

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, 7 dicembre 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. XXIV · N. 3 · 2012

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 2013 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

Il magistero di Gaetano Lo Castro

- L. NAVARRO, *Introduzione alla presentazione della trilogia “Il mistero del Diritto” di Gaetano Lo Castro* 521
- S. BERLINGÒ, *La trilogia di Lo Castro: dalla tragedia al mistero* 525
- R. BERTOLINO, *Il mistero del diritto e il diritto del Mistero nella lezione di Gaetano Lo Castro* 539
- C.J. ERRÁZURIZ M., *Sul concetto di diritto nel pensiero di Gaetano Lo Castro* 555
- F. VECCHI, *Gaetano Lo Castro e il mistero del diritto* 565

DOTTRINA

- M. DEL POZZO, *La richiesta del battesimo in situazioni contrarie alla dignità del matrimonio* 589
- L. NAVARRO, *La dimissione dallo stato clericale in via amministrativa* 609

GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Reg. Apuli seu Brundisina-Ostunen*. Nullità del matrimonio. Ammissione di un nuovo capo. Decreto, 31 ottobre 2011. Jaeger, *Ponente* (con nota di M. DEL POZZO, *La discrezionalità del Tribunale nell’ammissione di un nuovo capo di nullità in appello*) 625

NOTE E COMMENTI

- J.T. MARTÍN DE AGAR, *Lectio magistralis pronunciata per il Dottorato honoris causa all’Università cattolica di Budapest* 645

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

- J. WAMUYU GITAHU, *The Case for Marriage* (commentary on ROBERT P. GEORGE and JEAN BETHKE ELSHTAIN [eds.], *The Meaning of Marriage: Family, State, Market, and Morals*) 663

Recensioni

- A. BAMBERG, *Procédures matrimoniales en droit canonique* (B. Bernard) 675
- I. BOLGIANI, *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative* (M. Rivella) 677

- W. DANIEL (ed.), *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. Official Latin with English Translation* (J. Canosa) 678
- G. DERVILLE, *La concélébration eucharistique. Du symbole à la réalité* (A. G. Filipazzi) 681
- A. G. FILIPAZZI, *Gli inizi della Rappresentanza Pontificia in Indonesia (1947-1955)* (J. Canosa) 683
- W. GÓRALSKI, *L'errore circa una qualità della persona e la nullità del matrimonio canonico (can. 1097 § 2 CIC)* (T. Rozkrut) 686
- J. HORTA ESPINOZA, *"Eccomi, manda me!" Introduzione al libro III del Codice di Diritto Canonico* (I. Martínez Echevarría) 689
- R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire 1801-2010* (M. Rivella) 691
- C. PAPALE, *Il Processo penale canonico* (A. Interguglielmi) 693
- C. VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo* (M. del Pozzo) 695

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

- Discorso alla Rota Romana, 21 gennaio 2012 (con nota di E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*) 701

Giurisprudenza civile

- CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, sentenza *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, 11 gennaio 2012 (con nota di I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *La discriminazione religiosa fondata sulle leggi antidiscriminazione: un rischio giuridico ormai globale*) 719
- Sommario dell'annata XXIV · 2012 745

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

SALVATORE BERLINGÒ, Emerito di Diritto canonico. Università di Torino.

RINALDO BERTOLINO, Ordinario di Diritto canonico. Università di Messina.

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

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., Ordinario di Teoria Fondamentale del Diritto canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

JENNIFER WAMUYU GITAHU, Dottore in Diritto canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, Ordinario di Diritto ecclesiastico. Pontificia Università della Santa Croce.

LUIS NAVARRO, Ordinario di Diritto della persona. Pontificia Università della Santa Croce.

FABIO VECCHI, Incaricato in Storia del Diritto canonico. Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

Hanno collaborato anche: E. BAURA, B. BERNARD, J. CANOSA, A.G. FILIPAZZI, A. INTERGUGLIELMI, I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, M. RIVELLA, T. ROZKRUT.

IL MAGISTERO DI GAETANO LO CASTRO

INTRODUZIONE ALLA PRESENTAZIONE
DELLA TRILOGIA
“IL MISTERO DEL DIRITTO”^{*}
DI GAETANO LO CASTRO

LUIS NAVARRO

SIAMO qui riuniti per onorare e ringraziare un canonista, un giurista, che occupa uno spazio particolare, per diritto acquisito, nella canonistica contemporanea, con un pensiero giuridico proprio, frutto dello studio e della dedizione al diritto della Chiesa lungo un'intera carriera universitaria. Altri colleghi sottolineeranno le caratteristiche specifiche della produzione scientifica del Prof. Lo Castro, e in particolare dell'opera che oggi viene presentata presso la Pontificia Università della Santa Croce.

Vorrei ringraziare fin da subito i professori Rinaldo Bertolino e Joaquín Llobell, che sono stati l'anima di questo atto: lo hanno progettato, coinvolgendo i vari relatori, hanno tenuto i contatti con la Casa editrice Giappichelli e con lo staff dell'Università affinché questa giornata potesse vedere la luce.

Come Decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, vorrei ringraziare, a nome mio e dell'intero corpo docente, ma anche a nome dei miei predecessori (i professori Arrieta, Errázuriz e Baura) alla guida di questa Facoltà, il professor Gaetano Lo Castro per il suo insostituibile, costante e discreto contributo allo sviluppo della nostra Facoltà di giurisprudenza ecclesiale, la più giovane di tutte nell'Urbe.

Il Prof. Lo Castro è stato annoverato tra i professori visitanti fin dalla nascita, nel 1984, dell'allora Centro Accademico Romano della Santa Croce, che accoglieva le due sezioni romane delle Facoltà di Teologia e di Diritto canonico dell'Università di Navarra. Egli ci ha accompagnati in tutti questi 28 anni con i suoi consigli e orientamenti, con le sue idee, ecc. Fondamentali per la crescita della nostra Facoltà sono state tante conversazioni con Gaetano per valutare progetti di convegni, corsi speciali, seminari per professori ecc. È da segnalare anche che, nei primi anni, alcuni prestigiosi professori universitari italiani sono stati nostri professori visitanti grazie all'amicizia con Gaetano (come non ricordare il prof. Francesco Finocchiaro, Ordinario

^{*} I. Del Diritto e della sua conoscenza; II. Persona e diritto nella Chiesa; III. L'uomo, il diritto, la giustizia, Giappichelli, Torino, rispettivamente 1997, 2011, 2012.

di Diritto ecclesiastico dello Stato). Altri amici del prof. Lo Castro hanno lasciato alla nostra giovane biblioteca i loro personali fondi bibliografici, come ad esempio il prof. Giovanni Cassandro.

Altro aspetto fondamentale nello sviluppo di una Facoltà sono le sue pubblicazioni, espressione della ricerca dei suoi docenti e allievi. Il prof. Lo Castro ha avuto l'amabilità e la sapienza di guidarci negli intricati labirinti del mondo editoriale, aiutandoci a non restarvi impigliati: è stato lui ad agevolare i rapporti con la prestigiosa casa editrice Giuffrè di Milano, nota in tutto il mondo per le sue pubblicazioni giuridiche in lingua italiana. Frutto della sua mediazione è stata la pubblicazione, presso tale editore, di *Ius Ecclesiae*, la rivista della nostra Facoltà, e l'avvio delle collane di trattati, monografie giuridiche e infine testi legislativi. Quell'avventura iniziò nel 1989, a soli cinque anni dalla nostra nascita. All'epoca, la Facoltà era molto giovane e poco conosciuta (in realtà, come ho già detto, eravamo soltanto la sezione romana di una Facoltà non italiana), ma il professor Lo Castro ha creduto in noi e ci ha incoraggiati. Oggi, come lui spesso mi ricorda, la Facoltà gode di un riconosciuto prestigio.

Vorrei sottolineare ancora il contributo del prof. Lo Castro alla nascita e allo sviluppo della rivista *Ius Ecclesiae*, di cui il prof. Juan Ignacio Arrieta fu il primo direttore. Trattandosi di un progetto che vedeva impegnato l'intero corpo docente della nostra Facoltà, il prof. Lo Castro ci accompagnò nella lunga gestazione del primo fascicolo. Dovevamo scegliere il nome da dare alla pubblicazione, organizzare i canonisti che sarebbero stati i corrispondenti in diversi Paesi del mondo, stabilire tutti i dettagli della rivista, dalle sezioni che l'avrebbero composta alle questioni più materiali come i colori della copertina, il font dei caratteri (Gaetano era entusiasta del font Bodoni, che riteneva il più elegante), ecc. Successivamente, nel corso dei lunghi anni di consolidamento della pubblicazione, il prof. Lo Castro ha partecipato alle riunioni del comitato di redazione, dando non solo un sostanziale contributo all'organizzazione della struttura dei fascicoli, ma anche all'individuazione delle linee tematiche da trattare nei vari numeri della rivista, ecc.

Da parte mia, vorrei esprimergli un ringraziamento tutto personale. Il prof. Lo Castro, infatti, ha avuto la gentilezza di redigere la presentazione della mia monografia, *Diritto di associazione ed associazioni di fedeli*, pubblicata nel 1991 nella citata collana. In quelle sue pagine intitolate "Le associazioni nella Chiesa, fra pubblico e privato" si evidenzia la profondità del pensiero del prof. Lo Castro nella trattazione del diritto associativo, ambito dove si coglie la tensione fra istituzione e iniziativa dei fedeli, elemento ricorrente nel pensiero del professore catanese.

L'atto che ci vede oggi radunati attorno a Gaetano Lo Castro vuole essere un momento di riconoscenza del suo lavoro scientifico, del suo contributo alla scienza canonistica in un'epoca in cui lo studio del diritto della Chiesa

Cattolica ha sofferto, dall'interno, l'antigiuridismo del periodo postconciliare e, all'esterno, l'ideologia volta all'abrogazione dello studio della materia, nonostante la medesima rappresenti una realtà giuridica vigente per molti cittadini, indispensabile per capire le origini ed i fondamenti di numerosi ordinamenti statuali. Sono qui presenti illustri professori che, assieme al Prof. Lo Castro, hanno percorso questi anni della vita dell'Università italiana, ma anche cultori del diritto canonico, allievi, docenti di Università pontificie. I tre relatori incentreranno la loro riflessione sulla raccolta *Il mistero del diritto* (Giappichelli, Torino 1997-2012). Il professor Rinaldo Bertolino, Emerito di Diritto Canonico e già rettore dell'Università di Torino, presenterà un intervento dal titolo *Il Mistero del diritto e il diritto del Mistero nella lezione di Gaetano Lo Castro*; il prof. Salvatore Berlingò, Ordinario di Diritto Canonico all'Università di Messina e Rettore dell'Università per Stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria, tratterà *La trilogia di Lo Castro: dalla tragedia al mistero*; infine, la relazione del prof. Carlos José Errázuriz, Ordinario di Teoria Fondamentale del Diritto Canonico presso la Pontificia Università della Santa Croce, docente della nostra Facoltà fin dal suo inizio, verterà *Sul concetto di diritto nel pensiero di Gaetano Lo Castro*. Ciascuno dei relatori metterà in rilievo alcuni aspetti del pensiero del prof. Lo Castro. Queste tre relazioni, assieme ad un testo preparato dal dott. Fabio Vecchi, sempre sulla trilogia "Il mistero del diritto", verranno prossimamente pubblicate su *Ius Ecclesiae*, anche come riconoscimento, da parte della redazione della Rivista, a uno dei suoi fondatori.

Successivamente a queste tre relazioni sono previsti brevi interventi di alcuni allievi del prof. Lo Castro: i professori Andrea Bettetini, Orazio Condorelli e Mario Ricca. In base al tempo disponibile, potranno esserci altri interventi, che lasceranno spazio alle parole conclusive dell'Autore della trilogia.

Questo nostro omaggio, è evidente, non rende adeguatamente merito alla persona e al lavoro del prof. Lo Castro. Oltre all'atto odierno, difatti, docenti universitari discepoli di Gaetano hanno preparato un volume di più di 500 pagine in suo onore: *Lex, Iustitia, veritas. Per Gaetano Lo Castro Omaggio degli allievi*, Jovene editore, Napoli 2012. Esso comprende, al di là dei contributi introduttivi dei già citati professori Ordinari, altri dodici saggi di docenti, ricercatori e cultori del diritto canonico delle diverse Università italiane.

Caro Gaetano, grazie di quanto hai fatto per la scienza del diritto della Chiesa e per noi, docenti e cultori di questa materia.

LA TRILOGIA DI LO CASTRO: DALLA TRAGEDIA AL MISTERO

SALVATORE BERLINGÒ

PAROLE CHIAVE: Gaetano Lo Castro

KEYWORDS: Gaetano Lo Castro

SOMMARIO: 1. La trilogia di Lo Castro. 2. Per una chiave di lettura della trilogia. 3. La conoscenza del diritto. 4. La “positivazione” del diritto divino. 5. “Persona ficta” e persona umana. 6. La persona umana nell’esperienza giuridica. 7. I diritti personali dei laici. 8. “Laicizzazione” del potere e legittimazione dei vincoli normativi. 9. “Laicità” del diritto e “umanità” della giustizia. 10. “Nuova evangelizzazione” e “declericalizzazione” della Chiesa. 11. I compiti della canonistica, oggi.

1. LA TRILOGIA DI LO CASTRO

LA “trilogia”, nella sua accezione letteraria, è, per antonomasia, riferita all’*Orestiade*, il culmine della produzione tragica di Eschilo; ma per l’opera collettanea di Gaetano Lo Castro – accolta da Rinaldo Bertolino nella sua prestigiosa Collana di Studi, che così ne risulta ulteriormente impreziosita – l’utilizzo di detto eponimo suona del tutto calzante. Lo stesso Lo Castro – profondamente e germinalmente immedesimato nella cultura magnogreca – introducendo il primo dei volumi, che la sua trilogia compongono, evoca il tragico eleusino e la rappresentazione, dallo stesso apprestata, della giustizia come Ἰκεσία Θεμλις o *iustitia supplex*.¹ Per il greco, pugnace oppositore di ogni impero o tirannia, l’agognata tensione verso questo tipo di giustizia rimane un miraggio numinoso – *lucus a non lucendo* – destinato ad una tragica transizione (sulla scena e nella vita). Non a caso, ancor oggi, molte delle scelte connesse a questa tensione vengono definite “tragico” “dono di uno spirito maligno”;² e un esimio studioso della comparazione fra i “grandi sistemi” giunge ad affermare

¹ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*. I. *Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 15 s., 54; ma v. pure ID., *op. cit.*, II. *Persona e diritto nella Chiesa*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 31. Nel primo dei luoghi appena richiamati, l’A. prosegue commentando: «...lei! Che pure è figlia del dio distributore delle sorti, con trepidazione chiede all’uomo, ad ogni uomo, dotato o non dotato che sia di potere, accoglienza e accettazione».

² Cfr. G. CALABRESI e PH. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it., 11^a ed., Giuffrè, Milano, 2006; in precedenza era stato pubblicato già il lavoro di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, trad. it., Giuffrè, Milano 1996.

che «la tragedia della democrazia consiste[rebbe] nell'essere pensata per tutti, ma vivibile solo per i cristiani». ³

2. PER UNA CHIAVE DI LETTURA DELLA TRILOGIA

Per il cristiano Lo Castro non v'è dubbio che il mistero, ivi compreso il mistero del diritto, potrà non risolversi sempre, come per l'eleusino, in tragedia; tuttavia la fede cristiana – proprio in quanto “*simplex*” nel senso esaltato da Romano Guardini⁴ – non lo sottrae al confronto assiduo e laborioso con la tensione dialettica del «*nexus mysteriorum*» da cogliere nella «*complexio oppositorum*». ⁵

Per questo mi sento in qualche modo autorizzato a sviluppare una chiave di lettura dei tre “atti” della “rappresentazione” magistralmente dispiegata da Lo Castro adottando come filo conduttore il parallelo con le tre “messe in scena” della trilogia eschilea.

E così, quanto al primo volume della trilogia di Lo Castro, vorrei leggerlo nel senso che, come nell'*Agamennone*, il re Acheo tronfio del successo riportato a Troia, cede al remissivo richiamo delle mura domestiche, nel cui chiuso trova la morte ad opera della cattiva coscienza impersonata da Clitennestra, in modo analogo, per il Nostro, il diritto pago di se stesso e della propria pretesa compiutezza finisce con l'essere consunto dalla stessa scienza giuridica ridotta a sterile autorispecchiamento.

Quanto al secondo volume della triade edita da Lo Castro, mi propongo di dimostrare che, alla stregua della maschera teatrale delle portatrici di libagioni o *Coefore*, che risulta inidonea a riscattarle pienamente dal loro primigenio ruolo di Erinni, in modo analogo, per il Nostro, la “*persona ficta*”, elaborata in seno ad alcune estrinsecazioni della cultura giuridica, tende ad ingabbiare nelle liberticide strettoie di una fattispecie normativa l'incomprimibile ricchezza del soggetto umano.

Infine, come nelle *Eumenidi*, non è tanto la loro pur sempre ambigua “*benevolentia*”, né la logica «umana, troppo umana»⁶ dell'Areopàgo, a sancire il riscatto dell'uomo Oreste, quanto il voto di una Dea (Atena), così ho in

³ Cfr. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. I. *Frühe und religiöse Rechte: Romanischer Rechtskreis*, Mohr, Tübingen 1975, p. 305.

⁴ R. GUARDINI, *La coscienza. Il bene. Il raccoglimento*, trad. it., III^a ed., Morcelliana, Brescia 2001, pp. 18 e 51.

⁵ Il richiamo a questo concetto di Nicolò Cusano si trova pure nel mio *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 9. Per vero, nel brano della Prefazione ripreso in precedenza nel testo, Lo Castro precisa chiaramente che la sua ricerca non aspira «a dipanare e a sciogliere il mistero del diritto [e della giustizia], ma soltanto a mostrarlo, per renderne palese, per quanto possibile, la complessità e la grandezza».

⁶ Prendo a prestito il titolo di una nota opera di F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, voll. I e II, trad. it., Adelphi, Milano 1965-1966.

animo di sostenere che, in modo analogo, nel terzo dei volumi qui illustrati, si rende evidente come il diritto non possa mai essere “proporzionato” all’uomo, e quindi non possa mai corrispondere alla sua autentica funzione, se non è in grado di coinvolgerlo in un continuo processo di affinamento ed elevazione spirituale.

3. LA CONOSCENZA DEL DIRITTO

Nell’affrontare la problematica della conoscenza del diritto divino, l’A. non manca di ribadire che si tratta, pur sempre, del «problema di Antigone»: «... la *ratio* divina, i valori divini, se stanno nelle prescrizioni umane, non dipendono tuttavia da queste ... ed a queste [possono] essere addirittura opposti, per negare loro obbedienza, quando fossero trovati antinomici». Il che risulta ancor più chiaro ove si ponga mente ad una previa notazione da cui l’A. prende avvio: «La pretesa dell’uomo di impadronirsi di Dio (del diritto divino) “conoscendolo” una volta per tutte, di sciogliere l’enigma e di svelare così il mistero riducendolo alla propria dimensione ... è ... la più sicura strada per misconoscerlo».⁷

Da questo presupposto discendono precise indicazioni sul ruolo dell’attività ermeneutica, che – anche per studiosi di tutt’altra sensibilità e tendenze rispetto a Lo Castro⁸ – può essere definito «costruttivo». «L’interpretazione – sono ancora parole del Nostro – questa dimensione spirituale esclusiva dell’uomo, in cui è rappresentata tutta la sua essenza (né gli animali, né i puri spiriti – gli angeli, Dio – interpretano) ... è, in verità, una grande cosa: suppone la comunicabilità dell’essere ... consente al dato fissato nel tempo (nel nostro caso, alla norma) di svolgersi e di divenire, contribuendo in tal modo a che si dia la categoria stessa del tempo e della storia».⁹

L’accusa di «scientismo», formulata da Lo Castro nei riguardi di alcuni odierni eccessi o totalitarismi empiriologici,¹⁰ non risparmia, del resto – per quel che concerne, in particolare, la conoscenza del diritto canonico – «ta-

⁷ G. LO CASTRO, *op. cit.*, I, rispettivamente, p. 54 e p. 44.

⁸ Valga per tutti, oltre a Jhering, più volte richiamato dallo stesso Lo Castro, il riferimento a N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1995, p. 42, ed alla sua dinamica nozione di “operativ Konstruktivismus”.

⁹ *Op. ult. cit.*, p. 193. Ma «l’interpretazione – continua l’A. – può chiudere il segno nell’immobilità, che non è, in tal caso, sinonimo di eternità, ma di decomposizione e di morte. E infatti, il diritto che non si evolve perisce ... Non dunque qualunque interpretazione è accettabile, ma solo quella che ricerca con vero atteggiamento scientifico e sapienziale e non meramente scienziata, le ragioni profonde dell’essere e le sue esigenze sul piano della prassi».

