fedeli laici siano costituiti giudici; di essi, se la necessità lo suggerisce, uno può essere assunto a formare un collegio».

¹⁷ Per una prima presentazione della problematica relativa ai giudici laici si rinvia a: M. RIVELLA, *La determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, in *Ius Ecclesiae* 15 (2003) 883-884. È opportuno osservare che la facoltà di nominare giudici laici, anche membri del collegio, è prevista dalle seguenti Conferenze Episcopali: Argentina, Austria, Belgio, Bolivia, Bosnia ed Erzegovina, Brasile, Canada, Cile, Colombia, Corea, Ecuador, Filippine, Gambia e Sierra Leone, Germania, Guatemala, India, Inghilterra e Galles, Irlanda, Messico, Namibia, Nigeria, Nuova Zelanda, Pacifico, Paraguay, Perù, Portogallo, Repubblica Dominicana, El Salvador, Scandinavia, Sri

altri incarichi pastorali ha comportato che tale ipotesi, inizialmente residuale, assumesse con il trascorrere del tempo sempre maggiore consistenza. Per tale motivo, mentre inizialmente si ritenne che le loro prestazioni professionali potessero essere remunerate singolarmente, mantenendo una caratteristica di occasionalità, nel gennaio 2003 il Consiglio Episcopale Permanente ha stabilito la possibilità di stipulare un contratto di collaborazione continuativa per i giudici laici impegnati a tempo pieno nel Tribunale regionale.¹⁸ Per tempo pieno si intendono trentasei ore settimanali, di cui almeno venti di attività istruttoria e il resto da dedicarsi allo studio delle cause e alla redazione dei voti, delle sentenze e dei decreti (n. 4). La medesima *Determinazione* richiede, previamente alla stipulazione di tale contratto, l'esercizio di un biennio di praticantato, con lo scopo di preparare e verificare l'operato del fedele laico.

L'evoluzione della disciplina giuslavoristica civile¹⁹ ha portato, in breve tempo, alla necessità di affiancare a tale modalità di disciplina del rapporto di lavoro il contratto di collaborazione a progetto. La caratteristica principale di tale contratto è costituita dall'individuazione di un progetto specifico svolto senza vincolo di subordinazione, pur concordando con il responsabile del progetto (in questo caso il Vicario giudiziale) la programmazione del lavoro, le sue modalità e l'orario. Negli anni successivi la medesima disciplina è stata applicata anche al difensore del vincolo laico e all'uditore laico, in mancanza di specifiche ed esplicite determinazioni per tali figure.

La disciplina del rapporto di lavoro prevista dalla *Determinazione* del 2003 ha contribuito a rendere più significativa la presenza dei laici nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani. Se nel 2002 soltanto quattro dei diciannove Tribunali ecclesiastici regionali annoveravano nell'organico la presenza di giudici laici,²⁰ nel marzo 2011, a partire dai dati in possesso dell'Ufficio nazionale per i problemi giuridici della CEI, in ciascun Tribunale risultano presenti giudici e difensori del vincolo laici in modo significativo. Sono presenti infatti quarantatre giudici e centosessanta difensori del vincolo laici; a questi, poi, si devono aggiungere sei uditori. Si deve tuttavia precisare che il numero di

Lanka, Stati Uniti, Sud Africa, Svizzera, Tanzania, Thailandia, Zimbabwe. Tale facoltà era prevista dalla Conferenza Episcopale della Jugoslavia. È invece esplicitamente non prevista dalla Conferenza Episcopale di Malta e di Panama. I dati sono desunti da: J. MARTÍN DE AGAR – L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*. Seconda edizione aggiornata, Roma 2009.

¹⁸ *Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani* approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 20-22 gennaio 2003, in NCEI 37 (2003) 29-32. Cfr M. RIVELLA, *La determinazione concernente la remunerazione ...*, cit., pp. 883-886.

¹⁹ Cfr Legge delega 10 febbraio 2003, n. 30 e relativo decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, oltre alle direttive contenute nella circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 8 gennaio 2004, n. 1/2004.

²⁰ Cf M. RIVELLA, *La determinazione concernente la remunerazione ...*, cit., p. 884.

coloro che svolgono tali uffici in modo non occasionale, ma con una certa stabilità, è sensibilmente minore. Infatti, escludendo i due Tribunali del Vicariato di Roma, risultano diciannove giudici (in tredici Tribunali), quattro difensori del vincolo (in tre Tribunali) e tre uditori (in due Tribunali). La disciplina del lavoro della *Determinazione* del 2003 ha quindi aiutato la formazione e l'inserimento di fedeli, debitamente preparati, nell'organico dei Tribunali. In tal modo si è contribuito in modo efficace al servizio di giustizia dei Tribunali ecclesiastici, concorrendo alla generale riduzione delle cause pendenti presso i Tribunali ecclesiastici e favorendo una celere risposta ai fedeli che introducono una causa di nullità per il loro matrimonio. Contemporaneamente, tuttavia, sono emerse alcune difficoltà, legate in particolare a una certa provvisorietà che contraddistingue i rapporti di lavoro proposti. Ne consegue che non viene incentivato il coinvolgimento non occasionale di laici debitamente preparati e in possesso delle necessarie capacità. A partire dai dati emersi, poi, è risultata la necessità di fornire indicazioni univoche e specifiche anche per i difensori del vincolo e per gli uditori, non ritenendosi più sufficiente la sola indicazione del compenso per le singole prestazioni (sessione istruttoria e *animadversiones*).

La posizione dei patroni stabili necessita di una riflessione a parte. Le *Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi* prevedono almeno due patroni stabili, ai sensi del can. 1490, nell'organico di ciascun Tribunale.²¹ Come noto, il patrono stabile svolge una duplice funzione, di consulenza e di assistenza in giudizio ai fedeli che, a prescindere dal reddito, intendano avvalersi della sua prestazione professionale senza oneri specifici a loro carico. Pur concordando con il Tribunale il luogo e la modalità del servizio e pur ricevendo la retribuzione dallo stesso Tribunale,²² è sempre stato sottolineata l'autonomia del patrono stabile,²³ con relativo inquadramento nello schema

²¹ «L'organico del Tribunale regionale deve prevedere l'istituzione di almeno due patroni stabili ai sensi del can. 1490. essi esercitano il compito sia di avvocato sia di procuratore» (art. 6 § 1).

²² «Il patrono stabile non ricever alcun compenso dai fedeli, né per la consulenza, né per il patrocinio o la rappresentanza in giudizio. Alla retribuzione dei patroni stabili provvede il Tribunale, attingendo dalle risorse messe a disposizione dalla C.E.I. e alle condizioni stabilite dalla medesima, fatte salve eventuali diverse determinazioni» (art. 6 § 3).

²³ «Sotto il profilo dell'inquadramento professionale il patrono stabile presta attività di lavoro autonomo o come esperto giuridico non professionista o come avvocato professionista. In entrambi i casi la figura professionale si caratterizza: per l'assenza di ogni vincolo di subordinazione gerarchica, in quanto il patrono stabile non è un dipendente del tribunale; per una possibilità di libera risoluzione del rapporto; per l'esercizio dell'attività concordato con il tribunale e organizzato senza orari rigidamente prestabiliti; per l'adempimento degli obblighi tributari e fiscali previsti dalla vigente legislazione italiana»: *Determinazione approvata dalla Presidenza circa i Patroni stabili*, 19 gennaio 1998, n. 5, in NCEI 32 (1998) 27.

del lavoro autonomo professionale. Va inoltre evidenziato come tale ufficio sia svolto quasi esclusivamente dai laici.²⁴

2. Il contenuto delle Determinazioni

L'analisi della situazione esistente e le prevedibili necessità dei Tribunali ecclesiastici regionali hanno portato all'elaborazione delle recenti *Determinazioni* del Consiglio Episcopale Permanente e delle successive *Indicazioni* della Presidenza. I testi sono frutto di un lavoro iniziato nel dicembre 2008, all'interno di un costante dialogo fra i Vicari giudiziali dei Tribunali regionali e l'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici, sentito anche il Consiglio per gli affari giuridici. Va ricordato che i due Tribunali del Vicariato di Roma (prima istanza e appello) fanno riferimento alla disciplina prevista dalla costituzione apostolica di Giovanni Paolo II *Ecclesia in Urbe*, del 1° gennaio 1998.

Il testo delle *Determinazioni* opera una distinzione, quanto alla disciplina del rapporto di lavoro, tra le figure del giudice, difensore del vincolo e uditore e quella del patrono stabile.

Per i primi, infatti, è prevista la possibilità, qualora svolgano la loro funzione in modo stabile ed esclusivo, di instaurare un *rapporto di lavoro subordinato*, corrispondente alla configurazione effettiva del lavoro svolto all'interno del Tribunale regionale. Per i fedeli laici che non esercitano tale ufficio in modo stabile ed esclusivo, si prevede il ricorso al contratto d'opera professionale, secondo gli articoli 2222 e seguenti del codice civile, evidenziando il carattere non stabile e non esclusivo dell'attività svolta. Di seguito si presenta nel dettaglio la disciplina del rapporto di lavoro del fedele laico che esercita l'ufficio di giudice; tale disciplina vale, con gli opportuni adattamenti, anche per il difensore del vincolo e l'uditore.

L'aspetto peculiare della *Determinazione* consiste nella possibilità per il fedele, nominato all'ufficio di giudice, di essere assunto dalla Regione ecclesiastica con un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato della durata di cinque anni (n. 1). La terminologia usata distingue tra il contratto di lavoro e la nomina a un ufficio ecclesiastico, evitando comunque discrepanze inopportune, come avverrebbe qualora cessasse il tempo previsto dal contratto e non fosse ancora venuto meno l'ufficio di giudice, o viceversa. Il Contratto collettivo nazionale cui far riferimento per la parte economica e, in quanto compatibile, per la parte normativa, è quello per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero (n. 5); al medesimo contratto, infatti, fanno riferimento la maggioranza dei Tribunali per la disciplina del rapporto di lavoro con il personale dipendente nel settore amministrativo. La qualifica prospet-

²⁴ A marzo 2011 solo due Tribunali non hanno attivato il servizio dei patroni stabili; un Tribunale ha solo un patrono stabile; sette Tribunali ne hanno due e nove ne hanno tre. Dei quaranta professionisti, trentanove sono laici e uno solo è sacerdote.

tata (*responsabile di ufficio di particolare importanza*) e il corrispondente livello di inquadramento comporta una notevole professionalità e funzioni di responsabilità; corrisponde quindi agevolmente al compito proprio dei giudici.

La legislazione italiana esige che, trascorso tale periodo di assunzione a tempo determinato, il rapporto di lavoro si concluda o si trasformi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. La seconda ipotesi è indicata dalla parte finale del n. 1 della *Determinazione*, garantendo quindi una stabilità di rapporto, continuando l'esercizio dell'ufficio di giudice.

Il contratto di lavoro subordinato può essere a tempo pieno o a tempo parziale; il tempo pieno comporta quaranta ore di lavoro settimanali (n. 3), coerentemente con quanto previsto dal Contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero. Anche tale disposizione innova rispetto alla *Determinazione* del 2003, che prevedeva 36 ore settimanali. Inoltre non vengono specificate le ore di attività istruttoria; si esplicita solamente che queste devono corrispondere a «più della metà» del totale; al riguardo, infatti, vanno considerate la modalità di organizzazione del lavoro, che può variare tra i diversi Tribunali e il diverso impegno che le cause da istruire possono comportare. L'equilibrio della distribuzione del tempo tra preparazione dell'attività istruttoria, lo svolgimento della medesima, la redazione di voti e di sentenze spesso non può essere predeterminata e varia tra le diverse cause.

Il n. 3 specifica – riprendendo con qualche modifica le *Determinazioni* del 2003 – quanto si richiede per l'assunzione: la presentazione del candidato da parte del proprio Ordinario (non più da parte del proprio parroco o di altro giudice), l'esercizio di un biennio di praticantato e la comunicazione previa all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici. Si evidenzia la partecipazione a corsi di formazione e di aggiornamento, come elemento integrante del periodo di tirocinio, esplicitando un aspetto importante per qualsiasi operatore del Tribunale.²⁵ Durante il periodo di praticantato si prevede la stipula di un contratto d'opera professionale (n. 7), con il compenso calcolato secondo la misura stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente e periodicamente aggiornata.

Per i difensori del vincolo (nn. 8-14) e gli uditori (nn. 15-16) è prevista l'ap-

²⁵ L'importanza dello studio «assiduo, scientifico, approfondito» del diritto matrimoniale, che «permetta di penetrare lo spirito della nuova legge» codiciale è stata ricordata da Giovanni Paolo II all'indomani della promulgazione del Codice vigente (*Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1984, in AAS 76 [1984] 645, n. 3). In riferimento non solo ai giudici, ma anche a tutti gli operatori dei Tribunali ecclesiastici, «si deve tener presente che l'aggiornamento professionale [...] contribuisce anche a mantenere alto il loro impegno personale e la loro diligenza professionale nel portare avanti le cause a loro affidate, osservando al riguardo le norme processuali [...]. In questo modo "l'operato istituzionale della Chiesa nei Tribunali" sarà sempre più vicino ai fedeli", e le decisioni giudiziali arriveranno a loro "in tempi ragionevoli"»: A. STANKIEWICZ, *Principi deontologici riguardanti i giudici*, in *Deontologia degli operatori dei Tribunali ecclesiastici*, Città del Vaticano 2011, p. 127. L'autore cita l'allocuzione alla Rota Romana di Benedetto XVI del 28 gennaio 2006 (AAS 98 [2006] 138).

plicazione della medesima disciplina del rapporto di lavoro, riprendendo con qualche adattamento quanto già affermato per i giudici. In particolare, muta la qualifica nell'assunzione (*responsabile di progetto*), permettendo una distinzione di livello tra il giudice, il difensore del vincolo e l'uditore. Ai fini del trattamento economico, le due ultime figure sono equiparate.

In continuità con quanto stabilito al n. 5 della *Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani* del 2003, si stabilisce un tetto al numero di fedeli laici, assunti con contratto di lavoro subordinato, che esercitano l'ufficio di giudice, difensore del vincolo e uditore. Ogni Tribunale ecclesiastico, quindi, può assumere, al massimo, due giudici (n. 4), un difensore del vincolo (n. 11) e un uditore (n. 16). Eventuali eccezioni vengono valutate dalla Presidenza della CEI, a partire da due criteri: l'organico del Tribunale e il numero di cause. In tal modo può essere possibile tenere nella debita considerazione la situazione concreta dei Tribunali, con le loro necessità e con le persone che già svolgono il loro ufficio o vi si stanno preparando, senza trascurare l'aspetto economico coinvolto.

Per quanto riguarda i patroni stabili, la *Determinazione* si prefigge di unificare indicazioni già date in precedenza o seguite nella prassi. In particolare, ribadendo l'autonomia professionale della figura del patrono stabile, si indica, come disciplina del rapporto di lavoro, la stipula di un *contratto d'opera professionale* (n. 1). Per evidenziare ulteriormente l'autonomia dell'operato del patrono stabile, la modalità di calcolo del compenso prevede una parte fissa e una parte variabile, collegata alla quantità dei servizi resi, ossia ai colloqui di consulenza e ai libelli di causa introdotti (n. 5).

3. I Tribunali ecclesiastici regionali italiani

Sembra utile, infine, evidenziare alcuni aspetti significativi, relativi ai Tribunali ecclesiastici, che possono essere utili per collocare i testi esaminati all'interno dell'operato dei Tribunali regionali.

In primo luogo, è prevedibile che la proposta formulata comporti un maggiore esborso economico da parte dei singoli Tribunali ecclesiastici, con un conseguente incremento del contributo della Conferenza Episcopale Italiana. Nel corso degli anni tale contributo economico destinato ai Tribunali regionali è progressivamente aumentato. Infatti, la modalità di calcolo e di versamento del contributo della Conferenza Episcopale Italiana prevede che il contributo sia calcolato in base al bilancio di previsione per l'anno in corso, ripianando la differenza tra le uscite e le entrate.²⁶ In tal modo si è in-

²⁶ Cfr *Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi*, art. 3 § 2.

teso evidenziare il principio della gratuità e dell'offerta a tutti i fedeli della possibilità di accedere al Tribunale ecclesiastico per introdurre, qualora ne sussistano i presupposti di merito, una causa di nullità matrimoniale. Tale meccanismo, tuttavia, basato sulla possibilità di erogare la somma necessaria al funzionamento di ciascun Tribunale, presuppone un meccanismo virtuoso che riguarda l'amministrazione di tutti i Tribunali regionali, richiedendo a ciascuno la necessaria attenzione a bilanciare in modo equilibrato le risorse a disposizione.

Contemporaneamente, emerge la costante attenzione a disciplinare in modo adeguato il rapporto di lavoro con i fedeli laici che esercitano il loro ufficio all'interno dei Tribunali ecclesiastici regionali, incentivando una disciplina uguale per persone che svolgono identiche attività lavorative e favorendo il ricorso a personale qualificato. Nel prossimo futuro, considerata la penuria di sacerdoti impegnati nei Tribunali regionali, è facile prevedere che si assisterà a un ulteriore incremento dei laici che svolgono la funzione di giudici, difensori del vincolo e uditori. Il progressivo inserimento di fedeli laici nei Tribunali ecclesiastici come giudici, difensori del vincolo e uditori dipende in buona parte dalla diminuzione numerica dei sacerdoti provvisti dei titoli e della preparazione adeguata per operare all'interno dei Tribunali stessi. Non è irrealistico pensare che, senza l'apporto dei laici, alcuni Tribunali ridurrebbero sensibilmente la capacità di istruire e decidere le cause matrimoniali introdotte. Pertanto, la presenza di operatori laici rende possibile ai Tribunali di agire in maniera efficace e continuativa nel tempo, ossia di decidere le cause e di farlo in tempi non eccessivamente lunghi. D'altra parte, non va dimenticato il rischio che i sacerdoti diventino figure marginali nei Tribunali ecclesiastici. All'interno di questo equilibrio si pone l'attenzione a prevedere per tempo la loro formazione per il servizio presso i Tribunali ecclesiastici, come già auspicato dal n. 58 del *Decreto generale sul matrimonio canonico*; pur essendo una scelta spesso onerosa, specie in situazioni di penuria di sacerdoti, tuttavia è necessaria per l'azione pastorale svolta presso i Tribunali.

Infine, è imprescindibile considerare l'impatto pastorale delle cause di nullità matrimoniale. Sono molte le persone che entrano in contatto, ogni anno, con gli operatori dei Tribunali ecclesiastici. In Italia ogni anno, nell'ultimo quinquennio, sono state decise circa 3.000 cause in primo grado,²⁷ cui possono aggiungersi le cause che, in appello, vengono rinviate a esame ordinario e richiedono un supplemento d'istruttoria. Considerato che per ogni causa

²⁷ Nel 2005 risultano decise o perente 3.025 cause in primo grado; nel 2006 sono 3.116; nel 2007 3.209; nel 2008 3.284; nel 2009 3.136; nel 2010 3.022. I dati delle cause introdotte, decise o perente e pendenti in primo e secondo grado dei Tribunali ecclesiastici italiani sono reperibili nel sito internet www.tribunali ecclesiastici.it.

istruita vengono sentite in media almeno cinque persone (le due parti e tre testimoni), ne risulta che ogni anno circa 15.000 persone vengono a contatto con gli operatori (laici e chierici) dei Tribunali ecclesiastici. A queste, poi, bisogna aggiungere tutti coloro che, per una consulenza previa, si rivolgono a un patrono di fiducia o al patrono stabile. L'importanza pastorale si riferisce anzitutto alla possibilità per il coniuge (o i coniugi) che ha (o hanno) ottenuto la dichiarazione di nullità del matrimonio di contrarre un valido matrimonio e di partecipare pienamente alla vita cristiana. In secondo luogo, si riferisce all'opportunità, nello svolgimento di una causa di nullità matrimoniale, di incontro con molte persone che non hanno rapporti con la Chiesa, in un ambito percepito importante dal punto di vista esistenziale, come quello affettivo e matrimoniale. In questo modo la specifica attività giuridica svolta nell'ambito dei Tribunali ecclesiastici può diventare «una peculiare partecipazione alla missione di Cristo Pastore [...] nell'attualizzare l'ordine voluto dallo stesso Cristo»²⁸ ed emerge in misura maggiore come «il processo e la sentenza hanno una grande rilevanza sia per le parti, sia per l'intera compagine ecclesiale e ciò acquista un valore del tutto singolare quando si tratta di pronunciarsi sulla nullità di un matrimonio, il quale riguarda direttamente il bene umano e soprannaturale dei coniugi, nonché il bene pubblico della Chiesa».²⁹

ADOLFO ZAMBON

²⁸ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, in AAS 82 [1990], p. 874, n.4.

²⁹ BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 2010, in AAS 102 [2010], p. 111.

GIURISPRUDENZA CIVILE

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011, *Lautsi contro Italia*, n. 30814/06*

(*omissis*)

57. **I**N primo luogo la Corte precisa che la sola questione di cui si trova investita è quella della compatibilità, avuto riguardo alle circostanze della causa, della presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane con il contenuto degli artt. 2 del Protocollo n. 1 e 9 della Convenzione.

Così, nel caso specifico, da una parte non è chiamata ad esaminare la questione della presenza del crocifisso in luoghi diversi dalle scuole pubbliche, dall'altro non le compete di pronunciarsi sulla compatibilità della presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche con il principio di laicità, così come stabilito nel diritto italiano.

58. In secondo luogo la Corte sottolinea che i sostenitori della laicità si avvalgono delle interpretazioni relative al «grado di forza, di serietà, di coerenza e di importanza» richieste perché si tratti di «convinzioni» ai sensi degli artt. 9 della Convenzione e 2 del Protocollo n. 1 (sentenza *Campbell e Cosans contro Regno unito*, 25 febbraio 1982, n. 7511/76, 7743/76, § 36).¹ Più precisamente, occorre verificare il profilo delle «convinzioni filosofiche» ai sensi del secondo comma dell'art. 2 del Protocollo n. 1, dal momento che esse meritano «rispetto “in una società democratica”», non sono incompatibili con la dignità della persona e non sono in contrasto con il diritto fondamentale del bambino all'istruzione (*ibidem*).

59. La Corte ricorda che in materia di educazione e di insegnamento l'art.

* La sentenza si trova sul sito Internet della Corte (www.echr.coe.int), nella banca-dati «HUDOC», in inglese e francese. – Qui ci serviamo della traduzione (non ufficiale) dal francese a cura di Laura De Gregorio in collaborazione con la Rivista «Il Regno», disponibile sul sito www.olir.it/documenti/index.php?argomento=127&documento=5609. I numeri fanno riferimento ai paragrafi della sentenza. Offriamo qui i paragrafi sull'«in iure». Vedi alla fine del documento la nota di S. MÜCKL, *Crocifissi nelle aule? La sentenza definitiva di Strasburgo dopo una controversia lunga*.

¹ Tutte le sentenze della Corte vengono citate secondo il nome del caso, la data della sentenza ed il numero del caso (così facilmente consultabile sulla banca-dati «HUDOC»). La citazione concreta fa riferimento al paragrafo della rispettiva sentenza.

2 del Protocollo n. 1 è in linea di massima *lex specialis* rispetto all'art. 9 della Convenzione. Ciò vale a maggior ragione quando, come nel caso di specie, è in gioco l'obbligo degli Stati contraenti – che pone il secondo capoverso di tale art. 2 – di rispettare, nel quadro dell'esercizio delle funzioni che essi svolgono in questo campo, il diritto dei genitori di assicurare questa educazione e questo insegnamento in conformità alle loro convinzioni religiose e filosofiche (sentenza *Folgerø ed altri contro Norvegia* [GC], 29 giugno 2007, n. 15472/02, § 84).