¹⁰ Nei confronti degli scienziati, una messa in guardia «dal non scientifico errore riduzionistico, che spesso li porta a sostenere che esiste solo ciò che è oggetto di osservazione sperimentale», si rinviene altresì, in L. URBANI ULIVI, *L’identità personale: il contributo delle neuroscienze*, in *Il Regno-documenti*, LVII (2012), p. 509.

lune concezioni teologiche della Chiesa, il richiamo alle quali in campo giuridico, il far dipendere da esse la costruzione dell'ordinamento, non possono essere approvati senza riserve». ¹¹ Dunque, chi applica le proprie energie nello sforzo, né trascurabile né lieve, di conoscere e far conoscere il diritto, dovrà tenere presente come, per «il principio d'indeterminazione proprio anche degli ordinamenti giuridici, compreso il canonico, che pure mirano a chiudersi in se stessi, la scienza giuridica ha il compito di esplicitare le linee lasciate in ombra dal legislatore, e di tenere, così, aperto il sistema normativo al flusso della storia». ¹²

4. LA "POSITIVAZIONE" DEL DIRITTO DIVINO

La problematica tipica della conoscenza del diritto divino – avverte Lo Castro – trova largo spazio in seno alla canonistica, ma da gran parte di essa è impostata secondo modalità inappropriate, come se concernesse esclusivamente l'esperienza giuridica della Chiesa. «Ed invero – in base all'articolato ragionamento dell'A. – il diritto divino, i valori naturali, non esistono se non in senso trascendentale, metafisico ... ma per l'esperienza giuridica dell'uomo [fuori o dentro la Chiesa] quel diritto, quei valori, si danno in quanto conosciuti, attuati attraverso il processo della loro "positivazione" storica». ¹³

Riguardo a tale processo Lo Castro tiene a precisare: «... non si tratta in alcun modo di sminuire la forza della proposizione [di legge, o simile] che propone un valore divino, quanto di affermare la trascendenza di tale valore rispetto alle categorie normative terrene, la sua specifica normatività, la storicità ... del diritto, infine la sua radicale misteriosità, una misteriosità che non è solo del c.d. diritto divino, ma pure del c.d. diritto umano, perché tutto il diritto ... direttamente o indirettamente (attraverso l'uomo) riguarda Dio e la sua opera. In conclusione: nessuna proposizione normativa, nessun diritto è, in questa terra, divino. Ma ogni proposizione normativa, tutto il diritto, hanno a che fare, in maniera più o meno diretta, con il mistero di Dio,

¹¹ *Op. ult. cit.*, p. 191. In proposito – ne sono certo – l'A. consentirebbe, altresì, con la chiosa che qualsiasi tipo di conoscenza, anche teologica, pur in possesso di un contenuto di verità, decidesse di asservirsi alla causa (riflessa) di un potere autoritativo, anzi che a quella (aperta) della giustizia, finirebbe come Cassandra nei tentacoli di morte delle chiuse mura della casa di Agamennone.

¹² Ancora *op. ult. cit.*, p. 228, ma pure p. 117 e *Id.*, *op. cit.*, II, pp. 74 ss.

¹³ Cfr. G. LO CASTRO, *op. cit.*, I, p. 143 s. e, sulla sostanziale "precarietà" delle formule legislative e codiciali (anche canoniche), pure pp. 43, 50 ss., 61 s., 190, 225 s., nonché tutto il Capo III del secondo volume della trilogia. Del resto, non può trascurarsi, al riguardo, l' ammonimento evangelico: «Invano mi rendono culto, insegnando dottrine che sono precetti di uomini. Trascurando il comandamento di Dio, voi osservate la tradizione degli uomini» (*Mc 6-7*).

con il mistero dell'uomo (anch'esso mistero divino) ... In questo senso, ma soltanto in questo senso, si può parlare di diritto divino». ¹⁴

5. "PERSONA FICTA" E PERSONA UMANA

Venendo ora alle problematiche affrontate nel secondo tomo della trilogia di Lo Castro, riguardo al tema della soggettività giuridica della persona umana, continuerei a seguire il filo conduttore suggerito dalla chiave di lettura propostami, rilevando che nella sua stessa originaria accezione il termine "per-sona" soffre di una qualche ambivalenza. La maschera teatrale, infatti, occulta il vero volto, le reali sembianze di chi la indossa, rendendosi, così, funzionale alle esigenze della finzione scenica.

Allo stesso modo vi sono culture giuridiche – che si possono rintracciare, come abilmente ed acutamente le rintraccia l'A., anche fra le pieghe del moderno costituzionalismo, ¹⁵ oltre che in determinate ricostruzioni formalistiche delle codificazioni canoniche ¹⁶ – le quali sono proclivi ad utilizzare le *fictiones iuris* e le, non sempre *bonae* (più spesso *malae*), *fraudes legis* ¹⁷ per asservire l'umanità della persona ad una pura e semplice funzione della società, secolare o ecclesiale che sia. ¹⁸

Tuttavia, è bene fare presente che, al pari della *fraus*, anche della maschera può darsi un'accezione "buona" oltre che "cattiva"; ¹⁹ sempre nel teatro antico, essa era indossata anche al fine di elevare (in questo senso: *per-sona* è come l'equivalente di *ri-suona*) il tono della voce; il che può indurre a sottendere, questa volta in senso positivo, l'innalzamento delle aspettative umane al livello della pregevolezza e della meritevolezza dal punto di vista del diritto e della giustizia.

6. LA PERSONA UMANA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

«La "persona" – scrive icasticamente Lo Castro – è alla fine l'uomo stesso rappresentato secondo un profilo metafisico che ne mette in evidenza l'essenza, trascendendo tutti i suoi particolari connotati, che ne fanno "quest'uomo", l'uomo *hic et nunc*». ²⁰

¹⁴ *Op. ult. cit.*, p. 54 s.; ma v. pure, in argomento, *ivi*, pp. 24 ss., p. 42 s., nonché II, p. 70.

¹⁵ Cfr. G. LO CASTRO, *op. cit.*, II, pp. 46 ss., pp. 52 ss.

¹⁶ *Ivi*, pp. 99 ss.

¹⁷ Su questi concetti rinvio al mio scritto *Frode alla legge o frode della legge?*, in www.statocchie.it/, marzo 2011, pp. 1-9.

¹⁸ Cfr. G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, pp. 38 ss., pp. 46 ss.

¹⁹ Si deve a E. BERTRAM, *Nietzsche. Versuch einer Mythologie*, Bondi, Berlin 1918, p. 170, cit. da G. VATTIMO, *Il soggetto e la maschera. Nietzsche e il problema della liberazione*, II^a ed., Bompiani, Milano, 1996, p. 9, la messa a fuoco sulla problematica della differenza tra "maschera cattiva" e "maschera buona", sia pure in una prospettiva diversa da quella del testo.

²⁰ G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 102.

«Nell'uomo, come essere in relazione, e nella libertà che lo connota – continua l'A. – il diritto trova il suo metafisico fondamento, sia il suo profondo significato, sia la causa motiva e finale della sua conoscenza (*ubi homo, ibi ius*). Esso è propriamente un trascendentale dell'essere umano, nel senso che l'uomo non può essere pensato indipendentemente da una connaturata esigenza di giustizia e dal diritto che serve ad affermarla». ²¹

La concezione del diritto cui l'A. aderisce era già stata univocamente individuata, nel corso delle conclusioni del primo volume della trilogia, in quella gloriosa tradizione canonistica «per la quale il diritto non era tanto norma, quanto *directum agere, agere cum drectura*: una *drectura* i cui parametri possono essere certo fissati dalla norma, nella norma cercati e rinvenuti, ma possono stare anche fuori della norma, oltre la norma, e talora richiedere ed imporre comportamenti contrari alla norma». ²² E Lo Castro aveva, per così dire, anticipato, come il diritto «non è, nella sua essenza, insieme di norme e di leggi, ma ... un trascendentale – seppure in senso analogico o improprio – della persona, in quanto, soddisfacendone un bisogno impreteribile, l'esigenza di giustizia, la perfeziona nel suo essere relazionale». ²³

Tutto ciò vale, per tanto, nei riguardi di ogni persona, credente o non credente che sia; anche se l'A., convintamente e plausibilmente, rivendica alla prima comunità cristiana l'affermazione delle idee fondamentali della nostra civiltà giuridica: «...in quella comunità presero corpo e si consolidarono, a beneficio non solo dei cristiani ma di tutti gli uomini, quei precetti giuridici "*honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*", che ritroveremo consacrati nel primo cap. del L.I. delle *Istituzioni* del grande imperatore cristiano Giustiniano, significativamente destinato a trattare *de iustitia et iure*». ²⁴

Al riguardo, credo di non forzare il pensiero di Lo Castro nel dire che il carattere fondamentale di questi precetti sia da Lui ricondotto alla circolare complementarietà che li collega, innestata soprattutto sul primo dei tre imperativi; perché è l'impegno ad onorare di continuo la propria vita, a dare il meglio di sé per gli altri, di là dei limiti di un mero rispetto delle loro aspettative ed esigenze secondo parametri prestabiliti una volta per tutte, a garantire il carattere autenticamente trascendentale del diritto. Ritengo, inoltre, di poter aggiungere che a questa prospettiva Egli si sia ispirato nel procedere alla critica disamina della normativa sui fedeli e sui loro diritti nel codice del 1983.

²¹ Ivi, p. 8 s.: «Secondo tale concezione il diritto non è monopolio del legislatore che statuisce le norme (o della società cui per traslato sono attribuite), né di chi applica le norme, ma è patrimonio comune di tutti gli uomini, tutti gli uomini essendo chiamati a vivere "*secundum ius*", che è come dire a vivere secondo giustizia, naturalmente con le diverse responsabilità e funzioni che a ciascuno competono».

²² G. LO CASTRO, *op. cit.*, I, p. 229.

²³ Ivi, p. 204.

²⁴ G. LO CASTRO, *op. cit.*, II, p. 21.

Annota, infatti, l'A.: «Nell'individuazione dei vari diritti e doveri il legislatore canonico fu guidato dall'idea che essi derivassero o dalla legge naturale o dal diritto divino positivo e fossero quindi manifestazione o della condizione ontologica naturale o di quella più specificamente ecclesiale-sacramentale del fedele». ²⁵ Questa classificazione può tornare utile e comprensibile, purché, però, si tenga presente che – se il Codice non parla dei diritti e dei doveri «fondamentali» della persona, ma dei fedeli, dei laici, dei chierici, dei religiosi, preferendo indicare il soggetto per la sua qualificazione teologica e non per quella giuridica ²⁶ – tuttavia, sempre secondo le parole dell'A., non sono i concetti a dare fondamento alla realtà, ma la realtà ai concetti. ²⁷

In realtà «l'uomo nella Chiesa non trapassa dalla condizione umana naturale ... ad un'esclusiva connotazione sovranaturale; ma questa si unisce a quella senza annullarla». ²⁸ Per conseguenza, quali che siano le qualifiche formali, utilizzate dal legislatore positivo, se davvero un diritto è «“fondamentale” (e tutti i diritti nella Chiesa, se fondati nel disegno divino sull'uomo e sulla sua condizione umana e spirituale, sono “fondamentali”»)», non può esserne in nessun caso conculcata «l'originarietà nei confronti della legge positiva, la loro forza indipendente da questa, la linea di doverosità per l'autorità ecclesiastica di rispettarli e di tutelarli in forme adeguate». ²⁹

7. I DIRITTI DEI FEDELI LAICI

Queste puntualizzazioni valgono a sostenere adeguatamente l'interpretazione del tutto condivisibile che Lo Castro appresta riguardo alle disposizioni codiciali relative alla peculiare condizione dei laici, formulando, in proposito, rimarchevoli affermazioni.

«L'autorità ecclesiastica deve ... rispettare la libertà e il legittimo pluralismo dei laici nella loro azione temporale, consapevole che essi, là impegnati, percorrono, se vogliono, cammini che conducono a Dio ... in base alle radicali esigenze vocazionali loro proprie, discendenti interamente e interamente fondate nel battesimo e nella confermazione ...». ³⁰

²⁵ Ivi, p. 138.

²⁷ Ivi, p. 151.

²⁹ Ivi, p. 136 s. Per vero, «è necessario intendere – avrà modo di precisare l'A. – che ricondurre a Cristo le realtà umane non significa affatto riportarle al dominio dell'autorità gerarchica della Chiesa... secondo una logica di potere che non fa parte del patrimonio della Chiesa né del suo presente storico» (ivi, p. 231).

³⁰ Ivi, p. 179: «Così tutte le opere dei laici, non solo le preghiere e le iniziative apostoliche, ma anche la vita coniugale e familiare, il lavoro quotidiano, il riposo spirituale e corporale, se compiuti nello spirito di Dio, e perfino le molestie, sono sacrifici graditi a Dio; in tal modo essi consacrano a Dio il mondo». Sulla condizione dei fedeli laici, si v., da ultimo, per tutti, L. NAVARRO, F. PUIG (a cura di), *Il fedele laico. Realtà e prospettive*, Giuffrè, Milano 2012.

²⁶ Ivi, rispettivamente, pp. 135 ss., p. 106.

²⁸ Ancora ivi, p. 107.

Vi è una «secolarità propria dei laici (laicità)» che occorre tenere ben distinta da quella propria delle altre condizioni ecclesiali.³¹ E l'A. non esita ad affermare che, contro un agire «diverso dell'autorità ecclesiastica potrebbe il laico resistere all'interno dell'ordinamento canonico secondo le forme da questo stesso ammesse (e certo perfettibili)». ³² Ciò, si badi, non in nome di una «rivendicazione dialettica di funzioni e di posizioni prima negate o mortificate ...», ma di un'opera di assai più vasta portata, che deriva da ... una comprensione non nuova ma più radicale di temi fondamentali attinenti alle concezioni essenziali del cristianesimo, con particolare riguardo al rapporto che lega la Chiesa con il mondo ed alle funzioni che, con riferimento a tale rapporto, spettano alle varie componenti ecclesiali». ³³

In alcune disposizioni codiciali (cc. 225, §2 e 227, C.i.c., nonché c. 401, C.c.e.o) – se interpretate nel senso suggerito da Lo Castro – si riflette «sotto un corretto profilo normativo la dottrina cristiana del dualismo fra ordine o dimensione temporale e ordine o dimensione spirituale: l'autonomia dell'ordine temporale rispetto all'ordine spirituale emerge dal limite che il legislatore ha voluto imporre all'autorità gerarchica della Chiesa di intervenire su quanti – e cioè i laici – sono impegnati all'ordine temporale». ³⁴

Per altro, sia pure nella prospettiva genuinamente cristiana del dualismo giurisdizionale,³⁵ vi è, in vero, «un doppio pericolo: da una parte, per la dimensione religiosa, di espandersi verso una direzione che non è la sua (clericalismo, teocrazia); dall'altra, per la dimensione temporale, una volta ideologicamente plasmata, di divenire refrattaria ad ogni altro influsso e, quindi, facilmente intollerante». ³⁶

Queste venature problematiche, che affiorano nella discussione sul dualismo, ci riportano, altresì, ad una felice notazione già compiuta dall'A. a proposito del c.d. diritto laico, riguardo al quale può, senz'altro, condividersi che «la laicizzazione del diritto quasi nulla in realtà significa se è ridotta all'autonomia del potere civile dal religioso, o alla aconfessionalità dello Stato, per certi aspetti doverosa e giustificabile. La laicità acquista il suo più vero e profondo significato solo all'interno del più ampio e universale problema della laicizzazione della forza e del potere». ³⁷

8. "LAICIZZAZIONE" DEL POTERE E LEGITTIMAZIONE DEI VINCOLI NORMATIVI

A ben guardare, già Eschilo, nelle *Eumenidi*, non manca di mettere a nudo il più sottile e sofisticato, ma non per questo meno dispotico e formalistico, potere dell'Areopago, quando evidenzia come il suo riscatto (la sua "laiciz-

³¹ Ivi, pp. 147 e 180 ss.

³⁴ Ancora ivi, p. 176.

³⁶ Ivi, p. 243.

³² Ivi, p. 234.

³⁵ G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, pp. 202 ss.

³⁷ G. LO CASTRO, *op. cit.*, I, p. 84.

³³ Sempre ivi, p. 161.

zazione”) in senso egualitario (o equanime) sono affidati paradossalmente o, se si preferisce, “misteriosamente” – come ho avuto modo a suo tempo di accennare – ad un intervento divino (quello di Atena).

Seguendo la traccia propostami, mi ritrovo così al crocevia delle tematiche affrontate dal terzo tomo della trilogia di Lo Castro.

In questo volume l’A. si occupa precipuamente del nodo problematico – del resto già intercettato a proposito del rapporto fra conoscenza e diritto – relativo al fondamento ed alla legittimazione del vincolo normativo. L’A. osserva come «le tesi istituzionali, nel loro diverso versante sociologico od ecclesiologico, prestandosi a giustificare (non a fondare!) il diritto per la sua necessaria postulata contiguità col fatto sociale ed ecclesiale, siano atte a legittimare ogni norma quando tale contiguità si desse. Il problema della giustizia della norma ... in siffatto orizzonte culturale viene meno come problema riguardante l’uomo e si riduce a problema della conformità (politica, economica, sociale, ecc.) della norma con la società, con le sue forme organizzatorie, con i fini da essa perseguiti, insomma, con una determinata struttura istituzionale».³⁸

Ciò spiega perché le antinomie che emergono fra l’ordine costituito e la libertà (di coscienza) individuale, in una temperie culturale di questo tipo o in contestualizzazioni ad essa assimilabili, non possano che avere esiti “tragici”. Ben a proposito l’A. evoca, sul punto, un noto brano di Platone (*Critone*, 49 ss.): «Cosa direbbero ... le Leggi se incontrassero Socrate mentre fugge dalla città?». ³⁹ E davvero, Socrate non può «disubbidire alle Leggi della città, che vogliono che egli muoia in esecuzione di una sentenza, sebbene ingiusta, giacché le Leggi consentono alla città di esistere ... e la loro funzione è troppo necessaria per la vita della città perché non sia esplicita anche in un solo caso concreto». ⁴⁰ Nel «mondo spirituale che Platone ci rappresenta, il singolo “non ha un diritto alla verità *contro* quella verità che è incarnata nelle leggi della città”». ⁴¹

L’esempio addotto da Lo Castro ci fa capire come anche le più aggiornate e raffinate proposte di legittimazione del potere mediante procedure (di partecipazione dei “privati”) per la formazione del potere medesimo⁴² risultino in qualche misura impari ad offrirgli un autentico fondamento, capace

³⁸ *Op. cit.*, III. *L’uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino 2012, p. 30 s.

³⁹ *Ivi*, p. 66: «“Dimmi, Socrate, che cosa hai in mente di fare? Non mediti, forse, con questa azione a cui ti accingi, di distruggere noi, cioè le leggi, e con noi tutta insieme la città?” ...».

⁴⁰ *Ivi*, p. 67.

⁴¹ Cfr. F. D’AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Giappichelli, Torino 1992, p. 29, cit. da G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 68.

⁴² Cfr., per tutti, N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it., Giuffrè, Milano 1995.

di immunizzarlo da ogni arbitrio:⁴³ «La conformità della decisione con il giudizio – anche nella struttura più evoluta del processo – non è ancora... garanzia della sua bontà», perché non «si può in assoluto impedire che se ne faccia un uso distorto, lontano da quell'*amor iustitiae* che dovrebbe ispirarlo. È il dramma dell'errore processuale e del processo iniquo; dramma direttamente dipendente dalla problematica essenziale della giustizia e della verità, dalla difficoltà dell'uomo di essere in tutte le circostanze pari alla dignità spirituale che lo connota».⁴⁴

9. "LAICITÀ" DEL DIRITTO E "UMANITÀ" DELLA GIUSTIZIA

Nel dramma da ultimo segnalato si riversa, dunque, anche la complessiva problematica della «laicizzazione» del potere, in quanto essa venga – come correttamente fa Lo Castro – ricondotta alla «libertà difettiva» dell'umana persona: «Riconoscere l'esistenza di un potere che sta al di sopra del potere, Dio al di sopra dello Stato, la legge morale, la *lex* per antonomasia (legge divina) sopra le leggi umane e sopra la stessa coscienza, questo è l'insegnamento precipuo del pensiero giudaico-cristiano».⁴⁵ In questa visione, la "difettività" del c.d. libero arbitrio non è un mero difetto, o lo è solo nel senso in cui esso finisce con l'esaltare la stessa dignità dell'uomo e lo specifico valore che, nella sua tipica imperfezione, lo differenzia non solo dai puri bruti, ma altresì – nel senso già ricordato – dai puri spiriti, «libero [egli] rimanendo ..., proprio a causa della sua imperfezione, di non seguire la sua ragione».⁴⁶

L'A. si rifà ad una metafisica e, ad un tempo, ad un'antropologia, capaci di fondare una dottrina della «temporalità»,⁴⁷ e quindi del rapporto tra potere religioso e potere civile, in linea – del resto – con gli insegnamenti del Vaticano II, oltre che con la migliore e costante tradizione dottrinale della Chiesa.⁴⁸ Giustamente Lo Castro aveva già osservato nel secondo volume della trilogia come il Concilio avesse «particolarmente insistito sulla distinzione fra l'ordine spirituale e l'ordine temporale e sull'autonomo loro valore, almeno tanto quanto sulla loro intima unione»;⁴⁹ non già per indulgere a pretese totalizzanti e reciprocamente esclusive, bensì per favorire un coordinamento

⁴³ Cfr. G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, rispettivamente, pp. 116 e 106. La conclusione non muta anche a voler concedere che questi tentativi facciano tesoro, più o meno consapevolmente, della "finissima" "solutio oppositorum" suggerita proprio dalla canonistica medievale, secondo cui «privata utilità non significa necessariamente utilità egoistica» e «pubblico e privato non sono per sé contrapposti».

⁴⁴ Ivi, pp. 231 ss., in particolare p. 238.

⁴⁵ Ivi, p. 81.

⁴⁶ Ancora ivi, p. 32, in nota.

⁴⁷ Ivi, pp. 72 ss.

⁴⁸ Nello stesso senso si indirizza, da ultimo, anche L. URBANI ULIVI, *op. cit.*, p. 511 s.; sul pensiero di quest'A. può più ampiamente consultarsi *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, il Mulino, Bologna 2010.

⁴⁹ G. LO CASTRO, *op. cit.*, II, p. 226.

volto a farli entrambi convergere verso una sempre più progredita ed auspicabile “*reductio ad humanitatem*”.

Affiora, ai giorni nostri – come oculatamente denuncia l’A. nel saggio sulle organizzazioni di tendenza⁵⁰ – la insidiosa tentazione che tale convergenza possa realizzarsi trasformando queste entità (quasi novelle Eumenidi) nelle vestali del benevolato umanitario (meglio: ‘umanitarista’),⁵¹ per favorirne il connubio con i paludati ed ‘illuminati’ custodi dei diritti umani, assisi (quasi in novelli Areopàghi) sugli scanni delle istituzioni o delle corti secolari (meglio: ‘secolarizzate’); nella fallace convinzione, da alcuni coltivata, che detto incontro possa essere ulteriormente propiziato dai pervasivi, per quanto frammentari ed aggrovigliati, reticoli del *cyberspazio* (quasi un novello *Deus ex machina*).⁵²

In una prospettiva più realistica, questa aspirazione a ricondurre il diritto ed il potere da esso regolato al suo proprio fondamento⁵³ risulta oggi inceppata, sul versante civile e politico, nel momento stesso in cui, pur avendo preso coscienza della inevitabile dimensione planetaria e globale di una regolazione del potere, questa «osservazione», per così dire «esterna» o meta-giuridica – assimilabile a quella dell’ “oltreuomo”⁵⁴ – non trova o stenta sempre più a trovare corrispondenza nelle infrastrutture concrete e funzionali delle embrionali e inadeguate istituzioni giuridiche globali e financo “regionali”.⁵⁵

10. “NUOVA EVANGELIZZAZIONE” E “DECLERICALIZZAZIONE” DELLA CHIESA

Di recente, Benedetto XVI ha richiamato un’acuta notazione di Erik Peterson, secondo cui «quando rimaniamo soli con la storia umana, ci troviamo davanti ad un enigma senza senso»;⁵⁶ ed è significativo che, ancor più di recente, le Chiese europee, abbiano sottoscritto un documento comune sul ruolo

⁵⁰ *Op. cit.*, III, pp. 133-159.

⁵¹ Su queste tendenze sia consentito pure il rinvio a S. BERLINGÒ, *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, in *Derecho y Opinión*, 8 (2000), p. 267.

⁵² Cfr., in proposito, la messa in guardia di G. BONI e A. ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 48 ss. Con ciò, non s’intende demonizzare il *cyberspazio*, bensì denunciare il deficit di governo delle sue utilità: G. GUASTELLA, *Scienze umane e memoria culturale*, in *il Mulino*, LXI (2012), pp. 626-636.

⁵³ Si tratta di un’esigenza a più riprese segnalata da Lo Castro, ad esempio in *op. cit.*, II, p. 8 e III, p. 9.

⁵⁴ Cfr. G. VATTIMO, *op. cit.*, *passim*, in specie pp. 283-348. Sulla netta presa di distanza di Lo Castro da queste posizioni si v. *op. cit.* III, p. 21 e p. 159.

⁵⁵ Cfr. N. LUHMANN, *Das Recht*, cit., pp. 576-582.

⁵⁶ Cfr. M. INTROVIGNE, *Teologia e politica. Benedetto XVI legge Erik Peterson (1890-1960)*, in www.cesnur.org, 2010, p. 5.

loro spettante per la coesione politica dell'Europa, e che nell'*Instrumentum laboris* della tredicesima Assemblea generale del Sinodo dei Vescovi si sia posto in evidenza il problema della «nuova evangelizzazione» dell'Europa.

Per converso, si è opportunamente osservato, come tale problema non possa più affrontarsi affidandosi «ad alcuna cultura, ad alcun sistema etnico, religioso, ad alcun particolare assetto sociale con il suo *ethos* dominante, ma alla fede come incontro personale con Gesù Cristo». ⁵⁷ Occorre, per altro, ammettere, sul versante religioso e più specificamente ecclesiale, che «cattolicità» – come afferma Bernahrd Welte – «non è affatto sinonimo di Chiesa Cattolica o di appartenenza ad essa», oppure a qualsiasi altra chiesa o religione, ma di «un atteggiamento fondamentale dello spirito dell'uomo», ⁵⁸ che non si contrappone affatto alla ragione, bensì mira «a definire l'apertura ad una verità che mai posso illudermi di possedere definitivamente»; e, nello stesso tempo, consiste nel «decidersi per qualcosa di determinato, anzi per Qualcuno». ⁵⁹ In definitiva, anche la Chiesa in Europa, come in tutti i Continenti (e come tutte le Chiese), ha bisogno di ritrovare nella partecipazione attiva e responsabile di ogni componente umana le risorse per coniare le nuove forme della sua perenne missione.

11. I COMPITI DELLA CANONISTICA, OGGI

Risulta, dunque, quanto mai attuale e concreta la riflessione di Lo Castro, quando richiama l'essenziale e tipica «funzione di cerniera» dei laici «nel futuro dei rapporti fra ordine temporale e spirituale»; ⁶⁰ ma pure quando afferma che la «declericalizzazione» della Chiesa «non si consegue facendo venir meno o sfumando la funzione propria dei chierici e la loro condizione ecclesiale», ma cercando di evitare che essi svolgano compiti che non esprimono la loro specifica funzione. «Tanto più – insiste ancora l'A. – se sono con essa contraddittori, e tali da indurre nella tentazione, purtroppo assai comprovata storicamente, di ricondurre a sé non a Dio, le anzidette realtà temporali (nel che consiste, propriamente, la deprecata clericalizzazione della Chiesa)». ⁶¹

⁵⁷ Cfr. S. DIANICH, *Le attese della Chiesa. Rileggendo l'Instrumentum laboris*, in *Il Regno-attualità*, LVII (2012), p. 437. Con accenti analoghi si esprime anche P. HENRICI, *La filosofia moderna, l'uomo moderno e la Chiesa*, in *Il Regno-Documenti*, LVII (2012), p. 16: «...il compito di ritrovare la modernità non si può devolvere alla Chiesa come tale né alla sola gerarchia: il compito, che sembra essere una vera missione, incombe invece a ogni singola persona cattolica, che dovrà compierlo nella sua vita, al suo posto e con la propria competenza».

⁵⁸ Cfr. B. WELTE, *Cattolicità e ragione*, trad. it. a cura di L. Bonvicini, Morcelliana, Brescia 2012, p. 21; ma, al riguardo, si v. pure G. LO CASTRO, *op. cit.*, I, p. 45, ove tiene a precisare che l'«assistenza dello Spirito di Dio animante la Chiesa» non la trasforma d'acchito nella «Gerusalemme celeste».

⁵⁹ Prefazione a B. WELTE, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁰ Cfr. G. LO CASTRO, *op. cit.*, II, p. 230.

⁶¹ Ivi, p. 149.

Con ciò Lo Castro, ancora una volta, rende una determinata e coraggiosa testimonianza su come un canonista – pur rispettando ogni doveroso *caveat* sull'insondabilità ultima del “mistero del diritto” – potrebbe e dovrebbe concorrere, ai giorni nostri, nel recupero di «quella visione che caratterizzò la scienza giuridica sia canonica sia civile nel periodo aureo tardo medievale della sua evoluzione, e che tanto potrebbe ancor oggi tornare utile per aiutare l'uomo a recuperare quanto ha perduto di libertà, di dignità, in breve: di centralità, nei moderni organismi sociali». ⁶²

⁶² *Op. cit.*, III, p. 11, ma già pure *ivi*, I, p. 117 e II, pp. 74 ss.

IL MISTERO DEL DIRITTO E IL DIRITTO DEL MISTERO NELLA LEZIONE DI GAETANO LO CASTRO

RINALDO BERTOLINO

PAROLE CHIAVE: Gaetano Lo Castro

KEYWORDS: Gaetano Lo Castro

QUANDO si esamini la dottrina canonistica italiana di metà del secolo scorso, nel suo periodo aureo e più classico, si resta colpiti dal fatto che, complici l'esasperato uso del metodo giuspositivistico e l'insistito reclamo della fondazione della giuridicità dell'ordinamento della Chiesa sugli uguali capisaldi di quelli secolari, l'orizzonte di studio del canonista fosse tendenzialmente mirato alla sola istituzione; e, così, prevalentemente ristretto.

Certo, ci sono stati reclami di orizzonti più vasti: quello del Giacchi, ad esempio, dell'essere l'ordinamento canonico costantemente aperto verso l'alto; tentativi riusciti di cogliere lo 'spirito' del diritto canonico (Fedele); né è mancato – non poteva mancare nell'ortodossia cattolica – il costante riferimento della normazione ecclesiale al suo fine ultimo, la *salus animarum*.

Ma prevaleva, a mio avviso, la concezione societaria della Chiesa nella sola istituzione gerarchica e la individuazione del soggetto nell'ordinamento attraverso i suoi *status* giuridici, non nella sua essenza ontologica di uomo, oltretutto battezzato.

Un orizzonte, quindi, delimitato nelle sue certezze, ma tendenzialmente chiuso; portato prevalentemente ad esaminare ogni realtà giuridicamente rilevante nel solo *ad intra* e *ad extra Ecclesiae*.

Da qui, ancora, del tutto significativamente, la polemica dottrinale se potesse qualificarsi come canonista vero chi non sentisse, profondamente e pienamente, *cum Ecclesia*.

Tra i meriti e i valori indelebili del Concilio Vaticano II sta, a mio giudizio, l'aver scoperto il tetto dell'istituzione e dell'ordinamento, nel reclamarne la complessità di natura, del visibile e dell'invisibile; la sua non debole analogia sacramentale con il mistero dell'Incarnazione; dell'aver posizionato il cristiano, ciascun uomo, di fronte alla realtà dell'Uomo-Dio: ai suoi ginocchi.

L'orizzonte di studio del canonista attento, sensibile alla realtà ecclesiológica ch'egli deve esaminare, si è così aperto, dilatato: si è dovuto prendere ulteriormente atto della strumentalità dell'ordinamento ecclesiale e del suo

diritto rispetto agli ultimi, decisivi poli, in cui trascorre la storia umana e la vicenda esistenziale di ogni persona: tra Dio e, appunto, l'uomo.

Sta in questa verità fondamentale, in questa illuminante tensione ideale e costante apertura verso l'Alto, la ricchezza delle pagine e del pensiero di Gaetano Lo Castro, del Collega e dell'Amico che mi è caro essere stato chiamato oggi ad illustrare, disseminati in tutto l'arco di una feconda attività di studio e di insegnamento; più specialmente racchiusi, per una sua scelta felice e generosa nei confronti della Collana torinese di Diritto canonico ed ecclesiastico, nella trilogia *Il mistero del diritto*.¹

Verità, quest'ultima, che io credo si sarebbe potuta anche ribaltare, potendosi ugualmente dire, della dottrina del Nostro, incarnata e vissuta in una esemplare coerenza intellettuale e personale, del diritto del Mistero; sì, perché tutte le considerazioni di Gaetano, che poggiano su una sicura padronanza della scienza giuridica e, più specialmente, sulla compiuta conoscenza della migliore teoria generale e filosofia del diritto, parlano, appassionatamente, del mistero di Dio: ne possono adeguatamente parlare perché conoscono, con pari intensità, il mistero dell'uomo.

Si tratta invero, sempre, di un pieno *intellectus rei* che si fa, così, espressione alta di una *fides* vera; di una sofferta, estrema ricerca intellettuale del Vero nella e attraverso la Giustizia, che a mio avviso attinge la qualità – sia consentito esternarlo – di una preghiera continua, di una ascesi permanente.

★

Volendo dare conto, sia pure in sintesi sommaria,² del contenuto e della struttura dei volumi di questa splendida trilogia, divenuta un classico della canonistica contemporanea, dirò che specialmente il sottotitolo del terzo libro, *L'uomo, il diritto, la giustizia*, dà senso pieno, in una stringente coerenza per temi trattati e nella perspicacia dell'analisi, alla titolazione dell'intera opera come *Il mistero del diritto*: perché vi si indica, con forza immediata, che tutta la riflessione giuridica dell'Autore si svolge nel fare del diritto e dell'esperienza giuridica globale, volto e delle singole persone e dell'assoluta della giustizia; quanto a dire, dare voce e all'uomo e a Dio.

¹ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*, vol. I. *Del diritto e della sua conoscenza*; vol. II. *Persona e diritto nella Chiesa*; vol. III. *L'uomo, il diritto, la giustizia*, G. Giappichelli ed., Torino, rispettivamente 1997, 2011, 2012.

² Consapevole della straordinaria densità e della peculiare bellezza delle pagine dell'Autore, che sono stato chiamato ad illustrare, per non correre il rischio di travisarne il pensiero o di sminuirne l'efficacia ho preferito fare continuo riferimento alla sua esposizione, con una trasposizione di frequente letterale, pur non richiamandone – per non appesantire il testo – i luoghi di riferimento e non evidenziando le citazioni letterali. Me ne scuso con il lettore e, più specialmente, con l'Autore de *Il mistero del diritto*; ma spero che anche questo accorgimento di stile serva di stimolo per i più giovani studiosi del diritto canonico a conoscere e ad utilizzare compiutamente il classico pensiero di Gaetano Lo Castro.

Nel primo volume (*Del diritto e della sua conoscenza*) v'è completezza di analisi su ciò che sia diritto: si tratta infatti dell'essenza del diritto, nella sua più alta espressione di giustizia che il diritto è, e delle due realtà, che nell'esperienza storica bimillennaria dell'Occidente vi hanno dato corpo: il diritto secolare, mondano, e quello religioso: per come è e per come dovrebbe essere nella Chiesa.

Quanto alla sua seconda parte, sulla conoscenza del diritto, il diritto vive nella sua interpretazione e applicazione: da qui, la vigenza permanente del diritto naturale; da qui, ancora, il valore ineludibile della *prudencia iuris*, nelle più attente sue forme giurisprudenziali, e quello, ineliminabile, storico e progettuale, della *scientia iuris*.

Il secondo volume è più specificamente destinato al diritto canonico: al diritto della e nella Chiesa. Anche qui, continua e significativa è l'attenzione a due poli: quello della Istituzione, con la fondazione epistemologica del suo diritto e i relativi profili costituzionali, con i valori e i limiti della sua codificazione; quello dell'uomo, muovendo dalla sua caratterizzazione ontologica come persona e nella condizione giuridica di fedele e di laico: quest'ultimo, nella vocazione peculiare di animazione della realtà temporale, anche in forma associata, nella Chiesa.

Il terzo volume guarda soprattutto all'uomo; ne scorge, giustamente, il fine e la ragione essenziali del diritto e della norma (e delle loro crisi attuali) e coglie l'elemento fondativo della sua dignità nella coscienza e nei suoi reclami di libertà, specialmente di quella religiosa; ne tratteggia, con raffinata sensibilità e ampiezza di cultura, le dimensioni della responsabilità penale; poi, ultimo canto di una esemplare, armonica sinfonia sul mistero del diritto, ne scolpisce il profilo processuale come la sua più alta espressione, che culmina precisamente nel momento del giudizio, dove l'uomo si confronta ultimamente con la Verità.

*

Si è detto dell'uomo e di Dio; ma chi è Dio, chi sia l'uomo è un mistero; e se l'esperienza giuridica, il diritto normato, trascorrono tra l'assoluto dell'Infinito e il relativo di ogni finitezza umana sono anch'essi, per ciò stesso, definitivamente mistero.

Per Gaetano Lo Castro, infatti, se Dio è il giusto e il vero, chi può affermare di conoscere veramente Dio? Nondimeno, tutto parla di Dio alla ragione umana: tutta la realtà, il diritto, tutta l'esperienza giuridica – non quella soltanto che riguarda il soprannaturale –, l'uomo stesso vengono da Dio: tutto pertanto deve condurre a Lui.

È Dio l'ente fontale; è Lui, il solo che possa trascendere la dualistica realtà umana, la regola e il regolato, lo spirituale e il temporale; è per questo – si noti bene, in una considerazione non marginale – che le realtà temporali

vanno ultimamente ricondotte a Dio, non esclusivamente all'autorità ecclesiastica.

Nell'orizzonte del cristianesimo, il diritto sarà allora tanto più tale, quanto più sappia della *ratio* divina; non a caso, nel periodo di più alta civiltà giuridica del pensiero medioevale, quando l'uomo avvertì forte l'oggettività del diritto, lo si è sempre valutato sulla base di un criterio più alto rispetto a quello della sola giustizia formale: si guardò infatti alla natura dell'uomo come voluta da Dio: *natura, id est Deus*.

Ne deriva inoltre che, sul piano dell'essenza, non vi possa essere che un solo diritto, non quello secolare e quello religioso, non solo lo *ius Ecclesiae*, ma anche quello *in Ecclesia*; come non v'è che un solo uomo, fatto di materia e di spirito, tendente nella sua unità al compimento del proprio destino in Dio.

La giustizia rende gli ordinamenti giuridici 'aperti'; ma sa bene Lo Castro che – come tutti i grandi temi della convivenza civile – anche questo della giustizia si giuoca sul filo del rapporto tra il potere e la ragione umana: è proprio qui ch'egli individua il compito fondamentale di ogni uomo, starei per dire la sua dignità. Pretendere peraltro, come faceva Bobbio, che la giustizia si presenti come una verità evidente e dimostrabile allo stesso modo di una verità matematica, è per lui un misconoscere il valore etico, umano, e quindi per sé problematico, della giustizia e del diritto, quello solo idoneo a spiegarne e giustificarne il divenire storico con le sue vittoriose affermazioni e le sue rovinose negazioni.

Nell'orizzonte metafisico, nel quale si muove invece l'alto insegnamento morale del Nostro, il giudizio sulla razionalità della norma, sulla sua giuridicità, spetta all'uomo, ad ogni uomo in quanto tale, indipendentemente dalle funzioni svolte; è per questo che nel problema del giudizio e del processo s'incarna sempre il problema alto, il mistero della giustizia e della verità; è ancora per questo – con questo accorato invito lo Studioso chiude le pagine della trilogia – che la giustizia chiede con trepidazione all'uomo, ad ogni uomo, dotato o non dotato che sia di potere, accoglienza e accettazione.

Perché questa è la giustizia per Lo Castro (vale la pena di riproporne integralmente il pensiero): "La giustizia come criterio superiore ed ultimo di valutazione del comportamento dell'uomo e della giuridicità della norma; la giustizia, per la cui affermazione l'uomo può disattendere la stessa disciplina della Chiesa di Roma; la giustizia, criterio superiore in base al quale valutare sia la norma (fosse pure la norma di Roma) sia il comportamento dell'uomo; un criterio alla luce del quale vivere la tensione dialettica fra l'uomo e la norma (e l'Autorità che la pone), costitutiva della realtà umana, e quindi del suo divenire storico.

La giustizia, quella che i greci, cinquecento anni prima che il Cristo nascesse, chiamavano già legge divina; di cui, come leggiamo nel fr.114 di Era-

clito, tutte le leggi umane ‘si alimentano, poiché quella impone quanto vuole e basta per tutte le cose e ne avanza’”.³

★

Su questi presupposti teoretici appare giustificata la netta presa di posizione di Lo Castro per un ribaltamento della tradizionale maniera di porre il problema del diritto divino. In realtà, per Lui – del tutto motivatamente, come si è già detto – esiste un solo diritto, una sola giustizia; tanto più tali, quanto più essi attingano alla e profluiscono dalla divinità. Ne discende che non sia accettabile teoricamente neppure la distinzione diritto divino – diritto umano, in quanto l’unico diritto esistente deve sempre svilupparsi nella direzione di Dio, vivere del mistero divino.

In questo consiste infatti il mistero del Dio cristiano: ch’Egli si rapporta all’uomo, ‘esigendolo’ nella sua vita; e lo esige in modo talmente radicale, per cui l’uomo tanto più è uomo quanto più si immerge nel mistero di Dio.

In questo consiste anche il grande mistero del diritto divino: ch’esso non esiste al di fuori del piano della redenzione; che manifesta l’onnipotenza divina nella affermazione della sua debolezza; in presenza della volontà libera dell’uomo. Da qui, il rifiuto di ogni assolutizzazione del diritto divino, come pure il rifiuto di circoscrivere il discorso su di esso alla sola esperienza religiosa della Chiesa; da qui, ancora, l’essenzialità dello strumento umano per la sua comprensione e traduzione nell’esperienza giuridica terrena: ruolo e funzioni indefettibili di un uomo, la cui difettività trova sempre riparo nel disegno di Dio su di lui.