Conviene dunque esaminare il caso in questione principalmente con riferimento al secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 (cfr. *Appel-Irrgang ed altri contro Germania*, 6 ottobre 2009, n. 45216/07).

60. Occorre tuttavia leggere questa disposizione alla luce non solo del primo capoverso dello stesso articolo, ma anche, particolarmente, dell'art. 9 della Convenzione (cfr. per esempio la sentenza *Folgerø*, citata, § 84) che garantisce la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, nonché la libertà di non aderire ad alcuna religione e che pone a carico degli Stati contraenti un «dovere di neutralità e di imparzialità».

In proposito occorre ricordare che gli Stati hanno la missione di garantire, rimanendone neutrali e imparziali, l'esercizio delle diverse religioni, culti e credi. Il loro ruolo è di contribuire ad assicurare l'ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza in una società democratica, in particolare tra gruppi contrapposti (cfr. per esempio la sentenza *Leyla Şahin contro Turchia* [GC], 10 novembre 2005, n. 44774/98, § 107). Questo concerne sia le relazioni tra credenti e non credenti sia le relazioni tra seguaci delle diverse religioni, culti e credenze.

61. La parola «rispettare» alla quale rinvia l'art. 2 del Protocollo n. 1 significa più di «riconoscere» o «prendere in considerazione»; piuttosto che un impegno negativo, questo verbo implica a carico dello Stato una qualche obbligazione positiva (sentenza *Campbell e Cosans*, citata, § 37). Ciò nonostante, le esigenze della nozione di «rispetto» che si ritrovano anche nell'art. 8 della Convenzione cambiano molto da un caso all'altro, vista la diversità delle pratiche seguite e delle condizioni esistenti negli Stati contraenti. Tale nozione implica anche che gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento per determinare, in funzione dei bisogni e delle risorse della comunità e degli individui, le misure da adottare al fine di assicurare l'osservanza della Convenzione. Nel contesto dell'art. 2 del Protocollo n. 1 questa nozione significa in particolare che tale disposizione non potrebbe essere interpretata nel senso di consentire ai genitori di esigere dallo Stato che organizzi un determinato insegnamento (cfr. *Bulski contro Polonia* [déc.], n. 46254/99 e 31888/02).

62. Occorre ugualmente ricordare la giurisprudenza della Corte relativa al ruolo della religione nei programmi scolastici (cfr. essenzialmente le sentenze *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen contro Danimarca*, 7 dicembre 1976, n. 5095/71, 5920/72, 5926/72, §§ 50-53, *Folgerø*, citata, § 84, e *Hasan et Eylem Zengin contro Turchia*, 9 ottobre 2007, n. 1448/04, §§ 51-52).

Secondo tale giurisprudenza la definizione e la regolazione dei programmi scolastici sono riservate alla competenza degli Stati contraenti. Non compete in linea di massima alla Corte pronunciarsi su queste questioni dal momento che la loro soluzione varia a seconda dei paesi e delle epoche.

In particolare, il secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 non impedisce agli Stati di divulgare, attraverso l'insegnamento o l'educazione, informazioni o conoscenze aventi direttamente o meno carattere religioso o filosofico; allo stesso modo non autorizza i genitori ad opporsi all'integrazione di un simile insegnamento o educazione nei programmi scolastici.

In compenso, dal momento che mira a salvaguardare la possibilità di un pluralismo educativo, implica che lo Stato, nell'adempimento delle sue funzioni in materia di educazione e di insegnamento, vigili affinché le informazioni e le conoscenze comprese nei programmi siano divulgate in maniera obiettiva, critica e pluralista, così da permettere agli alunni di sviluppare un senso critico a proposito in particolare del fatto religioso, in un'atmosfera serena, preservata da ogni proselitismo. Il secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 fa divieto di perseguire uno scopo d'indottrinamento che potrebbe essere considerato come non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. È qui che si pone per gli Stati il limite da non superare (sentenze citate in questo stesso paragrafo rispettivamente §§ 53, § 84, § 52).

63. La Corte non condivide la tesi del Governo secondo cui l'obbligo che grava sugli Stati contraenti ai sensi del secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 verte unicamente sul contenuto dei programmi scolastici, sicché la questione della presenza del crocifisso nella aule delle scuole pubbliche esula dal suo campo di applicazione.

È vero che numerose cause di cui la Corte si è occupata relative a questa disposizione riguardano il contenuto o l'attuazione dei programmi scolastici. Nondimeno, come la Corte ha del resto già evidenziato, l'obbligo degli Stati contraenti di rispettare le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori non si limita solo al contenuto dell'istruzione e alle modalità di erogarla: s'impone ad essi «nell'esercizio» dell'insieme delle «funzioni» – ai sensi del secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 – che essi esercitano in materia di educazione e di insegnamento (cfr. essenzialmente le sentenze *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen*, citate, § 50, *Valsamis contro Grecia*, 18 dicembre 1996, n. 21787/93, § 27, e *Hasan e Eylem Zengin*, citata, § 49, e *Folgerø*, citata, §

84). Ciò include senza alcun dubbio la regolamentazione dell'ambiente scolastico quando il diritto nazionale prevede che questa funzione sia riservata alle autorità pubbliche.

Ora, è nel quadro così descritto che s'inserisce la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane (cfr. gli artt. 118 del regio decreto n. 965 del 30 aprile 1924, 119 del regio decreto n. 1297 del 26 aprile 1928 e 159 e 190 del decreto legislativo n. 297 del 16 aprile 1994; qui *sopra* §§ 14 e 19).

64. Da un punto di vista generale la Corte reputa che, quando la regolamentazione dell'ambiente scolastico è riservata alla competenza delle autorità pubbliche, ciò comporta l'assunzione di una funzione da parte dello Stato nel campo dell'educazione e dell'insegnamento ai sensi del secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1.

65. Ne consegue che la decisione relativa alla presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche riguarda funzioni assunte dallo Stato convenuto nel campo dell'educazione e dell'insegnamento e ricade nell'ambito di applicazione del secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1. Ci si colloca quindi in un campo in cui entra in gioco l'obbligo dello Stato di rispettare il diritto dei genitori di educare ed istruire i propri figli in conformità alle loro convinzioni religiose e filosofiche.

66. La Corte considera che il crocifisso è innanzitutto un simbolo religioso. Le giurisdizioni nazionali l'hanno ugualmente sostenuto e del resto il Governo non lo contesta. Il significato del crocifisso non è decisivo nello stabilire se la simbologia religiosa c'entri o meno. Non ci sono per la Corte elementi che attestano l'eventuale influenza che l'esposizione sui muri delle aule scolastiche di un simbolo religioso potrebbe avere sugli alunni: non si potrebbe quindi ragionevolmente affermare che essa abbia o meno un'influenza su giovani persone le cui convinzioni non sono ancora definite.

Si può tuttavia comprendere che la ricorrente possa vedere nell'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche frequentate dai suoi figli una mancanza di rispetto da parte dello Stato del suo diritto di educare ed istruire questi ultimi in conformità alle sue convinzioni filosofiche. Peraltro la percezione soggettiva della ricorrente non sarebbe di per sé sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1.

67. Il Governo argomenta che la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche è il frutto dell'evoluzione storica dell'Italia, circostanza questa che gli attribuisce un significato non solo culturale, ma anche identitario, corrispondendo oggi ad una tradizione che giudica importante perpetuare. Aggiunge che al di là del suo significato religioso il crocifisso è simbolo dei principi e dei valori che fondano la democrazia e la civiltà occidentale giustificandone la presenza nelle aule scolastiche.

68. Secondo la Corte la decisione di conservare o meno una tradizione ricade nell'ambito del margine di apprezzamento dello Stato convenuto. La Corte deve del resto considerare il fatto che l'Europa è caratterizzata da una grande diversità fra gli Stati che la compongono in particolare sul piano dell'evoluzione culturale e storica. Sottolinea tuttavia che evocare una tradizione non esonera uno Stato contraente dal suo obbligo di rispettare i diritti e le libertà consacrati dalla Convenzione e dai suoi protocolli.

Quanto al punto di vista del Governo relativo al significato del crocifisso, la Corte constata che il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione hanno sul punto posizioni divergenti e che la Corte costituzionale non si è pronunciata (cfr. qui *sopra* § 16 e 23). Non appartiene alla Corte prendere posizione su un dibattito interno alle giurisdizioni nazionali.

69. Rimane che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento quando si tratti di conciliare l'esercizio delle funzioni che essi assumono nel campo dell'educazione e dell'insegnamento e il rispetto dei diritti dei genitori di assicurare tale educazione e insegnamento in conformità alle proprie convinzioni religiose e filosofiche (cfr. qui *sopra* §§ 61-62).

Questo vale sia per la regolazione dell'ambiente scolastico sia per la definizione e la regolazione dei programmi (come la Corte ha già precisato: cfr. essenzialmente le sentenze citate *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen*, §§ 50-53, *Folgerø*, § 84, e *Zengin*, §§ 51-52; cfr. qui *sopra* § 62). La Corte dunque deve in linea di massima rispettare le scelte degli Stati contraenti in questi ambiti compreso il ruolo che essi assegnano alla religione nella misura in cui tuttavia queste scelte non conducono ad una forma d'indottrinamento (*ibidem*).

70. La Corte deduce nel caso concreto che la scelta circa la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche ricade nell'ambito del margine di apprezzamento dello Stato convenuto. Il fatto che non esista un consenso europeo sulla questione della presenza dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche (cfr. qui *sopra* §§ 26-28) avvalorava questa interpretazione.

Questo margine di apprezzamento va tuttavia di pari passo con un controllo europeo (cfr. per esempio, *mutatis mutandis*, la sentenza *Leyla Şahin* citata, § 110) consistendo il compito della Corte nell'assicurarsi che il limite indicato al § 69 qui sopra non venga trasgredito.

71. A tale proposito è vero che prescrivendo la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche – crocifisso che, si riconosca o meno ad esso un valore simbolico laico, rinvia senza dubbio al cristianesimo – si attribuisce alla religione di maggioranza del paese una visibilità preponderante nell'ambiente scolastico.

Tuttavia, questo non è di per sé sufficiente ad integrare un tentativo di in-

dottrina da parte dello Stato convenuto e a stabilire un inadempimento delle prescrizioni di cui all'art. 2 del Protocollo n. 1.

La Corte rinvia su questo punto, *mutatis mutandis*, alle sue sentenze *Folgerø* e *Zengin* citate. Nella causa *Folgerø*, in cui aveva dovuto esaminare il contenuto del programma di un corso di «cristianesimo, religione e filosofia» («KRL»), ha infatti stabilito che il fatto che questo programma accordi una parte più ampia alla conoscenza del cristianesimo rispetto a quella delle altre religioni e filosofie non configurerebbe in sé una violazione dei principi di pluralismo e di obiettività suscettibile di tradursi in indottrinamento. La Corte ha precisato che, visto il posto che occupa il cristianesimo nella storia e nella tradizione dello Stato convenuto – la Norvegia – tale questione ricadeva nel margine di apprezzamento di cui godono gli Stati per definire e regolare i programmi scolastici (sentenza citata, § 89). La Corte è pervenuta ad una conclusione simile nel contesto dei corsi di «cultura religiosa e conoscenza morale» erogati nelle scuole turche i cui programmi accordavano una più ampia conoscenza all'islam in ragione del fatto che la religione musulmana è praticata dalla maggioranza della popolazione nonostante il carattere laico dello Stato turco (sentenza *Zengin*, citata, § 63).

72. Ancora, il crocifisso appeso al muro è un simbolo essenzialmente passivo e questo aspetto è particolarmente rilevante per la Corte con riguardo specificamente al principio di neutralità (cfr. qui *sopra* §§ 60). Non gli si potrebbe attribuire un'influenza sugli alunni comparabile a quella che può avere una lezione o la partecipazione ad attività religiose (cfr. sentenze *Folgerø* e *Zengin*, citate, rispettivamente § 94 e § 64).