La *lex naturae* si complementa in tal modo con la *lex gratiae*: da qui il ruolo essenziale della Chiesa, luogo teologico della salvezza; da qui, il ruolo insostituibile del suo diritto, il quale – seppure in essa sia sempre esigito l’equilibrio tra opere e grazia, legge e carisma, tra libertà e autorità e, per ciò, anche tra pubblico e privato – mai dovrà disconoscere la dimensione essenziale dell’uomo.

La Chiesa stessa, corpo mistico di Cristo, sarà tale sia nel momento in cui appare direttamente in primo piano la sua dimensione spirituale, sia che operi secondo la dimensione temporale: la sua spiritualità, di fatti, non può che essere espressa nella temporaneità. Ma – si noti bene –, l’autocomprensione che la Chiesa ha della sua missione è quella secondo la quale la visione cristiana della vita s’impone per la forza della verità che essa possiede se ed in quanto gli uomini liberamente l’accolgano; nel pieno rispetto, pertanto, della persona umana e della sua libertà.

★

³ *L’uomo e la norma*, in *Il mistero del diritto*, vol. III, cit., pp. 44-45.

Centralità, dunque, ed essenzialità dell'uomo in ogni discorso giuridico: tutte le lucide pagine della trilogia, davvero unica per sapere e per *pathos*, parlano del mistero dell'uomo, di un uomo in relazione, in cui il diritto trova il proprio fondamento metafisico, che si incarna e realizza in una concreta esperienza giuridica. Una esperienza in continuo divenire, come è per la vita; inesauribile, perché lo è il mistero della giustizia e del diritto. Né è da tacere il singolare paradosso che ne scaturisce: poiché è dall'uomo che alla fine dipende la vita del diritto e della giustizia, da quello stesso uomo le cui azioni essi regolano ed esigono.

Dell'uomo viene esaltata anzitutto, giustamente, l'autonomia della coscienza, di una coscienza non identificabile teoricamente, e forse neppure pensabile, senza la trascendenza; una coscienza, la cui relazione con la legge viene sapientemente illustrata in pagine fondamentali⁴ quanto alla storia della riflessione culturale, filosofica e giuridica su di essa; che un tempo non veniva pensata come autoreferenziale, troppo intensa essendo nel passato la percezione del suo costante rapporto con il bene e con il vero, e dunque con Dio; così che, nella consapevolezza della natura difettiva dell'uomo e della sua libertà, la legittimità dei suoi dettami veniva sempre fatta dipendere, da ultimo, dalla loro consonanza con il disegno divino. Mentre oggi, dopo che il profilo psico-gnoseologico della coscienza è stato accentuato oltre misura dalla filosofia cartesiana, si è passati dalla teorizzazione della coscienza come fonte della vita etica e giuridica e, quindi della stessa legge, ad una teorizzazione in cui la legge, saldamente ancorata nella coscienza dei più, s'impone alla coscienza dei singoli.

Dire dell'uomo e della sua coscienza significa parlare della sua libertà: dell'aspirazione costante, ineliminabile, per cui l'uomo intende realizzarsi nella storia e fare della propria esperienza, del proprio vissuto, l'irripetibile tassello nella costruzione di una civiltà più umana e di essi lasciare una traccia indelebile nella concreazione del mondo, quale voluto dall'originario disegno di Dio.

Le pagine che Lo Castro dedica a questo tema sono stimolanti; incisive al pari di tutte le altre. Qui, ancor più si avvertono l'afflato e la tensione verso l'orizzonte ampio, l'atmosfera alta della trascendenza; il bisogno continuo di dare respiro alla vicenda umana, di nobilitare l'uomo nella sua dignità profonda.

V'è, anzitutto, la ferma convinzione che la potenza di Dio si arresta di fronte alla libertà dell'uomo; che resta ad essa subordinata quando incontra la dimensione etica e giuridica dell'umanità; che, pertanto, la libera volontà dell'uomo non può mai essere vista, negli ordinamenti secolari e in quello

⁴ *Legge e coscienza*, in *Il mistero del diritto*, vol. III, cit., pp. 47-96.

ecclesiale, quale un ostacolo, ma deve essere piuttosto esaltata come il cammino attraverso il quale essi arricchiscono la propria esperienza e conseguono i propri fini.

Mette conto al proposito riproporre testualmente la lezione appassionata dell'Autore su cosa sia la libertà, su come essa sia fondamento di ogni civiltà giuridica: "[La libertà] nasce e si pone all'origine del pensiero occidentale, e perdura nel suo faticoso sviluppo e nelle sue incertezze, come affermazione della grandezza dell'uomo; un uomo tanto grande nella sua dignità, che per lui valse la pena l'incarnazione di Dio; un uomo fatto, nel suo aspetto spirituale, ad immagine e somiglianza di Dio (secondo una visione religiosa); un uomo divenuto in tal modo, contro tutto il pensiero antico, il punto di riferimento della realtà (secondo una proposta culturale politica)". Ancora: "La libertà resta iscritta per tale via nella visione dell'uomo e del suo rapporto con il mondo. Cresce o decresce con il crescere o con il decrescere dell'apprezzamento della dignità dell'uomo, né sta a sé. In verità, non esiste la libertà ma esiste l'uomo libero; rispettare la libertà significa, pertanto, rispettare l'uomo".⁵ Esigenza, dunque, di guardare alla libertà dal punto di vista dell'uomo concreto, poiché non esiste l'uomo ideale, in una situazione ideale, fuori dal tempo e dallo spazio; ma ciascun uomo vive in un determinato contesto sociale, espressione di un certo grado di maturità e civiltà giuridiche, caratterizzato da una propria visione, da una più o meno ampia differenziazione religiosa.

Per Lo Castro la libertà si pone allora come una verità morale, da ricercarsi costantemente dall'uomo; più specialmente dal cristiano, il cui profilo antropologico, che lo contraddistingue da ogni altro, è, insieme, della ricerca e dell'ubbidienza. Anche in questo specifico ambito non si dà, però, contrapposizione alcuna tra fede e ragione: se, infatti, altro è la fede altro è la ragione, altro l'oggetto dell'una e dell'altra, fede e ragione si integrano nell'unità dell'uomo vivente in tutti i campi in cui questi opera (compreso il giuridico, compresa appunto l'area della libertà). È stato del resto proprio al pensiero cristiano il rovesciamento di antiche posizioni, in cui le strutture delle città ideali erano il metro del bene operare; con il vangelo del Cristo la politica prende invece a dipendere dall'etica, e questa dalla dimensione ontologica dell'uomo che ha radici in Dio. A ragione, al riguardo, lo Studioso de La Sapienza può pertanto attribuire al cristianesimo, alla sua peculiare concezione della primarietà dell'essere umano rispetto alla società, l'averlo considerato ad immagine e somiglianza di Dio, l'ingentilimento dei costumi e l'addolcimento anche degli istituti penalistici, attraverso l'attenta considerazione degli elementi soggettivi dell'uomo, con riferimento alla sua intelligenza e volontà.

⁵ *Diritto e libertà. La libertà religiosa, in Il mistero del diritto*, vol. III, cit., p. 166.

La libertà dell'uomo raggiunge la pienezza in Dio; maggiore sarà la sua autonomia quanto più vera, più fedele, sarà la sua teonomia: è da Dio, è sul fondamento di Dio che l'uomo può rivendicare politicamente la propria autonomia nei confronti dello Stato, del diritto, del mondo; in quanto non deriva da questi e il suo orizzonte etico non è racchiuso nel diritto. Nel pensiero del Nostro è inconcepibile una pienezza dell'essere umano fuori di Dio e contro Dio, che gli ha dato l'essere e nell'essere lo mantiene; nella visione cristiana del mondo, la storia dell'uomo non è la mera storia della sua dimensione naturale, dal momento che questa è iscritta, dall'incarnazione del Cristo, dall'alfa della storia umana sino all'omega della sua realizzazione escatologica, in un cammino di redenzione, solo con riferimento al quale essa può venire intesa nel suo significato più profondo: quello della *lex redemptionis*.

Si comprende allora – e si può agevolmente condividere con Lo Castro – come il diritto posto dall'uomo sia una delle più alte espressioni della sua spiritualità; come esso sia in una perenne tensione verso una meta mai pienamente raggiungibile; come le molteplici manifestazioni della libertà umana – e del diritto che le regola – siano per essenza aperte alla storia, in una problematica e sofferta tensione verso un punto, l'Omega, in cui alla fine l'uomo ritrova, o crede di ritrovare, il senso profondo del suo peregrinare, il fondamento, l'Alfa da cui prese avvio la sua vita.

Negli ordinamenti giuridici moderni è dato invece assistere a un declasamento della concezione dell'uomo, perché ne hanno svilito l'idea da trascendentale metafisico a mera qualificazione formale. Un rischio, che anche l'ordinamento ecclesiale correrebbe ove acconsentisse a una concezione del diritto come a un complesso di regole dettate dalla fede. Paradossalmente, infatti, proprio teorie siffatte risulterebbero le più contigue alle concezioni moderne, che allontanano il diritto dall'uomo, fino a farlo sparire del tutto. Il diritto affermato attraverso la fede non sarebbe più diritto, in quanto fa dell'uomo il punto terminale della sua applicazione, non il compartecipe della vita giuridica, portatore autonomo di istanze giuridiche; analogicamente a quanto è avvenuto, *a contrario*, per il diritto moderno degli Stati, laico per essenza, che ha finito per essere il diritto del potere, fondato su di esso, e al potere soltanto assoggettato: un potere – si noti – affrancato da ogni limite oggettivo.

★

Se quando si parla di libertà, occorre immediatamente prendere consapevolezza del mistero insondabile e inesauribile della condizione umana, la medesima cosa è per il diritto, come per tutto ciò che attiene alle ragioni più profonde della vita dell'uomo.

Il diritto, che è già mistero in tutto quanto dice riferimento a Dio e al-

le sue opere, attraverso la insostituibile mediazione dell'uomo si conferma anzi doppiamente mistero: per Lo Castro, lo è soprattutto nel momento del giudizio processuale, dal momento che questo si risolve ultimamente in Dio, misura e criterio definitivo della verità delle cose materiali e spirituali. Il mistero di Dio mostra la grandezza dell'uomo che giudica, chiamato da un lato a 'catturare' la verità di Dio come metro del proprio giudizio, sottoposto dall'altro alla perenne tentazione di farsi come Dio.

Se il diritto è mistero, come riuscire a configurarlo; in che modo definirlo?

La difficoltà è ben presente al nostro Studioso, il quale, consapevole come nel passato il diritto fosse pensato come dotato di vita propria, autosufficiente, cui bastava il nutrimento delle categorie concettuali mediante le quali era formato, si sottrae alla tentazione di chiudersi in una elegante, ma vacua, costruzione dello stesso. Rifiuta la concezione di un diritto rinchiuso in se stesso, pericolosamente legato al fondamento empirico del potere di chi lo pone; egli esige invece un diritto 'umano', fatto a misura di uomo, di una non sbiadita immagine della giustizia di Dio, suo Creatore.

Per il Canonista catanese il diritto è infatti, in primo luogo, una dimensione ontologica della realtà umana e, per ciò, è anche la immagine terrena del volto di Dio, il modo privilegiato della continua (re)incarnazione nella storia della giustizia di Dio. Egli ammonisce come ogni ordinamento giuridico debba essere sempre visto come un processo di un duplice adeguamento: dell'uomo, bisognoso di giustizia, a Dio; ma anche di Dio, benigno e misericordioso, all'uomo (Viene qui spontaneo ricordare il medioevale *Nihil aliud est aequitas quam Deus*).

Sotto il profilo funzionale, poi, il diritto altro non è che una forma essenziale di attuazione del disegno di Dio sull'uomo: facendo sì che questi abbia quanto gli spetta, là dove gli spetta. Emerge in tal modo la grande tradizione della scienza giuridica canonica, sempre consapevole della funzionalità del diritto nei confronti dell'uomo; per la quale fare diritto era (e dovrebbe ancora essere) opera quasi sacra: significava non imporre una norma come che sia, ma portare la norma, specchio e riflesso della divinità, alla conoscenza dell'uomo, perché la norma possa salvarlo. Lo Castro è pertanto critico nei confronti della canonistica contemporanea, che sembra essersi invece adeguata al modo moderno d'intendere il diritto, dal momento che mostra di identificarlo con la norma, con il comando autoritativo; più in particolare lo è nei confronti della dottrina analogica del diritto canonico, perché dimentica di cosa sia il diritto, di cosa sia il metodo giuridico. Egli sollecita a non dimenticare la gloriosa tradizione della canonistica, per la quale il diritto non tanto era norma, quanto un *dricum agere*, un *agire cum drictura*: una *dricura* i cui presupposti possono essere dettati dalla norma, cercati e rinvenuti nella stessa, ma che possono anche

stare fuori della norma, e, talora, richiedere e imporre comportamenti contrari alla norma.⁶

★

Volgiamoci dunque, più direttamente, al diritto canonico, il quale – secondo Gaetano Lo Castro – va costantemente soppesato sulla *Lex aeterna*; giudicato e valutato in riferimento a Dio, con il suo disegno sulla Chiesa, sul mondo, e, specificamente, sull'uomo. Prima ancora che il diritto delle strutture organizzative della Chiesa, esso è il diritto della Chiesa intesa come il luogo universale della salvezza ('universale', non in solo senso estensivo – di tutti gli uomini –, ma, parimenti, in senso intensivo – dell'uomo nell'interezza del suo essere –); un diritto volto, così, ad attuare in essa la specifica esigenza di giustizia, che è intrinseca e naturale degli uomini pure nella Chiesa.

Il diritto della Chiesa è manifestazione di un'esigenza propria dell'uomo, rispondente al disegno creatore di Dio: si fonda dunque sull'uomo e, in assoluto, nell'ente che partecipa l'essere all'uomo: quando, infatti, si negasse alla Chiesa la sua coestensività con la natura umana, si renderebbe estrinseca la Chiesa e il suo messaggio di salvezza alla stessa condizione umana.

Si dirà dopo, più dettagliatamente, delle giuste riserve dello Studioso sull'opera della codificazione canonica; certo è che anche attraverso questa e la insufficiente idea del diritto inteso come norma, come volontà imperativa, che la accompagnava, si è dimenticata o, quanto meno, messa la sordina – conviene leggere *in extenso* l'incisivo pensiero del Maestro catanese – “all'idea del diritto come ricerca del giusto nel caso concreto, come risposta da dare al bisogno imperituro di giustizia che è proprio dell'uomo, fuori della Chiesa e nella Chiesa; un'idea alla cui affermazione la Chiesa, con il suo radicamento nel disegno salvifico di Dio, con la sua conseguente raffinata capacità di leggere nel mistero dell'uomo e di individuarne i bisogni più

⁶ Alla stregua di questi parametri l'Autore affronta e risolve problemi centrali del diritto canonico e della moderna esperienza giuridica: per l'*ordo Ecclesiae* più specialmente, se sia l'autorità (che si manifesta nelle fonti del diritto e nell'organizzazione del potere) o la libertà (che si manifesta nella concezione del soggetto di diritto) il principio cardine della giuridicità canonica (si veda in *La codificazione del diritto della Chiesa*, in *Il mistero del diritto*, vol. II, cit., specie alle pp. 92 ss.); il rapporto tra pubblico e privato nella configurazione del diritto (cfr. *'Pubblico' e 'privato'*, in *Il mistero del diritto*, vol. III, cit., specie alle pp. 105-106); quello, fondamentale non solo nella cultura e nella teoria generali del diritto ma nella prassi di ogni ordinamento e nel 'vissuto' di qualsiasi diritto, del rapporto tra diritto e dovere. Su questi ultimi aspetti, valga la lucida considerazione conclusiva dell'Autore (*Diritto e libertà. La libertà religiosa*, cit., pp. 190-191): “Pertanto, nella concezione ora esposta del mondo della giuridicità, il diritto e il dovere non appartengono, siccome comunemente si ritiene, a due piani contrapposti – il piano dell'uomo e il piano della cosa pubblica –, ma ad un unico e supremo piano fondamentale, ove essi restano uniti in una superiore sintesi ed in perfetta simmetria, tanto che non è concepibile il diritto senza il dovere e viceversa, né è pensabile la libertà senza il suo limite”.

profondi, può dare e ha dato nel corso dei secoli un contributo poderoso al suo interno e nella società nella quale si è trovata ad operare, in tal modo favorendo una vita giuridica più consona alle esigenze intime dell'uomo; un contributo che rischia di svanire o di perdersi del tutto se appunto del diritto si dà la visione povera e parziale di comando normativo; giacché, ove si riduca il diritto all'atto normativo dell'autorità, la scienza giuridica si preoccuperà o del modo di imporlo e di giustificarne l'attuazione, o del modo di difendersi dallo stesso e di trovare le ragioni per respingerlo".⁷

Ne è seguita una serie di inconvenienti, di storture nel diritto ecclesiale, sapientemente segnalati e approfonditamente studiati da Lo Castro, che limiti di spazio consentono qui di enumerare soltanto: la accentuazione verticale delle fonti di produzione legislativa; il carattere prevalentemente dottrinario del diritto della Chiesa, con la conseguenza che esso appare meno aperto alla vita, chiuso nei suoi atti normativi, e mirare all'autoconservazione; un'accentuazione in esso della linea istituzionale con la conseguente prevalenza del diritto pubblico sul privato; un minore apprezzamento del diritto naturale, messo in cantuccio o richiamato quasi per rito. Molto netto e forte – ma pienamente condivisibile – è il giudizio dello Studioso al riguardo: si ha un bel dire che la legge della grazia, nella quale sembra riposare l'ordinamento della Chiesa non nega la legge della natura, se poi la dimensione essenziale dell'uomo (can. 87) non viene riconosciuta dal diritto. È che, volendo concludere sul punto, la Chiesa, il suo ordine giuridico, si costruirebbero e poggerebbero sulla norma e sulla sua dinamica (una dinamica senza dubbio attenta alle ragioni della persona), non sul soggetto e sulle sue esigenze; le quali sarebbero soltanto oggetto di regolazione giuridica non punto di riferimento della stessa.

Da qui l'accorato appello del Collega e maestro, che è caro a tutti noi, invito che raccogliamo volentieri, a non attenuare nella Chiesa la sua coestensività con la natura umana, a non rendere estraneo il suo messaggio di salvezza alla condizione degli uomini, a riposizionare il Diritto canonico – come sopra inteso, con la maiuscola pertanto – *nella* Chiesa, luogo di salvezza uni-

⁷ *Responsabilità e pena nel diritto della Chiesa. Premesse antropologiche*, in *Il mistero del diritto*, vol. III, cit., p. 198. Appare pertanto del tutto giustificato il giudizio dell'Autore (*op. ult. cit.*, p. 220) che il contributo della canonistica alla delineazione della imputabilità e della responsabilità soggettiva nel diritto penale sia stato il maggiore e migliore suo aspetto. La più che millenaria storia del pensiero giuridico occidentale dimostra come non si dia reale progresso della scienza giuridica se non nella direzione di una sempre più attenta valutazione della responsabilità umana. In questo la Chiesa è stata davvero maestra, con la proposizione di principi astratti in sede teologica e filosofica, e, in sede giuridica, con una diuturna e capillare valutazione dell'azione umana, unita ad una connaturata simpatia per l'uomo debole, che nel delinquere o nel peccare dimostra di essere bisognoso d'aiuto e di correzione, anche grazie all'applicazione della pena.

versale, che – come si è visto *supra* – riguarda l'uomo nell'interezza del suo essere, e a orientarlo sempre, con ancora maggiore convinzione, con più continua determinazione di quanto accaduto sinora, ad attuare anche nella società ecclesiale l'esigenza di giustizia intrinseca e naturale degli uomini.

★

Ancorato sull'uomo, il diritto è in perenne divenire: perché inesauribile è la conoscenza dell'uomo, fondamento e oggetto di riferimento ultimo della unica vera giustizia, quella di Dio. Ne conseguirà così, per Lo Castro, che il diritto umano sarà sempre in perenne tensione verso una meta che non sarà mai pienamente raggiungibile, immersa misteriosamente nel mondo, la quale però lo trascende in modo radicale; ne deriverà, altresì, che il problema principale per il giurista diventi il come conciliare la statica con la dinamica del diritto: la prima, richiesta dalla sua funzione essenziale, di guida oggettiva dell'operare umano; la seconda, richiesta dall'essenziale storicità del diritto e della sua attuazione. Ne consegue, infine – forse l'aspetto più impegnativo e inquietante nel rapporto tra il diritto e l'uomo; tra autorità e libertà – la permanente problematicità e storicità della soluzione. L'uomo non può immergersi nella profondità della divinità se non in un continuo *fieri* e in una prospettiva di soluzione sempre provvisoria: donde, appunto, per un verso l'essenziale storicità della norma, del diritto, dello Stato; e, per un altro verso, la problematicità, parimenti essenziale, dell'esercizio della libertà per un corretto governo dell'autonomia spirituale e morale dell'uomo.

In questo continuo divenire e mutare della storia, per la complessità e ricchezza dei molteplici aspetti che toccano l'uomo, solo l'intera *esperienza giuridica*, nella totalità dei suoi formanti, risulta il fenomeno giuridico capace di contemplarli tutti, di tutti regolarli. Il diritto va infatti visto nella complessità dei suoi motivi vitali; non vive da sé, non si dà da sé: esiste soltanto come vita giuridica, la quale si risolve da ultimo – e solo così, compiutamente – nella esperienza giuridica globale, quella che tocca l'uomo, in un determinato tempo, in un dato luogo. Ma siccome la vita giuridica è fatta dalla norma e dalla sua attuazione, dalla sua accettazione e conoscenza, ne deriverà – ecco la stringente conclusione dello Studioso catanese – che non si dà diritto nella esperienza giuridica concreta che non venga interpretato.

Le pagine che Lo Castro dedica all'interpretazione sono illuminanti. Non se ne può dare qui conto compiuto; ma come non segnalare ch'essa è, per Lui, la sola norma vivente nell'esperienza giuridica; che interpella tutti e tutti coinvolge sino a farne una diffusa, comune opera sapienziale; che, ancora, essa è una dimensione spirituale esclusiva dell'uomo; che deve essere costantemente ispirata ai principi di equità (*iureconsulti, qui arbitri aequitatis vocati sunt*), perché, altrimenti, si avrebbe soltanto una parodia dell'interpretazione.

Da qui, s'intende, il ruolo alto e nobile della scienza giuridica, la quale tutta consiste – è bene metterlo subito in chiaro – nell'essere scienza dell'interpretazione e tutta si esplica nel dovere di essere ligia al diritto dato, all'intera esperienza giuridica. I riferimenti dottrinali di Lo Castro sono probanti, da lui applicati con coerente fedeltà in tutto l'arco della sua penetrante ricerca. Da quello di Windscheid, per il quale l'onore della scienza giuridica sta nel fatto che essa serva a qualcosa, e questo qualcosa è, alla fine, il bene individuale e sociale dell'uomo, quale che sia poi la natura di tale bene: spirituale o materiale; a quello, altrettanto esemplare, del Capograssi, secondo il quale è la scienza la vera fonte del diritto; essa è veramente produttrice del diritto: si potrebbe quasi dire, se non sembrasse un paradosso, che è l'unica vera fonte di diritto nell'esperienza giuridica.

Per Gaetano Lo Castro la scienza giuridica ha il compito di rischiarare le zone d'ombra lasciate dal legislatore, di tenere aperto il sistema normativo al flusso della storia. Non può contentarsi di delineare una giustizia astratta: dovrà invece adoperarsi perché la giustizia s'incarni, sia vissuta e perseguita nella concreta realtà esistenziale dell'uomo; anzi, tanto più potrà dirsi che abbia raggiunto il suo scopo quanto più riuscirà a far vivere la giustizia nel concreto, con riferimento e nel rispetto dell'essenza ultima dell'essere personale dell'uomo.

Da qui, il rifiuto di ogni eccesso di dogmatismo, esiziale anche nel settore della legislazione; delle partizioni dogmatiche, belle nella loro geometricità, ma che non sempre hanno riscontro nell'esperienza giuridica, della quale nascondono sovente i veri problemi. Ma attenzione, anche, da un lato al diritto visto come proposizione aprioristica di principi assoluti e immutabili, a ogni narcisismo della norma che postuli la certezza e la completezza dell'ordinamento giuridico; rifiuto, dall'altro, dell'opposta tendenza della scienza giuridica contemporanea, attenta ai soli profili pratici del diritto; attrezzata a considerarlo con una visione di fondo antimetafisica, con mere analisi sociologiche, empiriche, semiotiche, che considererebbero nel diritto l'oggetto adeguato ad una indagine scientifica molto vicina a quelle di natura sperimentale. Si correrebbe invero il rischio di considerare il diritto come uno dei tanti linguaggi del mondo, precisamente il linguaggio del potere, da valutare nel suo dispiegarsi come fenomeno, non nel suo valore. Ricorrente tentazione della cultura è infatti – bene sintetizza il nostro Studioso – quella di fondare la metafisica nella scienza della conoscenza: oggi, poi, in prevalenza di quella solo scientifica-tecnologica.

★

In questo meditato e ampio orizzonte culturale, in cui Gaetano Lo Castro assume il diritto, lo interpreta e lo fa vivere in una continua e dinamica esperienza giuridica; specialmente quello della Chiesa, costantemente chiamato

a farsi salvezza per l'uomo nel concreto della sua vita; un diritto ecclesiale, universale e complesso, del già e di un futuro escatologico sempre da assumere, si può facilmente intendere come per Lui l'opera delle due codificazioni, quella del 1917 e la più recente giovanneo-paolina, pur preziose nella qualità tecnica e nella strumentalità operativa, siano risultate meno capaci di cogliere il flusso, permanentemente esondante, di tutta la giuridicità della Chiesa.

Della codificazione presenta i numerosi limiti; consapevole che occorra sempre ritrovare la interazione tra diritto e uomo nella società ecclesiale, il nostro Studioso esprime una chiara preferenza per la *scientia iuris* classica del dottori medioevali, per lo *ius decretalium*, per l'aureo *Corpus iuris canonici*: la prima, per la plurisecolare maniera peculiare di applicare il diritto nella Chiesa, che richiamava la splendida ed insuperata esperienza romanistica, con la sua aderenza alla realtà dei rapporti, con le soluzioni tratte dalla natura delle cose, con la cautela nelle definizioni, con una visione del fenomeno giuridico tendente all'oggettivo, con l'osservanza della tradizione, mirabilmente unita con la capacità di superarla, per rispondere alle concrete esigenze della giustizia; il *Corpus*, in quanto riuscì ad immettere, nella soluzione di problemi giuridici pratici, la visione antropologica della dottrina cristiana, così attenta agli stati giuridici soggettivi, alle disposizioni interiori, alla responsabilità che va oltre ogni formalismo: è stato per tal modo che il diritto canonico ha potuto rappresentare un eccezionale e insuperabile fattore propulsivo del diritto *tout court*.⁸

★

Attori e protagonisti de *Il mistero del diritto* sono dunque Dio e l'uomo: la giustizia di Dio, che per meglio farla conoscere e vivere dall'uomo, si è fatto uomo Egli stesso; la finitezza dell'uomo, che nella complessità e nel travaglio della esperienza giuridica della umanità di ogni epoca, del passato e del presente, sa bene che solo se guardi all'Infinito, all'Assoluto della giustizia, può fondare e giustificare la propria dignità, viverla in pienezza.

La storia dell'uomo, in definitiva, e il tempo di Dio; il presente e l'escatologico; il diritto, tutto il diritto, e la *salus animarum*. Più specialmente, così, il diritto ecclesiale, perché è la Chiesa ad essere stata voluta dal Cristo per essere luce, anche di giustizia, nel cammino dell'umanità.

Coglie bene tutti questi profili Gaetano Lo Castro, le cui pagine contribuiscono per davvero ad illuminare il cammino dell'uomo, del diritto e della

⁸ Alla codificazione del diritto della Chiesa, i cui risultati sono stati l'arricchimento del suo patrimonio giuridico e l'allargamento degli orizzonti del diritto e della giustizia, ma che non ha evitato l'ostacolo di essere considerata come l'unica, esclusiva loro fonte, e di far pensare al diritto ecclesiale come alla manifestazione della volontà autoritativa del solo legislatore, l'Autore ha dedicato pagine mirabili: si leggano in *La codificazione del diritto della Chiesa*, in *Il mistero del diritto*, vol. II, cit., pp. 77-95.

Chiesa verso Dio; si sforzano, con intelligenza anche di cuore, di fare dialogare in riuscita armonia, scritta sulle note della giuridicità, il piccolo mistero dell'uomo con il Mistero assoluto di Dio.

A mezzo tra questi poli stanno la Chiesa e il suo diritto; il cui profilo costituzionale diverrà allora, precisamente, quello di saper coniugare la propria esperienza giuridica con il suo fondamento; il riferirsi a Dio, ma anche, ugualmente, all'uomo. Per il nostro Studioso il problema centrale del diritto nella Chiesa è infatti la ricerca del giusto equilibrio fra quanto nella Chiesa è dato e la dimensione personale dell'uomo; fra quanto in essa è costruito e il soggetto che la costruisce.

Precisamente a questo serve il diritto ecclesiale, il diritto della redenzione dell'uomo; ma salvezza soltanto si darà – ammonisce ancora Lo Castro – quando si realizzi una giusta relazione tra l'uomo e Dio: se l'uomo sappia rivendicare il proprio primato sull'universo non negando il mondo, la Chiesa, il diritto oggettivo e Chi li ha costituiti e li arricchisce nel divenire storico; sappia altresì comprendere che Dio non ha voluto compiere l'opera della redenzione da solo – e tanto meno può compierla la Chiesa da sola –, senza di lui o a scapito della sua libertà.

La giustizia umana, dunque tutta la giustizia, *iuxta Deum*. Al nostro Studioso, così appassionato di Dio, non è peraltro sfuggito che Dio è soprattutto amore. La sua splendida trilogia sul mistero del diritto è orientata anzi costantemente a questo; in questo radica, in efficace sintesi conclusiva, il proprio alto insegnamento, che “La carità, l'amore, non rendono superflua la giustizia, né la trascendono, bensì costituiscono lo specifico modo di essere e di vivere nella Chiesa [...] la giustizia, sublimandola dall'interno. La carità, dunque, non è alternativa. Né superiore alla giustizia [...]; ma è, all'interno di determinati ed elevati orizzonti di vita, il modo in cui la giustizia va vissuta, il modo cioè in cui l'uomo in tali orizzonti si rapporta con gli altri uomini, come se la carità fosse lì divenuta il nome stesso della giustizia”.⁹

Dio è anche la Verità: vero deve pertanto essere il diritto ecclesiale, sempre; tale riuscire permanentemente per il suo interprete. Solo così – ho sempre pensato – si giustificano la antica *regula credendi* del popolo di Dio; l'inserimento nel codice vigente del libro III, intitolato al servizio della Chiesa di insegnare la verità, di predicarla e di viverla. Il canonista avvertito non può dunque non esigere che la giustizia nella Chiesa sia soprattutto vera; credibile perché tale.

Tutta l'opera di Gaetano Lo Castro, il canonista illustre che oggi onoriamo, non si è sottratta mai a questo alto ideale, a questo profondo afflato spirituale, a questo compito salvifico; ne ha fatto il costante criterio ermeneutico del suo ricco magistero di studioso. Del suo pensiero si può

⁹ Prefazione. *Il mistero del diritto*, in *Il mistero del diritto*, vol. I, cit., pp. 12-13.

affermare, così, che esso è vero e con Karl Barth concludere che “Il pensiero, quando è vero, è pensiero della vita, e in ciò e per ciò, è pensiero di Dio”.¹⁰

¹⁰ K. BARTH, *L'epistola ai Romani* (1922²), a cura di G. Miegge, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 408.

SUL CONCETTO DI DIRITTO NEL PENSIERO DI GAETANO LO CASTRO*

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M.

PAROLE CHIAVE: Gaetano Lo Castro KEYWORDS: Gaetano Lo Castro

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. — 2. Il mistero del diritto e la giustizia. — 3. Il rapporto del diritto con Dio e con l'uomo. — 4. Il diritto nella Chiesa. — 5. Notazioni conclusive.

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

DI regola le raccolte di studi di un medesimo autore vanno salutate con favore, perché facilitano la consultazione complessiva della sua opera. Tali pubblicazioni acquistano poi uno speciale valore aggiuntivo qualora vengano curate dallo stesso autore, che provvede a organizzare gli scritti, a rivederli nella misura del necessario, a preparare eventualmente delle introduzioni che mettano in luce le chiavi di lettura dell'insieme. E ancor più utili risultano queste collezioni quando il pensiero sottostante è dotato di solida unità, ed inoltre non si dispone di una fonte alternativa sufficientemente globale. Tutto ciò si verifica in questi tre volumi del professor Gaetano Lo Castro, ai quali peraltro ben si addice il nome di trilogia, in quanto in ognuno di essi si presenta lo stesso *leitmotiv* con diverse angolature e problematiche specifiche. D'ora in poi disponiamo di uno strumento idoneo per accedere molto più agevolmente alle fondamenta della sua intera produzione giuridica. Occorre ringraziare l'autore per il lavoro compiuto, ed altresì congratularsi con il Professor Rinaldo Bertolino, come direttore della collana, perché ancora una volta ha saputo venire incontro a una vera necessità scientifica.

La lettura di questi contributi è stata per me un'occasione per confermare le mie impressioni precedenti: nella voce inconfondibile dell'autore la ricerca del rigore intellettuale è inseparabile da un'autentica passione per la verità; il lavoro da giurista si apre costantemente all'universalità dell'essere; l'ampiezza dell'orizzonte culturale, che comporta il ricorso a tutte le fonti che parlano del diritto (dalla scienza giuridica, canonica e civile, fino alla filosofia

* Intervento nella presentazione alla Pontificia Università della Santa Croce, il 25 ottobre 2012, della trilogia di Gaetano Lo Castro su *Il mistero del diritto* (Giappichelli, Torino 1997-2012). Le citazioni fanno riferimento al numero del volume e alle pagine.

e alla teologia, senza trascurare la letteratura) non è mai mera erudizione né abbellimento estrinseco; l'andamento del suo tipico stile, caratterizzato tra l'altro dalla frequenza dei periodi lunghi, diventa veicolo per coinvolgere nel senso della ricchezza e della complessità del reale; e questo senso si fonda non su inutili complicazioni mentali bensì su un realismo profondamente consapevole di quanto il reale superi la nostra ragione. Per leggere Lo Castro è indispensabile una certa dose di pazienza, ma una volta che ci si inserisce nel suo discorrere, esso risulta anche gradevole. Non posso dimenticare il vero piacere intellettuale che mi procurò la sua monografia sulle prelatore personali, un tema ben circoscritto ma nel quale vi è tutta la sua personalità di studioso. E la presente trilogia dei volumetti, come egli li chiama con modestia non affettata, mi ha fatto rivivere la stessa esperienza.

Oltre alla riprova di tutto ciò, la presente opera mi è servita specialmente per meglio comprendere ed assaporare l'unità del pensiero, la quale si rispecchia perfettamente nel titolo scelto: *Il mistero del diritto*. Unità non significa indebita semplificazione, agli antipodi dello spirito dell'autore, ma tensione verso l'autentica semplicità, inseparabile dal vero. Più elevata è la contemplazione della realtà meno idee si usano per afferrarla, giacché si adotta la prospettiva davvero principale.¹ Nel mio intervento intendo prendere quale filo conduttore proprio l'idea centrale dell'opera, ossia la nozione di diritto che essa presuppone e mette continuamente in gioco. Certamente ci sarebbero altri filoni, anch'essi molto rilevanti, da esplorare: si pensi al rapporto tra il diritto e Dio, oppure alla relazione tra il diritto e la persona umana. Ci si potrebbe anche soffermare sul problema concernente il posto del diritto nella Chiesa. Ebbene, mi pare, e mi auguro di poterlo mostrare in seguito, che questi ed altri approcci siano da ricondurre a quello fondamentale, indicato dallo stesso autore, particolarmente nel titolo della trilogia, e anche nella prefazione del primo volume e nell'introduzione del terzo.

2. IL MISTERO DEL DIRITTO E LA GIUSTIZIA

Il mistero del diritto: ecco in estrema sintesi l'autopresentazione dell'idea capitale. L'accostamento tra i concetti di mistero e di diritto è piuttosto inconsueto, anzi potrebbe sembrare insanabilmente contraddittorio. Una qualche relazione del diritto con il mistero – ad es. del diritto al servizio del mistero della Chiesa – la si può ammettere facilmente, purché ovviamente si abbia il senso della trascendenza. Ma l'affermazione di Lo Castro è più radicale: il diritto è mistero; e questa posizione può apparire eccessiva. Infatti, com'è possibile che uno strumento umano costituisca una realtà che trascenda l'uomo stesso? Ciò non comporta una confusione tra l'umano e il divino?

¹ È una convinzione presentata con vigore da J. BALMES, *El criterio*, cap. XVI, § 7, a partire dalla dottrina di San Tommaso d'Aquino.

A questo punto occorre cedere la parola all'autore, il quale esordisce nel primo volume con una tripla tesi fondamentale. In primo luogo, «il diritto è mistero se considerato come un trascendentale dell'essere umano. Come dato empirico, viceversa, il diritto potrà costituire un problema (o porre problemi) ma non un mistero, una realtà che racchiude e propone verità e profili trascendenti l'uomo, che possono essere sondati ed indagati, ma mai del tutto penetrati e compresi» (1, 1). In secondo luogo, si precisa ulteriormente «il primo e il più essenziale aspetto del mistero del diritto: la norma si impone all'uomo, ed è percepita come "diritto", se è ed appare espressione di una realtà assoluta, trascendente la norma stessa; solo per questa realtà la norma diventa "diritto", al quale l'uomo sente di potersi e di doversi assoggettare, di potere rimettere la propria libertà, senza che la sua dignità non solo non sia sminuita, ma resti al contrario affermata» (1, 2). La terza tesi precisa di più quell'assoluto: «Ma cos'è questo assoluto che fa della regola il "diritto", l'assoluto in che si concreta il diritto; l'assoluto che dovrebbe emergere dalla regola particolare; quell'assoluto verso cui l'uomo deve ubbidienza senza avvertire costrizione, verso cui l'uomo dirige la propria coscienza e la propria azione a volte oltre la regola o contro la regola? Questo assoluto, come vedremo, prende il nome di giustizia. Esso rappresenta propriamente il mistero del diritto, per sciogliere il quale l'uomo si impegna nella ricerca del significato ultimo e più profondo della propria vita di relazione o di uno dei suoi più importanti profili» (1, 2).

Ma se il mistero del diritto consiste nella giustizia, non si avverte in questo approccio la tendenza a farli diventare sinonimi? Difatti alcune volte "il Diritto", contrariamente agli usi italiani più abituali, viene scritto dall'autore con la maiuscola, e viene così quasi identificato con la giustizia. Nel cercare di chiarire questo rapporto, premetterei che il pensiero di Lo Castro rifugge da rigidi schematismi concettuali, secondo un'ottica d'indole sapienziale, lontana da ogni sistematica razionalistica. D'altra parte, vi è una distinzione che aiuta ad intendere le sue vedute: egli più volte insiste sulla dualità tra il piano empirico e il piano trascendente. Lo stesso diritto può essere visto in questi due modi: «Di fronte alla diffusa convinzione che il diritto altro non sia se non la norma empirica, in quanto legge, in quanto cioè prodotta dalla volontà autoritativa del potere (nello Stato, ed anche nella Chiesa), sta dunque l'idea che il diritto non è veramente tale se non è giusto, se, in altri termini, non affermi la giustizia e ad essa non conduca; e che primo compito del potere è dunque di assoggettarsi a questa, di inchinarsi al mistero del diritto e della giustizia, di non pretendere che sia da ritenere giusta qualunque norma per il fatto che esso la abbia voluta o sia riuscito ad imporla» (1, 9-10). Mi pare che con il riferimento alla giustizia si indichi direttamente l'assoluto che sottende l'intera realtà giuridica, mentre con il nome di diritto si intenda piuttosto alludere alla realtà empirica del fenomeno giuridico in

quanto essa è vitalmente legata all'assoluto della giustizia. In questo senso, la chiusura del diritto alla giustizia lo degrada fino al punto di non essere più vero diritto: «Il diritto, infine privato del suo mistero, desacralizzato, secolarizzato, non è più un'ideale da servire, una meta da raggiungere, ma decade a strumento empirico per il perseguimento di fini pur essi empirici» (I, 7). «E come negare che la crisi del diritto, che travaglia la società contemporanea, è dovuta anche al fatto che gli uomini anonimi comuni, e forse anche gli interpreti qualificati, abbiano perduto il nord della giustizia» (I, 166).

Sarebbe però assai sbagliato concludere che il nostro autore, situandosi nell'assoluto dell'idea di giustizia, non valorizzi la componente empirica della vita giuridica. Il suo intento è precisamente il contrario: evidenziare e potenziare la componente di giustizia che esiste in ogni fenomeno autenticamente giuridico. A questo proposito, deve essere ricordata una delle sue idee più tipiche, concernente il diritto come esperienza giuridica. Direi che proprio la coscienza del diritto come trascendentale dell'essere umano gli consente di superare il positivismo normativista, l'equazione cioè tra diritto e norma positiva che, malgrado tante confutazioni, continua ad essere dominante nel pensiero giuridico del nostro tempo.

Cediamo ancora la parola all'autore: «Le presenti pagine sono dominate anche dall'idea che il fenomeno giuridico non è solamente, né precipuamente, il comando, la norma, e neppure l'“ordinamento” nel quale le regole sono organizzate in sistema, siccome usualmente s'intende, ma è l'intera “esperienza giuridica”, cui certo vanno ascritti i comandi, ma come parte di un tutto assai più complesso; dall'idea, in altri termini, che il diritto non si dà in sé, ma esiste soltanto come vita giuridica, la quale si risolve in esperienza giuridica e si svolge non soltanto, e forse neppure principalmente, nelle sedi di legiferazione, ma nelle aule dei tribunali, negli uffici burocratici, nel fitto tessuto delle relazioni intersoggettive di cui è composta la vita umana, regolata dalle norme, ma ispirata in primo luogo dal superiore criterio della giustizia» (I, 13-14). E come afferma in un altro luogo: «tutto sta a non identificare *norma* e *diritto* (*normatività* e *giuridicità*), il diritto essendo dato solo da norme giuste (e certe), e pertanto soltanto come tali propriamente giuridiche; tutto sta a pensare che il diritto, componente indefettibile della condizione umana, vive nell'orizzonte sostanziale della *giustizia*, anziché in quello formale della prescrizione normativa: donde la sua essenziale problematicità» (III, 42).