73. La Corte osserva che, nella sua sentenza del 3 novembre 2009, la camera ha all'opposto sostenuto la tesi secondo cui l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche avrebbe un impatto notevole sul secondo e terzo ricorrente di 11 e 13 anni all'epoca dello svolgimento dei fatti. Secondo la camera, nel contesto dell'educazione pubblica il crocifisso, che è impossibile non notare nelle aule scolastiche, è necessariamente percepito come parte integrante dell'ambiente scolastico e può di conseguenza essere considerato come un «segno esteriore forte» così come già indicato nella sentenza *Dahlab* citata (cfr. §§ 54 e 55 della sentenza).

La Grande Camera non condivide questa interpretazione. Giudica infatti che non ci si possa basare nel caso di specie su questa decisione essendo completamente diverse le circostanze della causa.

Ricorda infatti che la causa *Dahlab* concerneva il divieto rivolto a un'insegnante di indossare il velo islamico nel quadro della sua attività di insegnamento, motivando il divieto con la necessità di proteggere i sentimenti religiosi degli allievi e dei loro genitori e di applicare il principio di neutralità

confessionale della scuola consacrato dal diritto interno svizzero. Dopo aver rilevato che le autorità elvetiche avevano debitamente bilanciato gli interessi in conflitto, la Corte ha giudicato, in virtù soprattutto della giovane età dei bambini affidati alla cura delle ricorrente, che esse non avevano oltrepassato il loro margine di apprezzamento.

74. Gli effetti dell'accresciuta visibilità che la presenza del crocifisso attribuisce al cristianesimo nello spazio scolastico meritano di essere ulteriormente relativizzati in relazione ai seguenti elementi. Da una parte questa presenza non è associata ad un insegnamento obbligatorio del cristianesimo (cfr. gli elementi di diritto comparato esposti nella citata sentenza *Zengin*, § 33). Dall'altra, secondo le indicazioni del Governo, l'Italia apre ugualmente lo spazio scolastico ad altre religioni. Il Governo indica in particolare che il velo islamico indossato dalle studentesse e altri simboli e abbigliamenti con significato religioso non sono proibiti; sono previste delle regole per conciliare agevolmente la frequenza scolastica e le pratiche religiose di minoranza; l'inizio e la fine del ramadan sono «spesso festeggiati» nelle scuole e un insegnamento religioso facoltativo può essere attivato nelle scuole per «ogni confessione religiosa riconosciuta» (cfr. qui *sopra* § 39). D'altra parte, nulla indica che le autorità scolastiche si dimostrino intolleranti rispetto agli alunni che professano altre religioni, a quelli non credenti o aventi convinzioni filosofiche che non si rifanno ad alcuna religione.

In più, i ricorrenti non sostengono che la presenza del crocifisso nelle aule abbia incitato a sviluppare insegnamenti aventi carattere di proselitismo, né reputano che il secondo e terzo di essi si siano trovati di fronte ad insegnanti che, nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano in modo tendenzioso insistito sulla presenza del crocifisso.

75. Infine, la Corte osserva che la ricorrente ha mantenuto intatto il suo diritto, in qualità di genitore, di illuminare e consigliare i propri figli, di esercitare nei loro confronti il suo ruolo naturale di educatrice e di orientarli in una direzione conforme alle proprie convinzioni filosofiche (cfr. le sentenze citate *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen*, e *Valsamis*, §§ 54 e 31 rispettivamente).

76. Ne deriva da ciò che precede che decidendo di mantenere appeso il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche frequentate dai figli della ricorrente, le autorità italiane hanno agito nei limiti del margine di apprezzamento di cui dispone lo Stato convenuto nell'ambito del suo obbligo di rispettare, nell'esercizio delle funzioni che esso assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, il diritto dei genitori di educare ed istruire i figli in conformità alle proprie convinzioni religiose e filosofiche.

77. La Corte ne deduce che non vi è stata violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 con riferimento alle doglianze sollevate dalla ricorrente. Considera

d'altro canto che nessuna questione distinta si pone nel caso di specie con riguardo all'art. 9 della Convenzione.

78. La Corte considera che, letto come si deve alla luce dell'art. 9 della Convenzione e del secondo comma dell'art. 2 del Protocollo n. 1, il primo capoverso di questa disposizione garantisce agli allievi un diritto all'istruzione nel rispetto del loro diritto di credere o di non credere. Comprende di conseguenza come studenti sostenitori della laicità vedano nella presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche che frequentano una lesione ai propri diritti derivanti da queste disposizioni.

Valuta, tuttavia, che per le ragioni indicate nell'ambito dell'esame della posizione della ricorrente, non vi è stata violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 con riferimento alle doglianze sollevate dal secondo e dal terzo ricorrente. Considera d'altro canto che nessuna questione distinta si pone nel caso di specie con riguardo all'art. 9 della Convenzione.

(*omissis*)

CROCIFISSI NELLE AULE? LA SENTENZA DEFINITIVA DI STRASBURGO DOPO UNA CONTROVERSIA LUNGA

LA sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 18 marzo 2011 segna il capitolo finale di una controversia legale di quasi dieci anni la quale aveva trovato, soprattutto nella sua ultima fase, in tutta l'Europa attenzione ed accompagnamento giuridico e politico. In vista della domanda giuridica da decidere, ciò è tutt'altro che sorprendente. Dispute giudiziarie sull'ammissibilità di simboli religiosi nelle scuole pubbliche possono essere sempre capaci di attirare l'attenzione non solo dei giuristi, ma anche dell'opinione pubblica più in generale. Negli ultimi due decenni sono significativamente aumentati, sia a livello nazionale sia europeo, i processi corrispondenti; questa realtà si può valutare come conseguenza di una crescente pluralizzazione. Per questo, i fatti alla base dei casi non si possono riassumere in un'unica categoria: da un lato, si tratta della questione sull'ammissibilità di allestire le aule scolastiche con simboli religiosi e poi, se esiste un diritto «negativo», basato sui diritti fondamentali, contro questa presenza. In altre costellazioni è in gioco se le persone che partecipano alle lezioni possono indossare simboli religiosi. Da tutto ciò, possono nella prassi sorgere due problemi giuridici distinti: Da una parte, se (nella prima costellazione) si applica un diritto «negativo», effettivo a causa dei diritti dell'uomo, contro la presenza del simbolo utilizzato; d'altro canto, invece, se una persona indossa tale simbolo può richiamarsi ad un diritto «negativo» nel caso di un divieto statale dell'utilizzo del simbolo.

1. FATTI PRINCIPALI

Il caso Lautsi contro l'Italia ebbe inizio nell'anno scolastico 2001-2002 nell'*Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltrè*, una scuola pubblica, ad Albano Terme (provincia di Padova): la madre di origine finlandese di due ragazzi in età scolastica, all'epoca di 11 e 13 anni, pretese l'eliminazione dalle aule dei crocifissi ivi collocati. Questa pretesa ella la motivò con il «principio della laicità», sulla cui base voleva fossero educati i propri figli, e a sostegno della sua posizione rimandava ad una decisione della Corte di Cassazione italiana del 2000,² stando alla quale il collocamento di crocifissi nei locali elettorali³ sarebbe stato inconciliabile, per l'espletamento delle elezioni statali, con il principio legale-costituzionale della laicità dello Stato. Nel corso del procedimento del tribunale amministrativo la ricorrente completò la sua formulazione facendo leva su una – presunta – violazione del principio dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica, nonché sulla violazione del diritto ad esercitare la patria potestà in materia di educazione. La protezione giuridica nazionale invece non ebbe alcun successo; nel 2006 il Consiglio di Stato italiano decise, come già prima il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto,⁴ che la libertà di fede non era violata, in quanto il crocifisso non era soltanto un simbolo religioso, ma impersonava anche i valori secolarizzati della costituzione italiana.⁵

2. PROCEDURA DAVANTI ALLA CORTE

2. 1. *Sentenza di Camera della Corte (2ª sezione) del 3 novembre 2009*

Con ricorso individuale secondo l'art. 35 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali reclamava la ricorrente – a proprio nome come a nome dei suoi due figli⁶ – una violazione del diritto all'istruzione (art. 2 capoverso 2 del Protocollo addizionale n. 1

² Corte di Cassazione, sentenza del 1 marzo 2000, n. 4273 (disponibile sulla pagina www.unife.it/convegni/amicuscuriae/index_file/cassazione439.pdf).

³ In effetti doveva essersi trattato degli stessi ambienti, in quanto anche le aule servono come locali elettorali (presumibilmente in esse non vennero tolti, appositamente per il giorno delle elezioni, i crocifissi ivi appesi).

⁴ Tribunale Amministrativo Regionale Veneto, sentenza del 17 marzo 2005 (disponibile sulla pagina www.giustizia-amministrativa.it/WEBY2K/DettaglioRicorso.asp?val=200202007).

⁵ Consiglio di Stato, sentenza del 13 febbraio 2006, n. 7314/2006 (disponibile sulla pagina www.giustizia-amministrativa.it/webcds/DettaglioRicorso.asp?val=200507314).

⁶ Tra le curiosità del caso va annoverata la circostanza che come ricorrente figura solo la madre (a nome suo e dei suoi due figli) – ma non il padre (anche sposato con la ricorrente), sebbene egli per tutto il tempo della controversia giudiziaria convivesse con la famiglia e avesse anche lui la patria potestà per i figli.

alla Convenzione) come della libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 della Convenzione). Le norme sono così redatte:

Articolo 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione:

... Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.

Articolo 9 della Convenzione:

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

Con sentenza del 3 novembre 2009 la Camera della Corte (2^a sezione) ha concluso, all'unanimità, che c'è stata violazione tanto del diritto all'istruzione quanto della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. La decisione si basa essenzialmente sulle considerazioni seguenti:

Nella sua valutazione giuridica la Corte formulò in forma decisamente stringata i «fondamenti generali», che poi applicò al caso – in un doppio ambito. Per quanto riguarda i criteri fondamentali la Camera pose evidentemente al centro il diritto dei genitori ad esercitare la patria potestà in materia di educazione (l'art. 2 del Protocollo n. 1). Questo diritto richiede un ambiente scolastico che deve mostrarsi aperto e incentivare l'integrazione. La scuola non deve essere un palcoscenico per le attività missionarie o per le prediche, ma favorire l'incontro delle diverse convinzioni religiose e ideologiche. Allo Stato ne deriva in positivo l'obbligo di offrire contenuti d'insegnamento «obiettivi, critici e pluralistici» e in negativo il divieto di perseguire uno scopo d'indottrinamento, che *potrebbe* suscitare l'impressione,⁷ di non rispettare gli obiettivi religiosi o ideologici dei genitori. Alla garanzia – prevista dalla Convenzione – della libertà di fede invece la Camera dedicò solo poche righe, tenute naturalmente in tono deciso: all'indicazione, che la garanzia abbraccia anche i componenti negativi, viene subito allacciata la dicitura

⁷ Si dà risalto solo qui, la versione originale recita per tanto: «*qui puisse être considéré comme*».

che l'obbligo dello Stato alla neutralità sia inconciliabile con gli annunci, per quanto buoni essi siano, riferiti alla legittimità delle convinzioni religiose o delle loro forme d'espressione. In ambito scolastico la neutralità deve garantire il pluralismo.

Dai criteri in tal modo raggruppati la Camera passò alla concreta decisione sul caso. La ribadita dichiarazione che lo Stato, nelle sue Istituzioni, debba astenersi da ogni influenza, anche indiretta, sulle convinzioni dei cittadini, viene rafforzata dalla Camera per l'ambiente scolastico: questo sarebbe un terreno particolarmente sensibile proprio per il fatto che ai bambini mancherebbero ancora sufficienti capacità critiche. Proprio i simboli religiosi, soprattutto quando la maggior parte della popolazione appartiene ad una determinata religione, potrebbero produrre una «pressione» sugli altri allievi di religione diversa o atei. All'obiezione del governo italiano che al crocifisso non sia legato un significato esclusivamente religioso, ma sia simbolo di quei valori personificati complessivamente nella storia e nelle tradizioni del paese, la Camera contrappose, in una frase, la propria valutazione, che la collocazione dei crocifissi nelle aule vada oltre l'usanza che riporta alla mente riferimenti storici. Di contrapposto, il rapporto della ricorrente – e cioè che il crocifisso sia il simbolo della Chiesa Cattolica, al cui lato si pone lo Stato quando lo colloca nelle aule, il che ferisce il diritto dei suoi figli di non professarsi per la fede cattolica – viene ampiamente ribadito ancora una volta e senz'altro accettato come «non arbitrario». Una volta constatato che il crocifisso debba essere classificato come un palese simbolo religioso, la Camera ritiene di poter stabilire, che la sua presenza nelle aule può essere interpretata dagli allievi di ogni età non solo come simbolo religioso, ma ampiamente e conseguentemente come se essi fossero educati secondo una determinata religione. Per allievi appartenenti ad una determinata religione ciò potrebbe essere incoraggiante, su altri invece di diversa religione o atei ciò potrebbe avere un effetto di «turbamento emozionale». La «negativa» libertà di fede, che non deve essere ridotta alla mancanza di funzioni religiose scolastiche e dell'insegnamento religioso, ma riferirsi alle pratiche e ai simboli, nei quali si personifica una fede, una religione o l'ateismo, merita invece «particolare protezione» quando lo Stato esprime una fede e pone così il singolo in una posizione, alla quale egli non può sottrarsi o può farlo solo con sforzi impetendibili. La collocazione di simboli religiosi non è giustificabile, secondo la Camera, nemmeno con il desiderio di altri genitori che auspicano per i propri figli un'educazione religiosa. Le loro convinzioni dovrebbero «tener conto» di quelle degli altri genitori. Lo Stato, da parte sua, dovrebbe garantire, nell'ambito dell'istruzione pubblica, la neutralità confessionale, in quanto, a prescindere dalle convinzioni religiose, sussiste un generale obbligo scolastico e gli allievi andrebbero esortati al

pensiero critico. Su questo sfondo la Camera non è in grado di riconoscere fino a che punto l'arredo delle aule con un simbolo, che è ragionevolmente da associare al Cattolicesimo, possa contribuire ad un'educazione pluralistica, essenziale per mantenere una società democratica nel senso della Convenzione.

2. 2. *Rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera della Corte*

La sentenza della Camera del 3 novembre 2009 ha trovato un'eco prevalentemente critico, anzi disastroso nel pubblico tanto italiano quanto europeo. Anche il dibattito scientifico nella bibliografia giuridica ha in maggior parte evidenziato che ci furono difetti eclatanti nella sentenza.⁸ Si può riassumere i principali aspetti della critica come segue:

- una comprensione dilatata della dimensione negativa (meglio detto: «negatoria») dei diritti dell'uomo (in questo contesto, del diritto all'istruzione e della libertà di religione) e la sua sovrapponderazione unilaterale a scapito della dimensione positiva dei diritti dell'uomo;
- la classificazione autoritaria del crocifisso come «segno esterno forte» che senz'altro avesse l'effetto di qualcosa «sconvolgente emotivamente» ed intimidante;
- una comprensione sbagliata di contenuto e portata del principio della neutralità dello Stato;
- la trascuratezza completa del margine di apprezzamento,⁹ concesso agli Stati contraenti secondo la giurisprudenza consolidata della Corte (come, in generale, la scarsa considerazione della giurisprudenza in rispetto all'art. 9 della Convenzione);
- aver ignorato le circostanze storico-culturali dello Stato contraente e la sua decisione, democraticamente legittimata, a favore di un riferimento a simboli religiosi nelle scuole pubbliche;

⁸ SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, *La Cruz de Estrasburgo. En torno a la sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», vol. 22, 2010, pp. 1-12; INO AUGSBERG / KAI ENGELBRECHT, *Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Entscheidung des EGMR vom 3.11.2009 in der Rechtssache Lautsi*, «Juristenzeitung», a. 65, vol. 9, 2010, pp. 450-458.

⁹ Questa mancanza è sorprendente tanto più che la presidente della Seconda Sezione, FRANÇOISE TULKENS, in una pubblicazione strettamente scientifica, poco prima della sentenza (*The European Convention on Human Rights and Church-State-Relations: Plualism vs. Pluralism*, «Cardozo Law Review», a. 30, vol. 6, 2009, pp. 2575-2590: 2577 sg.), aveva evidenziato esplicitamente quest'aspetto («the role of national decision-making bodies has to be given special consideration and domestic authorities should enjoy a large margin of appreciation»).

– la tendenza della Corte, di stabilire *un determinato* modo di regolare le relazioni Stato – religione (in questo caso concretamente quello del laicismo), sul quale non esiste inoltre un consenso europeo, per mezzo dell'interpretazione dei diritti dell'uomo.

L'Italia ha chiesto, entro il termine di tre mesi secondo l'art. 43 § 1 della Convenzione, il rinvio del caso davanti alla Grande Camera.¹⁰ In risposta il collegio della Grande Camera secondo l'art. 43 § 2 della Convenzione ha accettato il 1° marzo 2010. All'udienza del 30 giugno 2010 hanno partecipato con i suoi interventi Terze Parti in un numero finora eccezionale – un indizio assai notevole per la rilevanza del caso in tutta l'Europa. Oltre a trentatré membri del Parlamento europeo e diverse organizzazioni non-governative intervenivano principalmente dieci Stati del Consiglio d'Europa dalla parte dell'Italia come Terze Parti, otto di essi¹¹ sono stati rappresentati da un consulente comune di altissima reputazione nell'ambito internazionale.¹²

3. SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA DELLA CORTE DEL 18 MARZO 2011

Dopo una fase di deliberazione di durata eccezionalmente lunga – dall'udienza sono già passati quasi nove mesi – il 18 marzo 2011 la Corte pronunciò la sua sentenza, attesa con impazienza, che è definitiva secondo l'art. 44 § 1 della Convenzione. Con 15 voti contro due, la Grande Camera giunse alla conclusione che non c'è stata violazione né del diritto all'istruzione né della libertà di religione.

All'inizio la Corte chiarisce l'oggetto ed il criterio dell'esame: l'unica questione da decidere è se l'allestimento delle aule scolastiche nelle scuole pubbliche italiane con crocifissi sia compatibile con le garanzie della Convenzione. Non si tratta, invece, di un esame generale sull'ammissibilità di simboli religiosi nei luoghi pubblici, nemmeno è la Corte chiamata a prendere posi-

¹⁰ Si può consultare il ricorso del governo italiano sul sito: www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/crocifisso_sentenza.

¹¹ Armenia, Bulgaria, Grecia, Lituania, Malta, Russia, San Marino e Cipro. – I governi di Malta e Romania hanno presentato interventi propri.

¹² Si tratta del professore di diritto internazionale ed europeo presso la New York University ed presso il Collegio d'Europa a Bruges, JOSEPH H. H. WEILER. La sua aringa in favore al riferimento a Dio nel preambolo di una Costituzione Europea (fallita nel frattempo) (*Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, BUR Saggi, 2003) aveva causato grande attenzione nel pubblico, innanzitutto tenendo in conto il fondo biografico dell'autore (che è ortodosso ebreo praticante). – Il suo intervento nell'udienza dinanzi alla Grande Camera del 30 giugno 2010 è consultabile sulla pagina www.diritticomparati.it/2011/11/lintervento-di-joseph-weiler-alla-corte-di-strasburgo-sul-crocifisso.html.

zione sul problema di quanto la prassi in dibattito accorda con le norme del diritto italiano.

Come già prima la Camera, anche la Grande Camera esamina il caso sotto il profilo del diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni nell'ambito della scuola pubblica secondo il secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1; ciò che viene presentato con la tesi (tutt'altro che indubitabile) che esso, in materia di educazione e di insegnamento, sia *lex specialis* rispetto al diritto alla libertà religiosa secondo l'art. 9 della Convenzione.¹³ Dopo l'esame accurato del diritto all'istruzione, la Corte conclude constatando, con una frase chiara, che nessuna questione distinta sussiste per quanto riguarda la libertà di religione.¹⁴ Con un simile ragionamento procede la Grande Camera rispetto ai ricorrenti: Il caso viene trattato quasi esclusivamente in relazione alle madre, ciò che spetta ai loro due figli, non si fa un esame autonomo.¹⁵

Esaminando il diritto all'istruzione, la Corte condensa la sua giurisprudenza precedente¹⁶ in alcuni «principi generali»,¹⁷ nella cui luce porta il caso concreto ad una decisione:¹⁸

In genere, lo Stato è obbligato ad assicurare l'esercizio neutrale ed imparziale delle diverse convinzioni religiose e filosofiche. Il modo di concepire ed organizzare il sistema scolastico cade nella competenza degli Stati contraenti, anzi possono legittimamente arrivare a soluzioni ben diverse fra di loro, a seconda del paese e delle circostanze concrete. Il diritto all'istruzione non impedisce gli Stati contraenti di designare riferimenti religiosi o filosofici nella scuola pubblica. Agendo così devono procedere «in maniera obiettiva, critica e pluralista», in modo da permettere agli alunni di «sviluppare un senso critico a proposito in particolare del fatto religioso» e da garantire un'atmosfera serena, preservata da ogni proselitismo. Il limite da non superare per lo Stato consiste nello scopo d'indottrinamento che potrebbe essere considerato come non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori.

La decisione concreta del caso viene sviluppata dalla Grande Camera attraverso gli aspetti presentati dal governo italiano come anche dal confronto con la sentenza della Camera del 2009:

Contro l'affermazione del governo italiano secondo la quale i criteri dedotti dal diritto all'istruzione rispettino (soltanto) il contenuto dell'istruzione-

¹³ § 59. – La sentenza data come prova di questo, *Folgerø contro Norvegia* (Grande Camera [GC], 29 giugno 2007, n. 15472/02, § 84) sostiene la tesi soltanto in parte: Quella sentenza aveva unicamente sottolineato che il secondo capoverso dell'art. 2 del Protocollo n. 1 dovesse essere interpretato in considerazione dell'art. 9 della Convenzione. ¹⁴ § 77.

¹⁵ § 78.

¹⁶ Vengono citate le seguenti sentenze della Corte: *Kjelsen contro Danimarca* (7 dicembre 1976, n. 5095/71); *Folgerø ed altri contro Norvegia*, cit.; *Hassan ed Eylem Zengin contro Turchia* (9 ottobre 2007, n. 1448/04); *Appel-Irrgang ed altri contro Germania* (6 ottobre 2009, n. 45216/07).

¹⁷ §§ 60-62.

¹⁸ §§ 63-77.

ne e la modalità in cui viene essa dispensata, insiste la Corte che tale obbligo degli Stati contraenti ad un'educazione neutrale, imparziale e senza indottrinamento compete loro anche «nell'esercizio» dell'insieme delle «funzioni». Ciò comprende anche l'allestimento degli ambiti scolastici, riguarda dunque la questione sull'ammissibilità di simboli religiosi. Rispetto alla valutazione del crocifisso si mescolano diverse considerazioni: da una parte, il crocifisso è «prima di tutto» un simbolo religioso;¹⁹ se ci siano altri livelli di significato, non è di rilevanza. D'altra parte la Corte non ritiene provato se i crocifissi nelle aule scolastiche esercitino un influsso sugli alunni (le cui convinzioni non sono ancora pienamente sviluppate). La percezione soggettiva della ricorrente che l'insegnamento non si svolga in accordo con le sue convinzioni filosofiche non sarebbe di per sé sufficiente ad integrare una violazione del diritto all'istruzione.

A questo punto la Corte presenta la figura dogmatica del «margine di apprezzamento», trascurata completamente nella sentenza della Camera.²⁰ Raccogliendo l'argomento del governo italiano che l'allestimento con crocifisso sia il risultato dello stampo storico-culturale del paese e simbolizzi perciò (anche) i suoi valori (secolari), aggiunge la Grande Camera che l'Europa non costituisce un'entità omogenea, anzi che gli Stati europei presentano una vasta diversità nella loro evoluzione storica e culturale. Il ruolo della religione può, quindi, essere diverso a seconda dello Stato contraente; lo stesso vale per il suo sistema di educazione ed insegnamento. La Corte, così la conclusione, deve in linea di massima rispettare le decisioni rispettive degli Stati.