Si noti come viene superata la solita contrapposizione tra diritto e vita, secondo la quale il diritto, pur avendo naturalmente molteplici nessi con la vita, non è in se stesso vita. Tale visione è una conseguenza ineludibile del normativismo, che separa la nozione del diritto dall'esperienza e dalla vita, concependolo come una sorta di sovrastruttura che esiste come tale nel mondo ideale di un dover essere non fondato sull'essere. Si noti altresì

la portata dell'esperienza giuridica che viene presa in considerazione, non limitata a quella che scorre nell'alveo ufficiale dei processi e delle procedure formalizzate. Senza disconoscere la speciale rilevanza di queste espressioni della vita giuridica, il discorso abbraccia l'intero tessuto delle relazioni umane in quanto non solo vengono regolate dalle norme ma si ispirano alla giustizia. L'uomo assume così a vero soggetto del diritto, essendo il diritto «patrimonio comune di tutti gli uomini» (I, 15).

Ad uno sguardo superficiale Lo Castro potrebbe apparire come un teorico le cui speculazioni sul diritto hanno poco a che vedere con la pratica giuridica. Il giurista positivo, per usare quest'espressione poco felice che rispecchia però tanto bene tutto un modo d'intendere il diritto, non avrebbe nessun interesse a queste considerazioni a prima vista lontane dai suoi interessi caratteristici, sia operativi sia scientifici. Invece, sono convinto che in queste pagine si possano trovare luci essenziali per affrontare tutte le questioni del mondo del diritto, anche perché la trattazione rimane sempre specificatamente giuridica, fedele al suo oggetto proprio, visto e nella sua misteriosità e nella sua realizzazione nell'esperienza. Oserei pertanto affermare che Lo Castro è veramente pratico, non certamente perché esamini questioni puntuali allo scopo di risolvere determinati casi, ma perché offre un contributo per impostare adeguatamente qualsiasi problema. La sua teoria non esce mai dall'orizzonte giuridico, fondendolo ad esempio con quello politico o morale, per cui il giurista autentico, quello che non si chiude nel sistema delle norme positive, troverà molta ispirazione in quest'opera.

Pur essendo il diritto e la giustizia intimamente compenetrati, rimane una dualità che permette di rendere conto della complessità della realtà giuridica, evitando sia una assolutizzazione astorica sia una riduzione meramente empirica. In questa cornice non può sorprendere che venga predicato del diritto il concetto di strumento: esso viene esplicitamente presentato come «lo strumento adeguato per l'attuazione del giusto» (II, 10). Ma siccome le esigenze del giusto «affondano le loro radici nel mistero dell'uomo libero (espressione del mistero stesso di Dio), la loro conoscenza non potrà mai essere perfetta o esaustiva, né potrà mai appagarsi dei risultati raggiunti, che saranno piuttosto sempre provvisori. In breve: nella sua più riposta essenza il Diritto è un valore problematico che si attua nella storia, se problematico è individuare il "suum" oggetto della giustizia; se non si vuole lasciare tale compito all'arbitrio di chi detiene il potere ("al più forte")» (II, 11).

In questo approccio il carattere problematico del diritto non è semplicemente quello connesso all'esplicitazione e armonizzazione del sistema normativo empirico; è invece un tratto essenziale che si lega alla sua misteriosità, vale a dire al suo essenziale nesso con la giustizia. Molto ricorrente in Lo Castro è la sottolineatura del fatto che nel divenire del diritto non si riesce mai a raggiungere compiutamente la meta della giustizia, rimane sempre

una tensione verso un obiettivo che non si lascia afferrare compiutamente quale possesso definitivo. Alla radice di quest'autentica umiltà del sapere vi è un vero realismo, secondo il quale «non il concetto è fondamento della realtà, ma la realtà del concetto» (II, 151). Sarebbe perciò fuorviante scambiare la consapevolezza della problematicità della nostra conoscenza del diritto e della giustizia con qualsiasi forma di scetticismo o relativismo: anzi, è proprio la coscienza e dell'assoluto e dei nostri limiti ad ispirare una concezione che cerca continuamente di adeguarsi al mistero del diritto nella sua specificità giuridica, nella sua complessità e grandezza (cfr. I, 16).

Nei concetti di diritto e di giustizia adoperati dal nostro autore si contiene un'intera metodologia giuridica, che distingue e collega costantemente il piano empirico e quello trascendente, la storia umana e l'assoluto. Leggiamo un esempio di applicazione di questo metodo: «Ora cosa c'è di divino nella proposizione umana che si assume contenere diritto divino? Non è certo attribuibile a Dio la sanzione prevista dall'uomo per il mancato rispetto del valore divino tutelato; né sono a Dio imputabili le altre conseguenze ipotizzabili nella concreta esperienza giuridica umana; ma non è neppure attribuibile a Dio la traduzione in termini normativi umani del valore divino che la prescrizione vuole proteggere. La prescrizione "non uccidere", esistente in tutte le esperienze giuridiche, è la trascrizione in termini normativi umani del valore divino della vita umana, è il modo umano d'intendere e di proteggere tale valore (...)» (I, 50-51). Come ribadisce più avanti, «qui non si tratta in alcun modo di sminuire la forza della prescrizione che propone un valore divino, quanto di affermare la trascendenza di tale valore rispetto alle categorie normative terrene, la sua specifica normatività, la storicità (vale a dire: il condizionamento alla difettività dell'uomo) del diritto, infine la sua radicale misteriosità; una misteriosità che non è solo del c.d. diritto divino, ma pure del c.d. diritto umano, perché tutto il diritto, come del resto l'intera esperienza giuridica, direttamente o indirettamente (attraverso l'uomo) riguarda Dio e la sua opera» (I, 54-55).

3. IL RAPPORTO DEL DIRITTO CON DIO E CON L'UOMO

Non a caso il primo capitolo del primo volume della trilogia s'intitola «Il mistero del diritto divino» (I, 19-62). A differenza di tante trattazioni incentrate sul rapporto tra diritto divino e diritto umano, questo saggio si occupa prevalentemente del diritto divino in se stesso. La risposta, presentata mediante un'analisi assai articolata, va al cuore della questione: «Immergersi nel mistero di Dio è il fine supremo della conoscenza umana, ed è dunque la regola che deve guidare la conoscenza del diritto divino, che altro non è se non lo stesso Dio; le norme empiriche per l'azione scaturiranno indirettamente, come corollari della conoscenza di Dio» (I, 41). Nel pensiero di Lo Castro, il

diritto viene sempre preso nella totalità delle sue manifestazioni, includendo certamente il diritto nella Chiesa, ma senza limitarsi ad esso. Non fa eccezione la presentazione del diritto divino, quale «problema universale», per cui esso non può essere ristretto alla Chiesa, ma riguarda «l'intera esperienza giuridica e l'uomo in quanto tale, non soltanto in quanto credente» (I, 50). In questo senso, il problema del diritto divino consiste nel «vivere l'esperienza giuridica, in modo da rispettare i valori divini connotanti misteriosamente l'intera realtà umana, nel suo aspetto naturale ed in quello soprannaturale, raccolti o non raccolti che siano in una formula normativa» (I, 49).

Questa comprensione del diritto divino porta a cogliere la presenza del divino nell'umano, e di conseguenza l'indole misteriosa dell'uomo e anche di tutte le creature. Neanche è casuale che la raccolta si concluda con uno studio su «il mistero del processo e il giudizio» (III, 223): in questo settore, visto spesso in chiave meramente tecnica, di puro artefatto, si può e si deve scorgere l'uomo e quindi Dio. L'intera creazione è poi misteriosa: «l'uomo non riesce a penetrare e ad intendere in modo compiuto neppure l'essere delle cose naturali, le quali, per qualche aspetto, sono anch'esse misteriose, perché anch'esse partecipano del mistero di Dio, sono divine» (I, p. 36).

Dicevo che lo scritto sul diritto divino, che – sia detto per inciso – è un capolavoro destinato a rimanere come espressione singolarmente matura dell'accostamento della canonistica del nostro tempo a tale difficile argomento, non è incentrato sul rapporto tra diritto divino e diritto umano. Ma proprio perché il punto focale è lo stesso diritto divino, si getta molta luce su tale rapporto: «il c.d. problema del diritto divino consiste, per l'uomo, nell'identificare le vie attraverso le quali egli può portare in Dio, nel mistero divino, il diritto di cui egli stesso vive ed ha responsabilità; un diritto che è in sé umano, pur trattandosi sempre di profili direttamente o indirettamente riferibili a Dio, e che, per traslato, possiamo chiamare divino, se ed in quanto rifletta il diritto divino. Ciò naturalmente suppone la convinzione per cui l'uomo senza Dio non esiste, e quanto di più da lui si allontana, tanto più egli perde d'umanità; che il diritto umano avulso da Dio in realtà non è diritto; ma anche la persuasione che non vi sono due sistemi giuridici contrapposti, che possono fregiarsi alla pari del titolo di diritto, ma vi è un solo diritto, come vi è una sola giustizia, e che tanto più tale diritto, tale giustizia, sono diritto e giustizia, quanto più essi sanno di divinità» (I, 42-43).

In queste pennellate sul rapporto tra il diritto e Dio è già emerso più volte quello tra il diritto e l'uomo, il che riflette un pensiero in cui il mistero di Dio e il mistero dell'uomo sono inseparabili, sia sul piano naturale che su quello soprannaturale. La persona umana occupa senz'altro un posto fondamentale in questa visione del diritto, e lo si avverte specialmente dai lavori consacrati alla persona, inclusi nella parte II del volume II: «La persona nella Chiesa» (II, 97). Eppure questa concezione antropologica è sempre costitu-

tivamente teologica, è impregnata del senso del mistero di Dio creatore e redentore. Ne deriva che la stessa antropologia è metafisica, come si evince da queste parole: «nell'uomo, come essere in relazione, e nella libertà che lo connota, il diritto trova il suo metafisico fondamento, sia il suo profondo significato, sia la causa motiva e finale della sua conoscenza (*ubi homo, ibi ius*). Esso è propriamente un trascendentale dell'essere umano, nel senso che l'uomo non può essere pensato indipendentemente da una connaturata esigenza di giustizia e dal diritto che serve ad affermarla. In tal senso si parla di basi antropologiche del diritto. Secondo tale concezione il diritto non è monopolio del legislatore che statuisce le norme (o della società cui per traslato sono attribuite), né di chi applica le norme, ma è patrimonio comune di tutti gli uomini, tutti gli uomini essendo chiamati a vivere "*secundum ius*", che è come dire: a vivere secondo giustizia, naturalmente con le diverse responsabilità e funzioni che a ciascuno competono» (II, 8-9).

4. IL DIRITTO NELLA CHIESA

Non occorre in questa sede dimostrare il valore della vasta produzione di Gaetano Lo Castro come canonista e come ecclesiastico. Il suo pensiero, specie quello contenuto nella presente trilogia, sembra però continuamente andare oltre tali discipline, e muoversi in una sfera d'indole fondamentale. Nel contempo potrebbe aversi l'impressione, per quanto riguarda in particolare la canonistica, che questo discorso, tutto incentrato sul diritto e la giustizia nella sua massima ampiezza, interessi poco al canonista, attento alla sua specificità intraecclesiale. In proposito si potrebbe osservare che l'autore mostra un'acuta sensibilità per le questioni più tipiche del diritto ecclesiale (si pensi ad es. al saggio sui laici, interamente rielaborato per questa pubblicazione: cfr. II, 153- 184), e tiene costantemente presente la sua specificità materiale e il suo inserimento nell'economia soprannaturale della salvezza in Cristo.

Vi è però un'altra risposta che tocca direttamente il nucleo del problema. Infatti, il mistero del diritto e della giustizia rappresenta una questione estremamente importante per i cultori del diritto canonico, semplicemente perché quest'ultimo è davvero diritto. L'autore, da profondo conoscitore ed amante del diritto nella Chiesa, avverte l'esistenza di una crisi al riguardo, al cui superamento egli vorrebbe contribuire. In effetti, egli ritiene «doveroso ricordare che molte trattazioni giuridiche canoniche, soprattutto nella modernità, hanno preferito e preferiscono rimanere racchiuse in un loro particolarismo concettuale, ritenuto consono alla peculiarità della società considerata (la Chiesa); esse così non si sono contentate di studiare e di evidenziare tali indubitabili peculiarità, ma hanno rivendicato, talvolta con qualche eccesso sul piano speculativo, l'autonomia del diritto ecclesiale,

in ogni caso legandolo alla società cui è relativo, e non all'uomo ed alle sue esigenze primarie – esigenze che si dispiegano nella Chiesa, come in qualsiasi società, e che tuttavia, come più volte detto, la trascendono –; con un duplice non apprezzabile risultato: di isolare il diritto della Chiesa dall'universo giuridico di cui da sempre fa parte e che esso stesso ha potentemente contribuito a costruire; di smarrire in tal modo la visione unitaria del diritto; quella visione che caratterizzò la scienza giuridica sia canonica sia civile nel periodo aureo tardo medievale della sua evoluzione, e che tanto potrebbe ancor oggi tornare utile per aiutare l'uomo a recuperare quanto ha perduto di libertà, di dignità, in breve: di centralità, nei moderni organismi sociali» (III, 10-11).

Sull'argomento andrebbe preso in considerazione il lucido capitolo VI del volume I su «Scienza giuridica e diritto canonico» (I, 195 ss.). Basti ora una citazione, presa dal capitolo III dello stesso volume «Il diritto della Chiesa. Il diritto nella Chiesa», in cui si mette ulteriormente in luce il fondo della questione: «Quando si negasse al diritto della Chiesa la sua coestensività con la natura umana, che ha pur sempre radici divine, si renderebbe estrinseca la Chiesa e il suo messaggio di salvezza alla condizione dell'uomo (rendendo, oltre tutto, insignificante l'affermazione secondo la quale il diritto di natura, col diritto divino positivo, rappresenta l'elemento fondante dell'ordinamento ecclesiale); in fin dei conti, si concepirebbe la storia della redenzione come slegata dalla storia della dimensione naturale dell'uomo, come svolgentesi su un piano alieno rispetto a questa, comunicante con essa solo dall'esterno, e non, per come è, intimamente congiunta con essa (riflesso, benché imperfetto, della connessione, nell'unica persona di Cristo, della natura divina e dell'umana)» (I, 102).

5. NOTAZIONI CONCLUSIVE

Potrei concludere questa breve presentazione del filone principale del pensiero di un vero maestro, della cui proiezione nel futuro sono molto convinto. Vorrei però aggiungere due notazioni, secondo me d'obbligo in questo contesto.

In primo luogo, mi viene in mente una grata conversazione con il prof. Lo Castro, in un'aula di questo palazzo mentre si svolgeva un Convegno della nostra Facoltà. Il tema era semplicemente «cos'è il diritto»? E lui, che ha dedicato una vita a questa domanda, s'interessava al mio approccio, e con quest'atteggiamento nei confronti del più giovane mi insegnava molto. Mi piace continuare qui quel dialogo, premettendo che, come si sarà potuto immaginare facilmente, la mia sintonia con le sue vedute è molto profonda. Perciò posso aggiungere che, a mio parere, il suo realismo nel concepire il mistero del diritto e il suo rapporto con la giustizia, con tutte le conse-

guenze che comporta sul piano teorico e pratico, può trovare un ottimo complemento nell'affermazione secondo cui il diritto non è essenzialmente una realtà al servizio o in funzione di ciò che è giusto, ma è ciò che è giusto. Ritengo che per questa via, che non è mia ma si ricollega al *tó dikaion* aristotelico, allo *ius suum* della definizione ulpiana di giustizia, all'*ipsa res iusta* tomista, si riesca ad impostare più adeguatamente il rapporto tra diritto e giustizia, la sutura tra il piano empirico e quello trascendentale. Nella formulazione da me proposta, ciò che è giusto non è più l'assoluto in sé, come avviene in Lo Castro, e pertanto, per dirlo in termini scolastici, non è un concetto trascendentale, ma predicamentale; esso però sta ad indicare il luogo dove si realizza in modo prioritario l'assoluto nell'ambito dell'esperienza giuridica, e cioè i beni della persona umana in quanto le sono dovuti dagli altri (in questo modo ad es. è la stessa vita umana nell'ambito naturale, o sono gli stessi beni della parola di Dio e dei sacramenti nell'ordine soprannaturale, a costituire dei diritti, in quanto appartengono a una persona ed un'altra è tenuta a rispettarli o darli). D'altronde, sono convinto che questa concezione del diritto come ciò che è giusto risulti pienamente compatibile con le intuizioni fondamentali di questa trilogia: la connessione del diritto con l'assoluto, la sua misteriosità e conseguente problematicità, il nesso sostanziale con l'uomo, la non riduzione alla dimensione normativa e l'apertura all'intera esperienza giuridica.

In secondo luogo, in questa sede non posso fare a meno di un sia pure molto breve riferimento al legame che unisce il prof. Lo Castro con la nostra Facoltà. La sua presenza a Roma costituisce uno di quei fattori provvidenziali che ci sostengono dall'inizio della nostra vita accademica. È un aiuto efficace e discreto, completamente disinteressato. Il suo consiglio e stimolo, il suo apprezzamento del nostro lavoro, la sua stessa figura di giurista e di canonista veramente dedicato ad una scienza del diritto rigorosa ed aperta alla trascendenza, la sua collaborazione fattiva in vari modi, in particolare nell'ambito delle nostre pubblicazioni, e anzitutto nella rivista «*Ius Ecclesiae*», sono altrettanti motivi di profonda gratitudine e di cordialissimo affetto.

GAETANO LO CASTRO E IL MISTERO DEL DIRITTO*

FABIO VECCHI

PAROLE CHIAVE: Gaetano Lo Castro KEYWORDS: Gaetano Lo Castro

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'antropologia nell'indagine giuridica. La concretezza di un mistero partecipe dell'esperienza storica soggettiva. Fonti ispiratrici ed originalità di un apporto dottrinale. - 2. Il mistero del diritto della Chiesa. Il diritto naturale. - 3. Il mistero dell'uomo. Dall'individuo-soggetto all'uomo-persona. - 4. La scienza giuridica e l'interpretazione di fronte al mistero del diritto. - 5. Il mistero della giustizia. - 6. Il mistero del diritto nella dimensione privata soggettiva e in quella pubblica costituzionale. - 7. Il primato del fondamento metafisico del diritto sui concorrenti criteri dogmatici metastorici e metagiuridici. Rilevanza scientifica dell'attributo del mistero all'uomo e all'esperienza giuridica. - 8. L'incoltabile scarso ontologico, per *analogatum princeps*, con il positivismo laicista e, in genere, con le prospettive anti-metafisiche della moderna scienza giuridica statale.

1. INTRODUZIONE. L'ANTROPOLOGIA NELL'INDAGINE GIURIDICA. LA CONCRETEZZA DI UN MISTERO PARTECIPE DELL'ESPERIENZA STORICA SOGGETTIVA. FONTI ISPIRATICI ED ORIGINALITÀ DI UN APPORTO DOTTRINALE

LA temperie culturale nella quale Gaetano Lo Castro intraprende il sentiero della ricerca scientifica è segnata dai rivolgimenti del Concilio Ecumenico Vaticano II. L'indagine sul profilo misterico della Chiesa e del suo diritto¹ riflette il largo ed innovativo respiro conciliare volto alla transizione dal modello di Chiesa *societas-perfecta*, verso quello della centralità della Chiesa "Popolo di Dio", con la rivalutazione tomista dell'antropologia cristiana e il recupero di una moderna metafisica pienamente emancipata dagli schemi neoscolastici.² Siffatta prospettiva segna distintamente il processo

* Questo studio precede l'uscita alla stampa dell'ultimo volume della trilogia del Prof. Lo Castro (*Il mistero del diritto, III. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012) e, per inevitabile conseguenza, ne tace.

¹ G. PHILIPS, *La Chiesa e il suo mistero*, 2 voll., Milano 1969; R. SOBÁNSKI, *De constitutione Ecclesiae et natura iuris in mysterio divino intelligendis*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 100 (1975), pp. 400 ss., spec. p. 410. Per ulteriori ragguagli bibliografici, P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffré, Milano 1984, p. 74 ss.

² È bene precisare che il "risveglio metafisico" durante e nel post-concilio genera un rialli-

intellettuale del canonista catanese che si misura con i temi alti del diritto divino nel suo rapporto con l'uomo e ne rielabora le reciproche interrelazioni tra natura e soprannatura, tra sostanza e forma, tra spirito e materia.