Applicati questi criteri, la decisione di uno Stato contraente di allestire le aule scolastiche delle scuole pubbliche con crocifissi entra al margine di apprezzamento, da rispettare dalla Corte.²¹ Poiché lo Stato, con l'utilizzo di un simbolo associato ad una determinata religione, può rispecchiare tanto le circostanze sociologiche di religione quanto la tradizione storico-culturale del paese – così la Corte l'aveva già deciso riguardo in Norvegia²² ed in Turchia.²³ Tale riferimento per sé stesso non costituisce un indottrinamento proibito, per quello devono aggiungersi più aspetti (ciò che, come la Corte con ragione osserva più tardi,²⁴ nemmeno la ricorrente aveva affermato). La Corte, invece, corregge con parole decise la sentenza della Camera del novembre 2009: mentre essa aveva considerato il crocifisso come «segno ester-

¹⁹ § 66.

²⁰ §§ 67-69.

²¹ La Grande Camera, per completare, fa riferimento alla gamma di norme dei singoli Stati contraenti (§§ 26-28); tali considerazioni del diritto comparato, invece, non venivano fatte nella sentenza della Camera del 2009.

²² Sentenza *Folgerø ed altri contro Norvegia*, cit., § 89.

²³ Sentenza *Hassan ed Eylem Zengin contro Turchia*, cit., § 63.

²⁴ § 74.

no forte»,²⁵ la Corte lo qualifica adesso, seguendo una formula del governo maltese,²⁶ come «un simbolo essenzialmente passivo»²⁷ che, per sé stesso, non ha nessun effetto influente. L'organizzazione dell'educazione e dell'insegnamento scolastici in Italia lascia, come spiega la Grande Camera citando la dichiarazione non ribadita del governo italiano, spazio per altre tradizioni religiose. Tutto ciò ed anche il fatto che il diritto della ricorrente di educare i suoi figli secondo le sue convinzioni filosofiche si mantiene completamente, conducono la Corte alla valutazione finale che lo Stato contraente Italia ha agito entro il suo margine di apprezzamento prevedendo l'allestimento delle aule scolastiche con crocifissi.

4. VALUTAZIONE DELLA SENTENZA²⁸

Prima di tutto è da considerare la situazione tutt'altro che facile dinnanzi la quale si trovava la Grande Camera nel momento della sua decisione: La sentenza precedente della Camera del novembre 2009 aveva provocato una tale dimensione di critica sia giuridica che politica che la Corte non doveva soltanto decidere un caso concreto ma anche provvedere a recuperare la sua propria autorità e quella della Convenzione. Tenendo tutto questo in conto si capisce tanto la durata lunga dopo l'udienza quanto lo sforzo ben notevole di fondare la sentenza definitiva su una base più forte possibile entro la Corte. Riguardo al modo di procedere, la Grande Camera ha fatto, diversamente dalla Camera, sforzi notevoli per l'informazione del pubblico (europeo) e per la trasparenza: l'intervento equilibrato di organizzazioni non governative,²⁹ la presenza di un'udienza, la pubblicazione di un esteso comunicato stampa su contenuto e argomentazione della decisione in quattro lingue anche il giorno della pronuncia della sentenza.³⁰

4. 1. *Auto-restrizione sul ruolo di una Corte sopranazionale*

Un primo aspetto da valutare positivamente è il fatto che la Corte ha considerato il suo ruolo come organo di un'organizzazione sopranazionale e,

²⁵ La formula proviene dalla sentenza *Dahlab verso Svizzera*, 15 febbraio 2001, n. 42393/98, § 54.

²⁶ § 48.

²⁷ § 72.

²⁸ Vedi anche l'analisi approfondita da VINCENZO TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi C. Italia: post nubila Phoebus*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica», ottobre 2011, pp. 1 sgg. (consultabile sulla pagina www.statochiese.it); inoltre le riflessioni stimolanti da CARLO CARDIA, *Identità religiosa e cultura europea. La questione del crocifisso*, Allemandi, Torino 2010.

²⁹ La Camera, invece, aveva consultato esclusivamente l'organizzazione «Greek Helsinki Monitor».

³⁰ Il comunicato stampa è stato pubblicato, oltre alle lingue ufficiali della Corte (francese ed inglese), anche in italiano ed in tedesco – la sentenza della Camera dal novembre 2009, invece, è fino ad oggi esclusivamente consultabile in francese.

di conseguenza, ha rispettato i limiti funzionale-giuridici del suo agire di giurisprudenza risultanti da ciò. Alla Corte è affidato il compito di vegliare sull'osservanza delle garanzie assicurate nella Convenzione. La Convenzione è un patto regionale sui diritti dell'uomo nel contesto istituzionale del Consiglio d'Europa; per la sua natura giuridica si tratta di un trattato multilaterale sul diritto internazionale. Attualmente il Consiglio d'Europa, e così il sistema convenzionale, è composto da 47 Stati contraenti, nei quali vivono ben 800 milioni di persone.

Come il Consiglio d'Europa non è uno Stato europeo, così nemmeno la Corte è un tribunale costituzionale europeo. Il suo ruolo consiste nel garantire di diritti convenzionali e perciò assicurare un livello minimo dell'osservanza dei diritti dell'uomo in tutta l'Europa.³¹ Non entra, invece, nella competenza della Corte, ma rimane compito degli organi competenti degli Stati contraenti (spetta ai singoli tribunali costituzionali in quanto esistenti), stabilire un rapporto «ideale» sulle diverse posizioni protette dai diritti dell'uomo che si contrappongono fra di loro.

Da questa limitazione immanente proviene la figura del margine di apprezzamento, sviluppata dalla giurisprudenza della stessa Corte:³² Sia nell'esame dei legittimi obiettivi dell'ingerenza che nella proporzionalità fra obiettivi ed ingerenza, le autorità nazionali godono di margini di giudizio e di apprezzamento. Deriva da ciò l'opinione corretta che le autorità nazionali sono di solito più vicine alla materia e sono più familiari con le necessità e circostanze locali rispetto ad un tribunale internazionale.³³ Si capisce bene che il margine di apprezzamento così concepito non da carta bianca agli Stati contraenti per applicare la Convenzione ai sensi delle autorità nazionali (ciò metterebbe in dubbio la sua sfera di giurisdizione in tutta l'Europa) ma che è sottomesso, da parte sua, al controllo riesaminante della Corte.³⁴ Però la Corte ha sempre evitato, nell'esercizio della sua funzione di controllo, di

³¹ La sentenza della Camera nel caso *Şahin contro Turchia*, 29 giugno 2004, n. 44774/98, § 100, proclama esplicitamente che «il sistema convenzionale è di un ruolo sussidiario».

³² Per la prima volta nella sentenza *Handyside contro Reino Unito*, 7 dicembre 1976, n. 54983/72, §§ 47 sgg.; vedi dalla bibliografia abbondante ad es. SØREN PREBENSEN, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, «Human Rights Law Journal», a. 19, 1998, pp. 13 sgg.; ROSARIO SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, «Rivista di diritto internazionale», a. LXXIV, 1991, pp. 571 sgg.; PALMIRA TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Marta Cartabia, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 145 sgg.

³³ Così esplicitamente la Camera della Corte nella sentenza *Şahin contro Turchia*, cit., § 100.

³⁴ Anche quest'aspetto è di giurisprudenza consolidata della Corte, vedi le sentenze *Manoussakis contro Grecia*, 26 settembre 1996, n. 18748/91, § 44; *I.A. contro Turchia*, 13 settembre 2005, n. 42571/98, § 25; *Şahin contro Turchia* (GC), 10 novembre 2005, n. 44774/98, § 109; *Chiesa di Scientology Mosca contro Russia*, 5 aprile 2007, n. 18147/02, § 87.

firmare la sua propria valutazione in contrasto con quella delle autorità nazionali.

Questi principi sono stati accentuati dalla giurisprudenza della Corte esplicitamente soprattutto nei casi nei quali erano in gioco aspetti dei rapporti fra Stato e religione. Perché a tale riguardo le opinioni «possono divergere molto con tutta ragione» in una società democratica, dovendo spettare alle decisioni delle autorità nazionali «una rilevanza particolare». ³⁵ Allo stesso modo, è riconosciuto nella giurisprudenza della Corte che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento nell'ambito dell'educazione ed insegnamento scolastici. ³⁶

È un ritorno ai principi provati della pratica giurisprudenziale della Corte, d'accogliere con favore, quando la Grande Camera adesso tiene in conto il margine di apprezzamento dello Stato contraente in questione ed accetta, dopo un esame accurato, le decisioni delle autorità nazionali. All'usurpazione della Seconda Sezione, di costruire con la sua sentenza del novembre 2009 una situazione giuridica adatta al suo gusto mediante la decisione giudiziale, viene opposto un rifiuto netto.

4. 2. *Accettazione di pluralità e diversità negli Stati europei*

L'importanza specifica di un tribunale sopranazionale, dal punto di vista funzionale, è, senz'altro, strettamente connessa con la situazione giuridica materiale: l'unico documento legale, comune a tutti gli Stati contraenti, è appunto la Convenzione – e le sue garanzie devono dare buona prova nei confronti dei numerosi sistemi legali nazionali, considerato il gran numero degli Stati contraenti, necessariamente eterogenei, i quali sono da parte loro legittimati democraticamente per il potere dello Stato. La Convenzione, invece, costituisce un regime legale sia puntuale (in quanto alla protezione nei diritti dell'uomo) che sussidiario (comparato con le garanzie nazionali), ma non è, secondo la volontà degli Stati contraenti, uno strumento della standardizzazione, sia totale, sia parziale, dei sistemi legali nazionali.

Considerando ciò, la pluralità e la diversità degli Stati contraenti formano appunto la base di validità della Convenzione e tutt'altro che un male da livellare possibilmente per mezzo dell'interpretazione dei diritti dell'uomo. La Corte, nella sua giurisprudenza consolidata, non ha fatto mancare la sensibilità dovuta nei confronti dei sistemi legali nazionali, soprattutto nei suoi aspetti essenziali per l'identità nazionale – avendo eletto altri Stati contraenti nella stessa materia altri sistemi di regolamentazione. Tale metodo pre-

³⁵ Esplicitamente la Corte nelle sentenze *Wingrove contro Reino Unito*, 25 novembre 1996, n. 17419/90, § 58; *Cha'are Shalom Ve Tsedek contro Francia*, 27 giugno 2000, n. 18147/02, § 84; *Şahin contro Turchia* (GC), *cit.*, § 109.

³⁶ Sentenza *Folgerø e altri contro Norvegia*, *cit.*, § 89.

suppone logicamente un precedente «inventario» di diritto comparato sulle situazioni legali nei diversi sistemi legali nazionali. Se da quel «inventario» risulta una differenza nelle soluzioni legali nazionali, detto in altre parole: se non esiste un «consenso europeo», ciò indica una presupposizione a favore del margine di apprezzamento delle autorità nazionali.³⁷

Com'è noto gli Stati europei hanno trovato soluzioni pienamente diverse per quanto riguarda i loro rapporti con la Chiesa, la fede e la religione. Sistematizzando a larghi tratti, si può distinguere fra sistemi di una Chiesa ufficiale che continua ad esistere fin'oggi,³⁸ di una separazione in senso stretto e, nella maggioranza degli Stati, di una cooperazione legalmente coordinata fra ambedue i poteri.³⁹ Dipende indi dalla decisione fondamentale di uno Stato se e in che senso si usano simboli religiosi o attribuibili ad una religione nella sfera degli istituti pubblici.

A differenza della Camera, la Grande Camera non ha risparmiato la fatica di entrare nel diritto comparato: Non soltanto ha analizzato le normative negli Stati contraenti ma ha inoltre considerato la giurisprudenza di qualche tribunale costituzionale nazionale.⁴⁰ Lì la Corte ha verificato che solo una ben limitata minoranza di Stati contraenti ha stabilito un divieto espresso dell'allestimento delle aule scolastiche con simboli religiosi mentre la questione non è specificamente regolata nella maggioranza degli Stati. Considerando tutto ciò, la Corte addivene all'unica decisione giusta perché fissata nella struttura basica della Convenzione: quella di prendere coscienza della pluralità e rispettarla invece di livellarla per mezzo di meccanismi che la ignorano.

4. 3. *Comprensione ampia della neutralità religiosa e filosofica dello Stato*

La Camera, nella sua sentenza del novembre 2009, aveva motivato l'obbligo dello Stato alla neutralità. Con questo, però, aveva insinuato che ci fosse soltanto «il» principio della neutralità per eccellenza. Questo è, già riguardo alla maggioranza dei sistemi legali nazionali, semplicemente sbagliato: «neutralità» è un concetto euristico, ottenuto dall'interpretazione congiunta di diversi concetti giuridici.⁴¹ La Camera aveva inoltre presupposto un'idea ri-

³⁷ Così dice chiaramente la sentenza nel caso *Lautsi verso Italia*, vedi § 70.

³⁸ Secondo la giurisprudenza dell'ex-Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo (*X contro Danimarca*, decreto del 8 marzo 1976, n. 7374/76, «Decisions and Reports/Décisions et Rapports», vol. 5, 1976, p. 157), l'art. 9 della Convenzione non vieta nemmeno il sistema di una Chiesa ufficiale in uno Stato contraente, neanche sull'aspetto della libertà di religione.

³⁹ Vedi il mio studio approfondito: STEFAN MÜCKL, *Europäisierung des Staatskirchenrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 143 sgg.

⁴⁰ §§ 27-28.

⁴¹ Vedi per la normativa tedesca STEFAN MÜCKL, *Grundlagen des Staatskirchenrechts*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di Josef Isensee, Paul Kirchhof, vol. VII, Heidelberg, C. F. Müller 2009³, § 159 n. 67 sgg.

stretta di neutralità, senza farlo patente, vale a dire la cosiddetta neutralità «distanziante» la quale proibisce allo Stato di prevedere la presenza di simboli religiosi nelle istituzioni pubbliche senza eccezione. Questo è un punto di vista legittimo – ma appunto soltanto uno di vari possibili. Non sono pochi gli Stati contraenti che garantiscono la neutralità in maniera estesamente aperta attraverso un sistema di cooperazione fra Stato e Chiesa:⁴² Da una parte, prevedono l'allestimento delle istituzioni pubbliche con quei simboli religiosi che esprimono le particolarità storico-culturali del paese e tengono inoltre conto dei fatti, sempre esistenti, dell'aderenza della maggioranza della popolazione ad una religione determinata. D'altra parte, né si attribuisce obbligatorietà materiale a questi simboli né si concede loro esclusività per il fattore «religione» in se stesso.

Questa vista troppo ristretta della Camera viene corretta dalla Grande Camera:⁴³ Essa constata con ragione che nemmeno un principio della neutralità dello Stato, immanente al diritto all'istruzione non esclude in linea di massima l'ammissibilità di simboli religiosi nella scuola pubblica.⁴⁴ Inoltre, non è in contraddizione con l'obbligo di presentare i contenuti dei programmi scolastici in maniera pluralista ed obiettiva se si fa riferimento all'importanza storico-culturale ed attuale di una religione.⁴⁵ Infine, la presenza dei crocifissi nelle scuole italiane non viene connessa con una pretesa normativa, ciò che neanche la ricorrente mette in dubbio: né s'insegna il cristianesimo o le sue dottrine in una maniera obbligatoria⁴⁶ né si escludono a priori altre tradizioni religiose e le loro manifestazioni.⁴⁷

4. 4. *Limitazione della dimensione «negatoria» delle garanzie convenzionali*

Un altro punto di critica centrale nei confronti della sentenza della Camera del novembre 2009 riguardava la comprensione dilatata della dimensione «negatoria»⁴⁸ dei diritti dell'uomo:⁴⁹ Questa, disse la Camera, meritava «una

⁴² Fondamentale per la differenziazione fra neutralità «distanziante» ed «estesamente aperta»: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssälen?*, «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht», a. 20, 1975, pp. 119 sgg.

⁴³ La posizione opposta si trova nell'opinione separata dissenziente del giudice Malinverni, alla quale si è aggiunta la giudice Kalaydjieva. Il loro pensiero è vicino a quello della Camera; sorprendentemente giungono alla valutazione che lo Stato ferisca il principio di neutralità nel caso di allestire le aule scolastiche coi crocifissi, invece non quando tollera che un'insegnante musulmana indossi il velo (punto 6 dell'opinione separata).
⁴⁴ § 62.

⁴⁵ § 71; in riferimento alla giurisprudenza precedente della Corte nelle sentenze *Folgerø verso Norvegia*, cit., § 89, e *Hassan ed Eylem Zengin verso Turchia*, cit., § 63.

⁴⁶ Questo accade esclusivamente nelle ore di religione alla cui partecipazione tuttavia nessuno può essere obbligato contro la sua volontà.
⁴⁷ § 74.

⁴⁸ Ci pare quel termine più esatto di quello usato dalla Camera («negativa»), pensando nella figura dell'«azione negatoria» del diritto processuale.

⁴⁹ Un bell'orientamento generale sulla figura dogmatica si trova in Detlef Merten, *Nega-*

protezione particolare» in modo che i genitori di opinione opposta, desiderando l'educazione religiosa di loro figli anche nella scuola dovessero «tener conto». ⁵⁰ Procedendo così la Camera concedeva alla ricorrente, il cui punto di vista aveva inoltre adottato senza esaminare di fatto una posizione decisiva sull'allestimento delle aule scolastiche con simboli religiosi a misura del suo veto, che i crocifissi dovessero essere tolti.

Tale punto di vista si basa su una comprensione sbagliata della dimensione «negatoria» dei diritti dell'uomo: Questi diritti danno il diritto all'astensione dal *proprio* agire ma non alla proibizione dell'*agire altrui*. ⁵¹ La dimensione «negatoria» include nemmeno un effetto di proteggere da un confronto di qualsiasi tipo: ⁵² né il credente ha il diritto al non essere reso insicuro per manifestazioni della non-credenza né il non-credente al non incontrarsi con quelle della credenza. È fuori strada a priori volere richiamarsi ad un ambiente «areligioso» con ricorso alla dimensione negatoria della libertà religiosa indipendentemente da se si desidera l'omissione del suono di campana o del richiamo del muezzin, il rimuovere della croce o del crocifisso oppure del velo di un'insegnante musulmana.

Il crocifisso sulla parete scolastica, così adesso la Corte constata implicitamente, non ha nessun effetto che potrebbe ridurre i diritti dell'osservatore del simbolo. Come «simbolo essenzialmente passivo» ⁵³ non chiama a nessuna reazione nonché positiva. D'altronde, gli insegnamenti non avevano un «carattere di proselitismo», nemmeno affermato dalla ricorrente. ⁵⁴ Infine, il suo diritto di educare i suoi figli conforme alle proprie convinzioni filosofiche rimane intatto. ⁵⁵

4. 5. Particolarità del processo concreto di decidere

Lo sforzo della Corte, notevole come già accennato, di fondare la sua sentenza su una base più forte possibile entro di essa, conduce a qualche taglio nella stringenza sistematica della sentenza. Fondamentalmente, la Grande Camera ricorre alla figura del margine di apprezzamento e tematizza in questo quadro le diverse questioni giuridiche sorte dal caso senza arrivare sempre ad una decisione chiara. Per colui che vuole sapere un po' di più

tive Grundrechte, in *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, a cura di idem, Hans-Jürgen Papier, vol. II, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, § 42 n. 75.

⁵⁰ §§ 55-56.

⁵¹ Con riguardo speciale alla libertà religiosa vedi MARTIN HECKEL, *Glaubensfreiheit*, in idem, *Gesammelte Schriften*, vol. IV, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 647 (771).

⁵² Cfr. una posizione affine: HERBERT BETHGE, *Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen*, in *Handbuch der Grundrechte*, op. cit., vol. III, 2009, § 58 n. 66, 101.

⁵⁴ § 74.

⁵³ § 72.

⁵⁵ § 75.

degli aspetti discussi in modo controverso, magari anche nella stessa Corte, vale la pena leggere le tre opinioni separate (concordanti).⁵⁶

5. RIASSUNTO

La sentenza della Grande Camera del 18 marzo 2011 si è rifatta ai principi provati sviluppati dalla giurisprudenza consolidata della Corte. Essa rispetta tanto la decisione di uno Stato legittimata democraticamente su come definire ed utilizzare il suo patrimonio storico-culturale includendo la religione quanto la rilevanza della religione nello spazio pubblico. D'altra parte, mette in chiaro che non si devono dedurre dalla presenza di simboli religiosi nelle istituzioni pubbliche le massime di agire obbligatorie per i non-credenti o per i credenti di altre religioni. Con questa linea della Corte si raggiunge un risultato praticabile ed equilibrato fra le posizioni contrapposte. Le tendenze, visibili in tutta l'Europa, di costituire uno spazio pubblico privo di religione e perciò di favorire un laicismo europeo basandosi sui diritti dell'uomo ed un principio di neutralità compreso unilateralmente, adesso non si possono richiamare più alla giurisprudenza della Corte.

STEFAN MÜCKL

⁵⁶ Opinione separata del giudice Rozakis (alla quale si è aggiunta il giudice Vajić), del giudice Bonello e quella del giudice Power.

SOMMARIO DEL VOLUME XXIII · 2011

C. J. ERRÁZURIZ M., *In memoriam. José Orlandis* 289

DOTTRINA

M. BLANCO, <i>Protezione della libertà e dell'identità cristiana dei laici</i>	297
R. L. BURKE, <i>Il Vescovo come moderatore del tribunale</i>	13
J. CANOSA, <i>Giustizia amministrativa ecclesiastica e giurisprudenza</i>	563
C. CARDIA, <i>Universalità della funzione petrina (ipotesi ricostruttive). Prima parte: fondamento e sviluppo storico del primato</i>	33
C. CARDIA, <i>Universalità della funzione petrina (ipotesi ricostruttive). Seconda parte: funzione petrina, modernità, era globale</i>	361
M. DEL POZZO, <i>Quale futuro per il diritto costituzionale canonico?</i>	583
C. GABRIELI, <i>La nomina di don Ildebrando Antoniutti a segretario della Delegazione Apostolica a Pechino (1927)</i>	379
J. L. GUTIÉRREZ, <i>I consultori della Congregazione delle Cause dei Santi</i>	393
H. JAGODZIŃSKI, <i>Il Diritto amministrativo della Chiesa nella letteratura canonistica polacca ed i suoi più recenti sviluppi</i>	413
F. MARTI, <i>La legislazione vigente sulla presenza di clero cattolico orientale nei territori dell'occidente</i>	605
P. A. MORENO, <i>La conformità delle sentenze nell'istruzione "Dignitas conubii"</i>	627
L. NAVARRO, <i>La condizione giuridica del laico nella canonistica dal Concilio Vaticano II ad oggi</i>	319
R. PALOMINO, <i>El concepto de religión en el derecho eclesiástico del Estado</i>	57
J. R. VILLAR, <i>Gli elementi definitivi dell'identità del fedele laico</i>	339

GIURISPRUDENZA

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, <i>Esercizio del ministero sacerdotale (Ecc.mo Vescovo diocesano – Congregazione per il Clero), Sentenza definitiva, coram Cacciavillan, 18 marzo 2006</i>	651
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, <i>Revoca del provvedimento dell'Ecc.mo Vescovo nei confronti del Rev. N. (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero), Decreto del Prefetto in Congresso, 13 giugno 2008</i>	659
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, <i>Divieto di eser-</i>	

- citare il ministero presbiteriale "coram populo" (Ecc.mo Vescovo – Congregazione per il Clero), Decreto del Prefetto in Congresso, 30 maggio 2009 (con nota di P. BUSELLI MONDIN, Il diritto di difesa in ambito disciplinare)* 664
- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Calatayeronen. Iurium*. Sentenza definitiva, 14 marzo 2008. Sciacca, Ponente (con nota di I. ZUANAZZI, *La tutela dei diritti in tema di privilegio*) 77