Come Lo Castro avrà a puntualizzare riguardo all'indole non teologica dell'indagine scientifica del canonista, il percorso seguito è tuttavia largamente intriso di teologia, giacché il mistero del diritto della Chiesa riassume la naturale condizione ontologica del mistero dell'uomo, della sua imperfezione e fallibilità, ma anche del suo necessario concorso, consapevolmente volitivo ed attuativo, nella "Storia", in vista di una Rivelazione della verità, di una speranza escatologica nella Redenzione salvifica e di una tensione al farsi, mai pienamente compiuto, della giustizia. Lo Castro, dunque, nello scandagliare le pieghe del mistero del diritto divino, interviene in profondità sulle realtà terrestri ed avverte che la "Storia" è fatto umano, tutt'altro che immobile, semmai in un perenne svolgimento che costantemente rinvia al problema lacerante della verità e della giustizia.

Da queste prime battute è dato rispondere all'interrogativo sul tomismo abbracciato dal canonista siciliano. L'indagine antropocentrica, pervasa da un solido realismo ontologico,³ è sviluppata a tutto campo e non lesina critiche anche rivolte alla scienza giuridica canonica ed agli impantanamenti concettuali del legislatore del *Codex* del 1983. Ciò, avendo presente la sfida

neamento intellettuale di molti illustri esponenti cattolici che si sono posti nei confronti della fede in termini di dialettica propositiva: da Jacques Maritain ad Etienne Gilson, a Urs Hans von Balthasar, da Edmund Husserl a Martin Heidegger, a Cornelio Fabro, a Maurice Merleau-Ponty. Autori molti dei quali non a caso verranno evocati da Giovanni Paolo II nella sua insuperata Enciclica "*Fides et Ratio*", n.7 4. Partecipe di questa atmosfera ricca di fermenti, sento di dover menzionare il salesiano Luigi Bogliolo, filosofo tomista, tra i pochi pensatori cristiani ad intuire con largo anticipo sulle successive direttive del magistero ecclesiale l'importanza radicale, nell'età contemporanea, dell'ontologia cristiana in senso antropologico. Di tale personalità, dal cui pensiero traggo molteplici elementi di contatto con le riflessioni esposte in questo scritto – ci basti la dialettica tra fenomeno e fondamento che oppone temporalità a spiritualità –, mi sono occupato in F. VECCHI, *Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010, pp. 19 ss. Per l'inquadramento storico del periodo di riferimento, C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 246-247.

³ Ciò vale a puntualizzare la differenza sostanziale tra il mistero nel cristianesimo, strettamente unito alla storia dell'uomo e al *sacramentum*, e le altre religioni misteriche e misteriosofiche avvolte nel limbo del mito e, per ciò, impenetrabili ai criteri della ragione intellettuale. Cfr. A. DONINI, *Breve storia delle religioni*, Newton C., Roma (rist.), 1994, pp. 190 ss. Le potenzialità razionali della Chiesa e del suo diritto sono tali da indurre Max Weber a descrivere il diritto della Chiesa come un potente battistrada per tutta la scienza giuridica laica: "il diritto canonico diviene per il diritto profano una grande guida sulla via della razionalità". M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, richiamato da C. SCHMITT, *Teologia e politica, II* (a cura di A. Caracciolo), Milano 1992, p.82. Più diffusamente, cfr. M. TEDESCHI, *Politica, religione e diritto ecclesiastico*, in *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 124 ss.

aperta dal Concilio nell'apertura a tematiche sulla contemporaneità totalmente nuove, e nel tentativo di tradurre in forma giuridica questioni di ordine teologico ed ecclesiologicalo che i padri conciliari si erano limitati a descrivere entro i reciproci ambiti scientifici ed epistemologici.⁴

Oltre al *corpus* dottrinale conciliare e post-conciliare, egli trae fonte di ispirazione per la personale concezione del mistero del diritto divino – all'un tempo statico e dinamico –, da quella Scuola di Navarra che, attraverso Pedro Lombardía e Javier Hervada, si interroga sulla dinamica della giustizia nella Chiesa. Né minore sarà l'interesse per la complessa personalità di Alvaro del Portillo, per l'apporto esemplare all'edificazione giuridica della Prelatura personale dell'*Opus Dei*; notevole attenzione, del resto, dedicherà alla dogmatica della Scuola di Monaco di Baviera e dei suoi esponenti, Antonio Rouco Varela, Remigiusz Sobánski, Eugenio Corecco, Winfried Aymans, Klaus Mörsdorf – tutti frequentemente richiamati nei suoi scritti maggiori – attratto dalla ricerca dell'esistenza di un legame effettivo tra *ius divinum* e *ius humanum*, tale da porre le basi organizzative di una nuova Chiesa comunionale.⁵

Su queste fondamenta teoriche l'indagine di Lo Castro sul mistero del diritto della Chiesa si snoda con toni di indubbia originalità. Specialmente nello sforzo ricostruttivo volto ad individuare possibili momenti analogici tra realtà giuridica dello Stato secolare e della Chiesa spirituale. Sovviene qui la tematica, più volte ripresa e rielaborata, del rapporto di analisi e confronto per *analogatum princeps*: un rapporto di comparazione tra realtà sostanziali, giocato tutto su una analogia qualificativa, ossia di "attribuzione", distinto nei suoi scopi ultimi dall'approccio analogico di "proporzionalità" insistente, viceversa, sull'alternativa natura sostanziale dell'oggetto (per l'uno, l'ordine temporale, e per l'altro, l'ordine spirituale) che fatalmente conduce a sottolineare le differenze, più che ad individuare gli elementi di coesione. Al contrario, Lo Castro, sensibile all'insegnamento tomista e alla concezione metafisica della centralità dell'uomo nel sistema delle leggi, secondo una visuale antropocentrica cristiana, esalta nel diritto canonico i tratti qualificanti e peculiari che lo delineano *species generis suis*, perché derivante da una Chiesa società soprannaturale. Sarebbe errato, tuttavia, concludere per un impiego strumentale e preclusivo di queste ragioni, per innalzare insormontabili barriere divisorie con la *Civitas terrena*. Semmai, l'appunto critico dello studioso insiste sull'indolenza degli ordinamenti secolari ed il loro superbo distacco a piegarsi e scrutare il significato metafisico del diritto e di scendere,

⁴ Lo Castro affronta l'argomento nel noto "La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti del diritto canonico" (1970), in particolare, pp. 217-295. Sul punto, L. SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano 1985, p. 52.

⁵ P. ERDÖ, *Teologia del diritto canonico*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 32 ss.

se non a patti, per lo meno ad un comune luogo di confronto dialettico: un valore gettato alle ortiche e declassato anche nel contesto del metodo epistemologico della scienza giuridica, con tutte le funeste conseguenze riversate sulla condizione umana e sulla divaricazione tra organizzazione delle istituzioni e valori fondativi di libertà, verità, giustizia.⁶

Il collocamento dottrinale del canonista siciliano espresso chiaramente nella sua concezione del mistero del diritto è chiaro. Prese le distanze da teoremi che leghino e soffochino, radicalizzandolo, il diritto canonico nell'abbraccio teologico (secondo le dottrine di Klaus Mörsdorf e di Eugenio Corecco) e, per altro verso, registrate le smagliature di letture "pastorali", possibiliste sulle derive interpretative neopositiviste del diritto della Chiesa (Peter Hui-zing),⁷ Lo Castro è assertore convinto della necessaria identificazione tra diritto e giustizia.

Ecco il punto: a quale idea di diritto, e di giustizia, e in che termini tracciare un parallelo tra tali fattori nel piano del diritto divino e del suo mistero? Circoscritto il sostrato fondativo del mistero del diritto, un impianto concreto, solido, perché riconducibile al realismo ontologico che ha come protagonista l'uomo e la sua esperienza giuridica,⁸ qual è, per Lo Castro, il rapporto di correlazione tra l'uomo e l'esperienza giuridica? Cos'è, in ultimo, il senso del mistero del diritto?

L'uomo è nel contempo al centro, ma anche non confondibile col (perché superordinato al) paradigma giuridico e le sue componenti concettuali (diritto, legge, norma, giustizia, processo), né queste vanno tra loro confuse, salvo pregiudicare l'autentica comprensione del mistero del diritto.

Anzitutto, il diritto, irriducibile a sola manifestazione normativa, è "in primo luogo una dimensione ontologica della realtà umana"⁹ e, per ciò stesso, "specchio della vita spirituale di un popolo",¹⁰ strumento tecnico-formale la cui certezza, mai assoluta, si misura con il suo mistero.¹¹ Per il suo contenuto, funzionale al perseguimento della giustizia,¹² il diritto ed il suo mistero

⁶ G. DEL VECCHIO, *La verità nella morale e nel diritto*, Roma, 1954.

⁷ C.J. ERRAZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 75 ss.; P.J. VILADRICH, *Derecho y pastoral. La justicia y la función del Derecho Canónico en la edificación de la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 13 (1973), pp. 171 ss. con una approfondita analisi del pensiero di Anton Graf, Karl Rahner e Heinrich Schuster, spec. pp. 187 ss.

⁸ G. LO CASTRO, *Sulla vocazione giurisprudenziale del diritto della Chiesa e il matrimonio canonico*, in *Matrimonio diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano 2003, p.156 ss. e spec. p.162; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano 1989, p.42.

⁹ G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa e il suo diritto*, in *Il mistero del diritto II. Persona e diritto nella Chiesa* (in seguito, più semplicemente, *Il mistero II*), Giappichelli, Torino 2011, p.111.

¹⁰ G. LO CASTRO, *J. Escrivà e il diritto nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 14 (2002), p.14.

¹¹ G. LO CASTRO, *Diritto e giustizia. A proposito di un'opera del cardinal Mario Francesco Pompedda*, in *Ius Ecclesiae*, 14 (2002), p.464.

¹² Vedasi, contra, A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1967, p.66.

non può essere confuso né con la *lex* né con la scienza giuridica,¹³ perché l'unico elemento capace di contenere le modalità d'essere, il suo porsi come fenomeno dinamico, è l'esperienza giuridica e quindi l'uomo e la sua condotta che rinvia, in ultimo, alla giustizia.¹⁴ In secondo luogo, la norma. Anch'essa parametro di misura non identificabile con il diritto,¹⁵ tantomeno riconducibile alla giustizia, che ne trascende i contenuti.¹⁶ In terzo luogo, la legge. Parametro riassuntivo anch'esso del mistero del diritto, esprime un nesso dialettico tanto con il diritto, che con la coscienza,¹⁷ che con la giustizia.¹⁸ La differenza tra *lex* e diritto, ci spiega Lo Castro ne "*I fedeli*", è sul duplice piano della funzione (il diritto prefigura lo scopo, mentre la *lex* descrive il modo) e della necessità (il diritto risponde allo *status* di fedele, mentre la *lex* risponde alla sua attesa di libertà).¹⁹ A tali condizioni il "mistero" si colma di sostanza, e non solo in termini di logica del linguaggio tecnico giuridico, ma anche e soprattutto, di contenuti che esorbitano dalle più immediate esigenze comunicativo-linguistiche dello scienziato.²⁰ Per il giurista laico e secolarizzato il "mistero", quando non ripudiato ed irriso, è espressione indecifrabile, asettica. Qui, al contrario, il mistero del diritto risponde alla concezione trascendente della *lex*, non più vincolo di servitù, da quando la fede ne ha divelto le catene.²¹

Da questa traccia il lettore – sia esso giurista o profano nelle scienze legali – potrà avvertire che la dimensione misterica è attraversata trasversalmente dai concetti giuridici – diritto, norma, legge, processo, giustizia – sin qui richiamati e potrà avvedersi che tutti intervengono strumentalmente a delineare la fisionomia di quel sistema di precetti operanti nella Chiesa visibile.

¹³ G. LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico*, in *Il mistero del diritto I. Del diritto e della sua conoscenza* (in seguito, più semplicemente, *Il mistero I*), Giappichelli, Torino 1997, pp. 203-204 e p.227.

¹⁴ G. LO CASTRO, *Prefazione a Il mistero del diritto I*, pp. 13-16.

¹⁵ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), p.191.

¹⁶ G. LO CASTRO, *Diritto e giustizia cit.*, p.460 e 465.

¹⁷ G. LO CASTRO, *Per un equilibrio tra aspettative confessionali e libertà di coscienza*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, dove l'A. individua nel nesso tra *lex* e coscienza un rapporto di tipo non empirico ma universale, in una "circolarità logica" di fattori la cui sopravvivenza dipende dal non assorbimento dell'uno nell'altro, pp. 496 e 499-500.

¹⁸ Sugli infiniti esiti della "teorizzata identificazione tra diritto e giustizia" corrispondenti alla "riduzione del diritto a diritto positivo" (cioè alla *lex*), vedasi G. LO CASTRO, *Diritto e giustizia cit.*, pp. 454 e 456.

¹⁹ G. LO CASTRO, *I fedeli*, in *Il mistero II*, p.128. ID., *Conoscenza e interpretazione del diritto*, in *Il mistero I cit.*, pp. 147-148.

²⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, pp. 396-400.

²¹ G. LO CASTRO, *Basi antropologiche del diritto canonico*, in *Il mistero II cit.*, pp. 19-20; ID., *La persona fra diritto e ontologia nell'ordinamento canonico e in quello argentino*, in *Il Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano 98 (1987), pp. 724-725; P. ERDÖ, *Teologia cit.*, pp. 160-161.

Nessuno di essi è in grado, tuttavia, di identificare nella sua essenza l'uomo ontologico. Questi, nel rimanere mistero a sé medesimo, coglie in quei concetti giuridici altrettante misure misteriche, rivolte per approssimazione alla verità e alla giustizia.

Impossibile ritenere estranea al pensiero di Gaetano Lo Castro la prima enciclica programmatica di Giovanni Paolo II, la "*Redemptor hominis*".²² impossibile, sia per la potenza ispiratrice della fonte, sia per la tematica concentrata sull'uomo, per concepirne il mistero avvolgente; un mistero che si apre anch'esso per gradi, con l'approssimarsi dell'insondabile Incarnazione del Verbo, a quel disvelamento "dell'uomo all'uomo" che è disvelamento della verità sul mistero di Dio. Un approccio di indagine di fronte al quale il giurista sensibile e rigoroso, pur consapevole della gravosità della sfida, non avrebbe potuto indietreggiare, come ha dimostrato, nei suoi molti fruttuosi anni di riflessione e di studio.

2. IL MISTERO DEL DIRITTO DELLA CHIESA. IL DIRITTO NATURALE

Lo Castro riflette sulla natura trascendente del diritto canonico rispetto alla norma positiva.²³ È, questa, una via obbligata per la comprensione del mistero del diritto della Chiesa.²⁴ Un sentiero che ci sospinge più in alto, a penetrare la sostanza di questo mistero nel complessivo disegno di Dio sull'umanità: "*lex aeterna*" che è pur sempre disegno estraneo a qualsivoglia postulato volontaristico, perché rispondente alla dimensione metafisica delle cose.²⁵ È dunque tracciato, sul piano del mistero del diritto divino il principale ed incolmabile scarto con il diritto e la scienza giuridica secolare tra *bonum publicum* e *salus animarum*.²⁶ E tuttavia sarebbe fuorviante risolvere il tema del rapporto tra le due dimensioni giuridiche sulla base della asserita non componibilità delle reciproche nature, per difformità di sostanza. L'errore sarebbe nel ritenere la refrattarietà del diritto della Chiesa ad entrare in piena sintonia con la dimensione umana, per esaurirsi tutto nel trascendente.

Non è così. Lo Castro osserva con toni decisi come la realtà della Chiesa

²² GIOVANNI PAOLO II, Lett. Enc. "*Redemptor hominis*" (15 marzo 1979), nn.7, 9-11. Si confronti anche ID., Lett. Enc. "*Dives in misericordia*" (30 novembre 1980), n.7, là dove si introduce con la parabola del figliolo prodigo il "mistero della misericordia", quale modalità per cogliere un più profondo significato della giustizia, da intendere come forza dell'amore. È l'accezione metaumana della giustizia, la misericordia rivelata nella Croce e risurrezione: è il "*mysterium paschale*" che è "storia della nostra salvezza".

²³ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano 1985, p. 5.

²⁴ P.J. VILADRICH, *Derecho y pastoral* cit., pp. 229 e 238 ss.

²⁵ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa, il diritto nella Chiesa*, in *Il mistero I* cit., pp. 99, 105 e 110.

²⁶ S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino 2008, p. 27.

componga assieme il divino e l'umano.²⁷ È il fine perseguito, il disegno di Dio, che scinde i piani d'azione della duplice dimensione temporale e spirituale, giacché la *ratio* divina trascende i precetti umani in forma autonoma e persino "antinomica".²⁸ Discutere di mistero non vuol dire isolare il diritto della Chiesa in una torre d'avorio. Al contrario, questo è inteso come strumento utile ed essenziale, nonostante la sua natura "contingente".²⁹ Per certi versi, semmai, la condizione del mistero appare connaturale al dinamico divenire del diritto canonico, pur soggetto a forze trasformative e misteriche sue proprie, come i carismi personali.³⁰

Il mistero resta nel diritto divino il dato fondativo, progettuale ed edificante: fondativo, perché il disegno di Dio, nel far corrispondere il diritto alla giustizia, affonda nel mistero;³¹ progettuale, perché quel mistero, anziché costringere l'uomo ed il suo agire entro i parametri del cognito, oltre i quali ogni *spatium deliberandi* è interdetto, richiede in forma "esigiva" – così si esprime Lo Castro – il libero e ragionevole agire intellettuale dell'uomo, con ciò tracciando la reale linea di demarcazione tra il mistero (ontologico) di Dio e i misteri (orfici e mitici) pagani;³² edificante, infine, nel senso che quel mistero trasmette agli istituti dell'ordinamento canonico materiale la forma propria più consona all'edificazione evangelica: è nel mistero di Dio – e non nel diritto in sé considerato – che ha fondamento il principio di eguaglianza espresso nel can. 208 CIC.³³

Il mistero, dunque, non semplice garanzia metafisica di una giustizia dei rapporti umani che, al contrario, va perseguita concretamente, con totale immersione nella storia degli eventi che si compiono attraverso relazioni giuridiche.³⁴ E questo, tenendo in conto l'imperfetta natura umana. Ne segue, coerentemente, che non sarà compito essenziale del diritto della Chie-

²⁷ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*. Prefazione a J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. XLII.

²⁸ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, in *Il mistero I*, p.54.

²⁹ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., pp. 6 e 7.

³⁰ G. LO CASTRO, *J. Escrivà* cit., p.19. Sulla consistenza del carisma, sul suo riconoscimento istituzionale e sul rapporto con la profezia, con richiamo al Mazzarino, Id., *Carisma e profezia*, in *Studi Cattolici*, 35 (1991), pp. 687 ss. Sulla forza organizzatoria dei carismi, P. ERDÖ, *Teologia* cit., p.48; W. BERTRAMS, *De constitutione Ecclesiae simul charismatica et institutionalis*, in *Quaestiones fundamentales iuris canonici*, Roma 1969, pp. 260 ss.

³¹ G. LO CASTRO, *Basi antropologiche del diritto canonico*, in *Il mistero II* cit., p.11.

³² G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, in *Il mistero I*, pp. 43-44.

³³ G. LO CASTRO, *I fedeli*, in *Il mistero II*, p.134, dove l'A. precisa la differenza con l'eguaglianza giuridica (che non è nel can.208) che pure il diritto canonico comprende, ma che non fonda nel battesimo "ma nel valore proprio dell'essere personale di tutti i singoli fedeli". Cfr. anche, relativamente al problema della responsabilità dei fedeli nelle organizzazioni ecclesiali ed, in specie, nella Prelatura personale *Opus Dei*, Id., *Carisma e profezia* cit., p. 690.

³⁴ P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano 1985 p.8.

sa, quello di assicurarne l'unità,³⁵ perché la forza coesiva nella Chiesa è la risultante organica di variabili modalità di agire facenti capo alla condotta responsabile di ciascuno.³⁶

Nel mistero affonda e si compenetra, dunque, l'idea stessa di libertà. Si tratta di un più profondo solco con la cultura giuridica moderna secolare, la quale pone sì al centro l'uomo, concependo però la sua libertà come "fonte della regola della prassi... e dello stesso diritto":³⁷ l'ideologia della libertà assurge così a valvola di garanzia del supposto affrancamento dell'uomo dai condizionanti orpelli dei valori, catene materiali alla libertà dell'agire.³⁸ Il mistero del diritto divino sussume il mistero dell'agire dell'uomo, che resta responsabilmente libero ed autore incondizionato delle proprie scelte, anche di fronte ad un "Dio legislatore": un Dio che detta regole ad un destinatario chiamato a riceverle ed eseguirle per sola responsabilità e non per costrizione.³⁹

Il richiamo alla responsabilità, riferimento esplicito all'uomo razionalmente maturo, impone il confronto tra il diritto della Chiesa e i diritti secolari, per misurarne le distanze reciproche sul piano della sostanza, per *analogatum princeps*.

Quale valenza epistemologica garantisce il criterio della comparazione analogica tra le due dimensioni, delle quali, quella canonica è *sui generis* per contenuti ed essenza?⁴⁰ Lo Castro precisa che il momento analogico fissa l'apice comparativo, tenuto conto che il mistero del diritto della Chiesa si fonda sulla "natura delle cose". La razionalità degli esseri, che è un dato naturale, da essi stessi mutua il fondamento razionale a base della norma, e tale disegno, sempre volto alla ricerca di ciò che è giusto, non è mai finalizzato alla conservazione del sistema.⁴¹ Certa passività della scienza giuridica canonica, lamentata in più occasioni dal canonista siciliano, ha finito per produrre verso il diritto naturale un "appiattimento operativo", registrato da una crescente ottica volontaristica, specie in tema di interpretazione autentica, con ulteriori negativi riflessi nell'enfaticizzazione delle norme e in certo "narcisismo legislativo", che nulla ha a che spartire con una corretta accezione scientifica del diritto naturale.⁴²

³⁵ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa* cit., p. 114.