NOTE E COMMENTI

- M. K. ADAM, *Ascrizione a una Chiesa sui iuris e passaggio da una Chiesa sui iuris a un'altra nella normativa vigente* 689
- G. DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario* 109
- M. DEL POZZO, *Il senso liturgico della festa e l'obbligo del riposo domenicale* 117
- Z. GROCHOLEWSKI, *Alcune questioni sul rigetto "in limine" nella "Lex propria" del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* 723
- G. GÄNSWEIN, *I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. La "libertas Ecclesiae" nel concordato del 1929 e nell'accordo del 1984* 135
- J. I. ALONSO PÉREZ, *La celebrazione del matrimonio canonico di coloro che hanno formalizzato una convivenza non matrimoniale civilmente riconosciuta* 703
- A. M. PUNZI NICOLÒ, *Il problema del male nella riflessione canonistica* 733

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

- N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Il Codice di Diritto Canonico del 1917 quale oggetto storico (a proposito del volume di C. FANTAPPIÈ, Chiesa Romana e modernità giuridica)* 745
- E. CAPARROS, *A Presentation of the Gratianus Series* 149
- F. PUIG, *Sull'urgenza di una paziente formazione giuridica nella Chiesa. A proposito del Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa di Carlos J. Errázuriz M.* 155

Recensioni

- M. AOUN, J.-M. TUFFERY-ANDRIEU (Eds.), *Conciles provinciaux et synodes diocésains du concile de Trente à la révolution française. Défis ecclésiastiques et enjeux politiques?* (D. Le Tourneau) 175
- A. BORRAS (Ed.), *Délibérer en Église. Hommage à monsieur l'abbé Raphaël Collinet, official du diocèse de Liège* (F. Puig) 767

V. BUONOMO, <i>Il diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per la governance globale. Introduzione al Codice per le discipline internazionali</i> (F. Chica Arellano)	768
A. CATTANEO, <i>Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico</i> (M. del Pozzo)	772
P. CHRISTOPHE, <i>L'élection des évêques dans l'Eglise latine au premier millénaire</i> (D. Le Tourneau)	176
D. CITO, F. PUIG (a cura di), <i>Parola di Dio e missione della Chiesa. Aspetti giuridici</i> (J. Pudumai Doss, SDB)	437
CH. COCHINI, <i>Origini apostoliche del celibato sacerdotale</i> (A. Perlasca)	775
D. COMPOSTA, <i>La Chiesa visibile. La realtà teologica del diritto ecclesiale</i> (M. del Pozzo)	442
G. DALLA TORRE, P. LILLO, G. M. SALVATI (Eds.), <i>Educazione e religione</i> (I. Martínez-Echevarría)	779
GOVERNATORATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, <i>Lo Stato della Città del Vaticano. Atti del Convegno di studi sugli 80 anni (12-14 febbraio 2009)</i> (A. Perlasca)	445
J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, <i>Libertad religiosa y urbanismo. Estudio de los equipamientos de uso religioso en España</i> (C. M. Fabris)	447
D. LE TOURNEAU, <i>Droits et devoirs fondamentaux des fidèles et des laïcs dans l'Église</i> (J.-P. Schouppe)	781
M. M. MAZZIA, <i>Gli atti amministrativi generali nel Codice di Diritto Canonico</i> (L. Carloni O. F. M. Cap.)	179
J. M. MURGOITIO, <i>Igualdad religiosa y diversidad de trato de la Iglesia católica</i> (J. A. Araña)	450
C. PINOTTI, <i>Giustizia amministrativa</i> (L. Martín Ruiz de Gauna)	183
F. PUIG, <i>La consacrazione religiosa</i> (S. Testa Bappenheim)	185
M. L. RUSSO, <i>La libertà religiosa nel sistema di protezione dei diritti fondamentali, Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo</i> (G. Brienza)	783
G. SCIACCA, <i>La giurisdizione della Basilica Vaticana. Costituzioni e riforme legislative</i> (F. Puig)	188
F. VECCHI, <i>Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo</i> (F. Giordano)	457
G. J. ZUBACZ, <i>The Seal of Confession and Canadian Law</i> (J. C. Riofrío Martínez-Villalba)	188
<i>Schede</i>	193

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

- Discorso alla Rota Romana, 22 gennaio 2011 (con nota di P. BIANCHI, «Non esiste [...] un matrimonio della vita e un altro del diritto»: l'esigenza di una seria pastorale prematrimoniale e di una coerente prassi giudiziaria) 467
- Discorso alla Plenaria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 4 febbraio 2011 (con nota di J. CANOSA, *L'attività del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica a servizio della comunione nella Chiesa*) 487

Atti della Santa Sede

- SEGRETERIA DI STATO, Rescritto di approvazione dell'art. 126 bis del "Regolamento Generale della Curia Romana", 7 febbraio 2011 (con nota di E. BAURA, *La procedura per ottenere facoltà speciali dal Romano Pontefice da parte dei Dicasteri della Curia Romana*) 789
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAZIONE APOSTOLICA, Alcuni decreti riguardanti la commissione pontificia e la proroga di competenza (con nota di P. MALECHA, *Commissioni pontificie e proroghe di competenza nelle cause di nullità del matrimonio alla luce della recente giurisprudenza della Segnatura Apostolica*) 205
- CONGREGAZIONE PER IL CLERO, Lettera Circolare per l'applicazione delle tre "Facoltà speciali" concesse il 30 gennaio 2009 dal Sommo Pontefice (con nota di F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento di applicazione delle Facoltà speciali della Congregazione per il Clero*) 229

Legislazione particolare

- CONFERENZA EPISCOPALE AUSTRIACA, Disposizioni relative agli effetti che la fuoriuscita dalla Chiesa secondo il diritto statale abbia sulla condizione giuridica canonica del fuoriuscito, 21-23 giugno 2010 (con nota di S. TESTA BAPPENHEIM, *Brevi osservazioni su due recenti documenti della Conferenza Episcopale Austriaca relativi al "Kirchenaustritt"*) 252
- CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 28-30 marzo 2011; Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 28-30 marzo 2011; Indicazioni concernenti le Determinazioni circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giu-

dici laici, dei difensori del vincolo laici, degli uditori laici, e dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, 27 giugno 2011 (con nota di A. ZAMBON, *Le Determinazioni concernenti la disciplina del rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano nei Tribunali ecclesiastici l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore e patrono stabile*)

799

Atti singolari

STATI UNITI D'AMERICA, DIOCESI DI PHOENIX, ARIZONA, Decreto sul Saint Joseph Hospital, 21 dicembre 2010 (con nota di I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Decreto di revoca del consenso sull'uso del nome 'cattolico' nell'ambito sanitario: il caso Saint Joseph Hospital*)

531

Legislazione dello Stato della Città del Vaticano

BENEDETTO XVI, Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso (con nota di W. HILGEMAN, *La nuova legge vaticana sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso*)

501

Giurisprudenza civile

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011, *Lautsi contro Italia* (con nota di S. MÜCKL, *Crocifissi nelle aule? La sentenza definitiva di Strasburgo dopo una controversia lunga*)

815

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Febbraio 2012

(CZ 2 · FG 3)



Riviste · Journals

ACTA PHILOSOPHICA

Rivista internazionale di filosofia
a cura della Facoltà di Filosofia dell'Università della Santa Croce
diretta da Francesco Russo

ANNALES THEOLOGICI

Rivista della Facoltà di Teologia
della Pontificia Università della Santa Croce
diretta da Giuseppe Tanzella-Nitti

ARCHIVIO DI FILOSOFIA
ARCHIVES OF PHILOSOPHY

Rivista fondata da Enrico Castelli,
già diretta da Marco Maria Olivetti
e diretta da Stefano Semplici

HISTORIA RELIGIONUM

An International Journal
Rivista diretta da Giuseppe Filoramo

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

www.libraweb.net

Riviste · Journals

IL DIRITTO ECCLESIASTICO

Rivista diretta da Gaetano Catalano,
Cesare Mirabelli e Enrico Vitali

IUS ECCLESIAE

Rivista internazionale di diritto canonico
diretta da Joaquin Llobell

PER LA FILOSOFIA

Rivista quadrimestrale
diretta da Aniceto Molinaro

RELIGIONI E SOCIETÀ

Rivista diretta da Arnaldo Nesti

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

www.libraweb.net



FABRIZIO SERRA EDITORE

Pisa · Roma

www.libraweb.net

Fabrizio Serra Regole editoriali, tipografiche & redazionali

Seconda edizione

Prefazione di Martino Mardersteig · Postfazione di Alessandro Olschki

Con un'appendice di Jan Tschichold

DALLA 'PREFAZIONE' DI MARTINO MARDERSTEIG

[...] **O**GGI abbiamo uno strumento [...], il presente manuale intitolato, giustamente, 'Regole'. Varie sono le ragioni per raccomandare quest'opera agli editori, agli autori, agli appassionati di libri e ai cultori delle cose ben fatte e soprattutto a qualsiasi scuola grafica. La prima è quella di mettere un po' di ordine nei mille criteri che l'autore, il curatore, lo studioso applicano nella compilazione dei loro lavori. Si tratta di semplificare e uniformare alcune norme redazionali a beneficio di tutti i lettori. In secondo luogo, mi sembra che Fabrizio Serra sia riuscito a cogliere gli insegnamenti provenienti da oltre 500 anni di pratica e li abbia inseriti in norme assolutamente valide. Non possiamo pensare che nel nome della proclamata 'libertà' ognuno possa comporre e strutturare un libro come meglio crede, a meno che non si tratti di libro d'artista, ma qui non si discute di questo tema. Certe norme, affermate e consolidate nel corso dei secoli (soprattutto sulla leggibilità), devono essere rispettate anche oggi: è assurdo sostenere il contrario. [...] Fabrizio Serra riesce a fondere la tradizione con la tecnologia moderna, la qualità di ieri con i mezzi disponibili oggi. [...]

*

DALLA 'POSTFAZIONE' DI ALESSANDRO OLSCHKI

[...] **Q**UESTE succinte considerazioni sono soltanto una minuscola sintesi del grande impegno che Fabrizio Serra ha profuso nelle pagine di questo manuale che ripercorre minuziosamente le tappe che conducono il testo proposto dall'autore al traguardo della nascita del libro; una guida puntualissima dalla quale trarranno beneficio non solo gli scrittori ma anche i tipografi specialmente in questi anni di transizione che, per il rivoluzionario avvento dell'informatica, hanno sconvolto la figura classica del 'proto' e il tradizionale intervento del compositore.



Non credo siano molte le case editrici che curano una propria identità redazionale mettendo a disposizione degli autori delle norme di stile da seguire per ottenere una necessaria uniformità nell'ambito del proprio catalogo. Si tratta di una questione di immagine e anche di professionalità. Non è raro, purtroppo, specialmente nelle pubblicazioni a più mani (atti di convegni, pubblicazioni in onore, etc.) trovare nello stesso volume testi di differente impostazione redazionale: specialmente nelle citazioni bibliografiche delle note ma anche nella suddivisione e nell'impostazione di eventuali paragrafi: la considero una sciatteria editoriale anche se, talvolta, non è facilmente superabile. [...]

2009, cm 17 × 24, 220 pp., € 34,00

ISBN: 978-88-6227-144-8

*Le nostre riviste Online,
la nostra libreria Internet*

www.libraweb.net

★

*Our Online Journals,
our Internet Bookshop*

www.libraweb.net



Fabrizio Serra
editore®



Accademia
editoriale®



Istituti editoriali
e poligrafici
internazionali®



Giardini editori
e stampatori
in Pisa®



Edizioni
dell'Ateneo®



Gruppo editoriale
internazionale®

Per leggere un fascicolo saggio di ogni nostra rivista si visiti il nostro sito web:

To read a free sample issue of any of our journals visit our website:

www.libraweb.net/periodonline.php