³⁶ P. ERDÖ, *Teologia* cit., p. 123.

³⁷ In tali condizioni Hobbes giunge ad affermare, circa la sovranità, che "*Auctoritas, non veritas, facit legem*". T. HOBBS, *Leviatano* (trad. E. Magri), Roma, 2005.

³⁸ G. LO CASTRO, *Il diritto laico*, in *Il mistero I*, pp. 70-71.

³⁹ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., p.30; ID., *Vera o falsa crisi del diritto della Chiesa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 89 (1978), I, p.66, ove si ribadisce che l'uomo accoglie o rifiuta, sempre liberamente, la Parola di Dio.

⁴⁰ G. LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico*, in *Il mistero I* cit., pp. 201-202.

⁴¹ G. LO CASTRO, *Diritto e giustizia* cit., pp. 468-469.

⁴² G. LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale*, in *Il mistero I*, pp. 187-188. Si confrontino tali rilievi con quanto afferma circa "l'enigma del diritto canonico", rafforzato dalla "rigida

Ma sembra che tale atteggiamento confermi la centralità del diritto naturale entro il diritto della Chiesa e la sua armonizzazione con il suo mistero: mistero nel cui disegno l'uomo è consapevole ed autonomo "*faber fortunae suae*", in grado di scegliere in ambito morale, politico e religioso.⁴³ Ne segue, come corollario, che, ponendosi il mistero del diritto della Chiesa come modalità della prassi che collega l'uomo a Dio, lasciando a quello il libero arbitrio, in autonomia, l'*analogatum princeps* tra le due dimensioni giuridiche di riferimento non possa avere come reale punto di discriminazione l'esistenza o meno del dato razionale, ma la sua storica acquisizione all'uomo: razionalità critica che i diritti laici individuano nella conquista della filosofia cartesiana⁴⁴ e, al contrario, il diritto della Chiesa individua, attraverso il più longevo diritto naturale, in una condizione naturalmente impressa nel corredo ontologico dell'uomo.

3. IL MISTERO DELL'UOMO. DALL'INDIVIDUO-SOGGETTO ALL'UOMO-PERSONA

È parimenti assoluta la compenetrazione del mistero con l'uomo, nelle molteplici sue condizioni d'essere: sia l'uomo in sé solipsisticamente considerato come individuo-persona, sia come soggetto nei nessi di relazione, con la giustizia o con la norma; sia nella principale delle relazioni d'amore: il matrimonio; sia che l'uomo vesta i panni del giudice, interrelandosi dinamicamente e criticamente con la scienza giuridica e l'atto interpretativo.

Lo Castro si mostra convinto assertore dell'idea che attribuisce all'uomo un'identità giuridica piena: la soggettività della persona individua nel diritto naturale la sua affermazione pratica,⁴⁵ là dove nella "persona" tomista risiede il suo nucleo unitario, in termini metafisici e teologici, con cui prendere le distanze dal "determinismo che governa l'universo".⁴⁶ Lo Castro attribuisce al concetto di "persona" un valore metafisico di massima potenzialità, in grado di "mettere in evidenza l'essenza" dell'uomo, nell'ordinamento ecclesiastico.⁴⁷ Questa posizione concettuale, nel cui sviluppo Lo Castro non mancherà di stigmatizzare le posizioni positiviste sostenute da giuristi del calibro di Francesco Ruffini,⁴⁸ trova un'ampia ed esauriente esposizione ne

applicazione della maestà della legge" (canonica), S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., pp. 27-28.

⁴³ Contrariamente, Levi segnala l'insufficienza del diritto naturale nel garantire tutele giuridiche, senza la mediazione della norma positiva, in *Teoria* cit., p. 410.

⁴⁴ S. TARANTO, *Diritto e religioni nelle democrazie contemporanee*, ESI, Napoli, 2010, p. 84.

⁴⁵ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p. 10. Che il concetto di "persona" e di *status* abbia assunto un'importanza inedita nel diritto moderno, è chiarito in A. LEVI, *Teoria* cit., p. 232. Per la variante di "cittadino", cfr. L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1976, p. 146.

⁴⁶ G. LO CASTRO, *Ult. loc. cit.*, p. 153.

⁴⁷ G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa*, in *Il mistero II*, p. 102.

⁴⁸ G. LO CASTRO, *Carisma e profezia* cit., p. 690.

“*La persona fra diritto e ontologia nell’ordinamento canonico e in quello argentino*” (1987).⁴⁹ Nel soffermarsi sul tema del profilo ontologico dell’essere personale dell’uomo egli sostiene che: “l’uomo è soggetto di tutta la realtà” e “principio elicitivo di azione”: protagonista della storia, nell’uomo-persona si coniuga un concetto non semplicemente logico, ma “ontologico” e, come tale: “rappresentativo di una realtà spirituale...non disponibile...non attribuibile da un legislatore umano”.⁵⁰

Il richiamo solido all’Aquinata ci fa subito intendere che l’attribuzione del mistero all’uomo va letta in termini di assoluta concretezza. Se ne ha conferma dalle perplessità sollevate da Lo Castro circa le incertezze manifestate dal legislatore canonico del 1983, al momento della costruzione formale dell’assetto di diritti e doveri “fondamentali” del *christifidelis*, quasi a tradire una riserva all’attribuzione al fedele di una chiara dimensione soggettiva.⁵¹

La concreta centralità dell’uomo nel mistero del diritto è ulteriormente svolta nell’affermata soggettività – da intendere come primato – dell’uomo di fronte alla Storia: l’uomo soggetto di e nella Storia, in evidente opposizione alla concezione hegeliana del divenire giuridico.⁵² Il menzionato principio “elicitivo” si trasforma ora nella responsabilità del singolo nell’attuazione del disegno di Dio.⁵³ La dimensione operativa dell’uomo è spirituale, ma il suo mistero è assolutamente immanente: l’uomo è in radice il soggetto della norma⁵⁴ ed in base alla sua forza volitiva ed intellettuale a lui è rimesso il compito di edificare l’unione tra temporale e spirituale.⁵⁵

La contiguità di queste riflessioni con la dottrina del Concilio Vaticano II è evidente, ma Lo Castro sembra volersi spingere problematicamente oltre certe scelte conciliari ispirate al legislatore del *Codex* del 1983, relativamente alle qualifiche formali proprie del soggetto di diritto.⁵⁶ La preoccupazione che anima il giurista è la medesima: offrire allo statuto giuridico dei *christifideles* quella concretezza di base che fonde insieme i connotati naturali e soprannaturali dell’uomo.⁵⁷ Lo Castro prende atto che la prelazione del di-

⁴⁹ Per il riferimento bibliografico si consulti la nota 21.

⁵⁰ G. LO CASTRO, *La persona fra diritto e ontologia* cit., pp. 722-724. Per una diversa impostazione problematica del rapporto tra norma e storia, vedasi A.C. JEMOLO, *Tra diritto e storia* (1960-1980), Giuffrè, Milano p. 483.

⁵¹ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p.220.

⁵² Sostenendo che “il diritto canonico condivide la sorte di ogni cristiano che vive la sua fede” si giunge a determinare che il diritto canonico è pienamente storico. Così, G. LO CASTRO, *Vera o falsa crisi* cit., p.73; ID., *Carisma e profezia* cit., p.690, laddove l’A. osserva il vincolo stretto tra passato e futuro, uniti entro il mistero dell’uomo e di Dio; ID., *Il diritto della Chiesa, il diritto nella Chiesa*, in *Il mistero I*, p. 97.

⁵³ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 113.

⁵⁴ G. LO CASTRO, *La promozione dell’uomo nei rapporti tra ordine temporale e ordine spirituale*, in *Il mistero II*, p. 207.

⁵⁵ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 227.

⁵⁶ P. LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., pp. 40 ss. e spec. pp. 172 ss.

⁵⁷ G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa* cit., p. 107.

namico termine “fedele” – di radice teologica – a quella statica di “persona” – di indole giuridica – è il risultato di una scelta operata nel Concilio, anche se poi riconduce al battesimo il momento concettualmente unificante delle due realtà soggettive.⁵⁸

Si tratta di dubbi che egli aveva avanzato a proposito dell’effettivo uso sostanziale del termine di “persona” nel nuovo *Codex*: perplessità intesa a sottolineare la tendenza della dottrina ad occuparsi del soggetto di diritto in prospettiva esclusivamente formale, sebbene il termine “*christifidelis*” garantisca un significativo contributo “sostanziale” alla dogmatica sul soggetto di diritto nella Chiesa.⁵⁹ Quelle attenzioni al corretto impiego terminologico riflettono la cura di Lo Castro alla cennata comprensione unitaria dell’uomo, nella sua duplice dimensione, naturale e sovranaturale.⁶⁰ Ma la prospettiva unitaria così pensata non è da intendersi come fine a sé stessa. Essa vale in quanto rapportata al mistero dell’uomo. La chiamata “vocazionale” dell’uomo *christifidelis* – chiamata “ontologica”, perché a-giuridica e puramente fattuale –, è infatti concepibile solo nell’unità delle due dimensioni proprie della tradizione dualista cristiana, spirituale e temporale, perché la vocazione, mistero in sé, riconduce la spiritualità nella concretezza della missione terrena.⁶¹

È questa presenza costante del mistero sul fatto umano nel suo svolgersi, che spiega non solo il primato della dimensione umana su quella puramente normativa,⁶² la quale ultima, semmai, trova la sua ragion d’essere ed il suo stesso concepimento in quella e nel suo mistero, ma spiega anche il fondamento del rapporto tra dimensione divina ed umana che è, teologicamente, il mistero di Cristo, Corpo mistico.⁶³ Si delinea così una questione ancor più inafferrabile che aggiunge al tema del mistero del diritto connesso al mistero dell’uomo – il “*problema dei problemi*”, ossia l’impossibile coniugazione tra diritto e mistero della Grazia –⁶⁴ il tema della commisurazione della libera

⁵⁸ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 106; ID., *I fedeli cit.*, pp. 120-121. In questa duplice prospettiva sulla persona, si ricapitola il più generale tema del diritto divino, le cui componenti, dinamica e statica, ne riassumono il “dilemma irrisolto”, cfr. S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico cit.*, p. 42.

⁵⁹ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti cit.*, pp. 91 e 142.

⁶⁰ G. LO CASTRO, *Condizione del fedele e concettualizzazione giuridica*, «*Ius Ecclesiae*», 3 (1991), pp. 3-8; ID., *L’opera canonistica di Alvaro del Portillo*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), p.445.

⁶¹ I laici in rapporto con il mondo in duplice legame, individuato non solo da un “livello di situazione” (la vita nel secolo), ma anche di “intenzione personale” (la vocazione che spinge il laico, con la testimonianza, a “rendere Cristo visibile agli altri”). Così, G. LO CASTRO, *Stati giuridici della persona nella legislazione canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1981, p. 393; ID., *I laici*, in *Il mistero II*, pp. 170 e 183; ID., *La promozione dell’uomo nei rapporti cit.*, p.235.

⁶² G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa cit.*, pp. 111 e 113.

⁶³ G. LO CASTRO, *I fedeli cit.*, pp. 125-126.

⁶⁴ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa cit.*, p.109. Sull’armonizzazione tra “antinomie” ecclesiali, vedasi D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Sacramentalidad y juridicidad*, in *Lex Ecclesiae. Estudios en honor del Prof. Dr. M. Cabrerros de Anta*, Salamanca 1972, pp. 235 ss.

condotta del singolo in rapporto al mistero, e dei timori insorgenti nell'uomo, consapevole della sua libertà difettiva: timori e remore affioranti spontaneamente dal sentimento di paura dell'uomo che guardi senza velature il volto del mistero.⁶⁵ È evidente che un diritto solo istituzionale, rivestito dei panni del potere, è agli antipodi con un diritto fondato sulla persona, sollecitato al problema della libertà religiosa e alla dignità, ed ancor prima, rispettoso di quelle esigenze naturali dell'uomo risalenti alla compiuta, ed auspicata, convivenza tra *lex naturae* e *lex gratiae*.⁶⁶

Siffatti problemi, nota Lo Castro, convergono nell'attuale ideologizzazione scientifica della realtà che presume, con impetita sufficienza, di poter trasporre "sul piano della contingenza storica le proprietà dell'essere, che sono perenni, ma metastoriche".⁶⁷

Per il respiro generale che le connota, queste riflessioni abbracciano l'uomo ed il suo mistero, nella totalità del suo essere ed in special misura nella relazione coniugale che, tra i fatti umani esprime la relazione d'amore, è "fondamentale".⁶⁸ Nel matrimonio, la specialità della relazione personale, diversa da tutte le altre, riverbera il mistero dell'uomo nel mistero del fenomeno coniugale,⁶⁹ ma certifica nuovamente la dimensione ontologica dell'istituto matrimoniale:⁷⁰ dimensione non riducibile a stretto fenomeno giuridico, perché il matrimonio-*foedus* è ben più di un semplice contratto.⁷¹ L'essenziale dimensione ontologica della relazione coniugale, paradossalmente, viene in rilievo attraverso la sua attuale crisi, che è principalmente metafisica: la negazione della famiglia è, infatti, negazione e rifiuto del suo valore naturale, a vantaggio di proposizioni nichiliste e individual-narcisiste che trasformano la famiglia in "realtà artificiale" fondata solo sulla norma.⁷²

⁶⁵ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., pp. 33-35.

⁶⁶ G. LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale* cit., p.191. Cfr. A.M. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Jaca Book, Milano 1971.

⁶⁷ G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia* cit., p. XIV.

⁶⁸ G. LO CASTRO, *Diritto e giustizia* cit., p. 463.

⁶⁹ G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia* cit., pp. XIII-XIV. Sulla presa d'atto delle emergenti competenze regolamentari dell'ordinamento statale in materia matrimoniale, v. L. SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 232.

⁷⁰ G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, in *Matrimonio* cit., p.188.

⁷¹ G. LO CASTRO, *Patto e rapporto matrimoniale nel diritto canonico*, in *Matrimonio* cit., pp. 88 ss. Sulla sostanziale estraneità del matrimonio canonico per il diritto dello Stato, cfr. ID., *Rilevanza giuridica del matrimonio canonico non trascritto nell'ordinamento dello Stato*, in *Studi in onore di P.A. d'Avack*, II, Giuffrè, Milano 1976, p.947.

⁷² G. LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in *Matrimonio* cit., pp. 14 e 21. Sul carattere sacramentale del matrimonio cristiano, F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 11 ss.

Il dramma dell'istituto giuridico riflette, però, il dramma del legislatore, perché il nomopoieta statale volutamente nega al matrimonio i profili metafisici che lo rendono mistero.⁷³ Ma altro è asseverare l'incapacità della scienza giuridica sulla base degli strumenti giuridici posseduti e della tempe-rie storica attraversata, onde operare la *reductio ad unitatem* di etica e diritto;⁷⁴ altro è l'apoteosi volontaristica del "mostruoso feticcio" dell'autodeterminazione.⁷⁵ Qui, infatti, risiede la maggior offesa all'idea di libertà dell'uomo, investito del disegno di Dio.⁷⁶ Il mistero dell'uomo nelle relazioni di giustizia esprime attraverso l'esemplare processo a Gesù la radicale insufficienza e la fallibilità dell'umano giudizio. Siamo qui in presenza – avverte Lo Castro – di un mistero non tecnico, ma umano, come umana e relativa è la verità processuale, dipendente per sua natura dall'uomo.⁷⁷ Anche nei panni di giudice l'uomo esprime, dunque, la sua libertà a fronte del disegno di Dio.

Analoghe dinamiche insistono nella relazione dell'uomo con la norma: una relazione che si auspicherebbe "stretta, necessaria e caratterizzante",⁷⁸ ma dove il problema centrale del rapporto "ha perso in nobiltà ideale" dal momento in cui il legislatore ha inteso proclamare l'assoluta "supremazia concettuale e strumentale" della norma a fronte della "concezione stessa della vita e dei rapporti interpersonali".⁷⁹

4. LA SCIENZA GIURIDICA E L'INTERPRETAZIONE DI FRONTE AL MISTERO DEL DIRITTO

Nella scienza giuridica secolare si diffonde la concezione volontaristica del diritto.⁸⁰ Con tale affermazione Lo Castro denuncia il disincanto della scienza giuridica verso il mistero del diritto. Su questa scia, le moderne accezioni positiviste riformano le consolidate partizioni disciplinari del diritto.⁸¹

La necessità epistemologica di conoscere la *lex divina* e, quindi, la *lex naturae*, non è più avvertita come tale dalla scienza giuridica laica, che ri-

⁷³ G. LO CASTRO, *Il matrimonio nella scienza dei giuristi*, in *Matrimonio cit.*, p. 272.

⁷⁴ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 281.

⁷⁵ G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio cit.*, p. 207.

⁷⁶ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale cit.*, pp. XLII e spec. p. LIII.

⁷⁷ G. LO CASTRO, *Il mistero del processo e il giudizio*, «Il Diritto Ecclesiastico», 112 (2001), pp. 135-136 e 144.

⁷⁸ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma cit.*, p.165.

⁷⁹ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p.161. Si veda J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del Derecho Canónico*, in *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Univ. Complutense, Madrid 1983, pp. 245 ss.

⁸⁰ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale cit.*, pp. xxv-xxvii.; ID., G. LO CASTRO, *La persona fra diritto e ontologia cit.*, p.728, per cui la "persona" nella scienza giuridica secolare esiste solo in ragione di un atto di volontà.

⁸¹ M. TEDESCHI, *La scienza del diritto ecclesiastico*, in *Sulla scienza del diritto ecclesiastico cit.*, p. 48.

tiene di poterne fare a meno.⁸² Tale atteggiamento si è spinto oltre sino a proclamare il superamento dell'antinomia tra legge e coscienza, sulla base di un supposto fondamento consensuale dell'ordinamento che giustificherebbe l'abbandono della spiritualità delle leggi e delle norme, della loro dimensione relazionale, in favore di una "assoluta contingenza e casualità". Con ciò la relazione legge-coscienza cessa di essere "problema dell'uomo" per ridursi a "problema politico".⁸³ Siffatto fenomeno, avverte Lo Castro, muove dalla progressiva chiusura in sé stesso dell'ordinamento, ad opera di una scienza giuridica le cui premesse ideologiche, miopi verso le esigenze di giustizia,⁸⁴ pongono al centro la volontà creativa e interpretativa del legislatore, senza avvedersi che l'interpretazione è "opera sapienziale di tutti".⁸⁵ Con ciò la scienza giuridica ha dimenticato il suo primario compito: "tenere aperto il sistema normativo al flusso della storia":⁸⁶ un compito nel quale si identificherebbe l'essenza stessa – che è essenza storica – della scienza giuridica, in quanto scienza della fenomenologia umana, in perenne cammino.⁸⁷

Quella ricomposizione da svolgere sul duplice binario antropologico e metafisico, ha lasciato sul terreno dei resistenti residui di incompiutezza, nonostante gli insegnamenti conciliari, tanto da potersi constatare il mancato effettivo superamento dell'antica concezione dualista.⁸⁸ Per Lo Castro, in ultima analisi, la scienza giuridica canonica appare vittima di una serie di errori di impostazione dogmatica: "dimenticanze" che hanno finito per distoglierne l'attenzione dall'oggetto naturale della sua attività speculativa: il diritto in quanto scienza formale compenetrata nella storia umana e nell'esigenza di giustizia.⁸⁹ Nella sua prospettiva antropologica, che pone l'uomo-"persona" al centro del sistema, egli offre un prezioso suggerimento alla scienza giuridica canonica, affinché, recuperato l'ago d'orientamento, superi definitivamente il periodico ondeggiare cui è soggetta, tra concettualismo dogmatico e realismo giuridico:⁹⁰ alternativa

⁸² G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., p. 31. Sul problema del metodo nella scienza giuridica canonica, P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Cedam, Padova, 1962, pp. 1-76.

⁸³ G. LO CASTRO, *Per un equilibrio* cit., pp. 496-497.

⁸⁴ G. LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale* cit., pp. 184-186.

⁸⁵ G. LO CASTRO, *Conoscenza e interpretazione del diritto* cit., p. 166.

⁸⁶ G. LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico* cit., p. 228.

⁸⁷ G. LO CASTRO, *Matrimonio* cit., p. XIV.

⁸⁸ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, pp. 161-162 e 165, nonché pp. 180-182, con richiamo alla *Cost. Lumen Gentium*, n. 31 e al *Decr. Apostolicam Actuositatem*, n. 5.; ID., *La promozione dell'uomo nei rapporti* cit., p. 226.

⁸⁹ G. LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico* cit., p. 231; ID., *Vera o falsa crisi* cit., p. 78, dove l'A. esorta la scienza giuridica ad una maggiore attenzione verso la complessa e misterica realtà della Chiesa.

⁹⁰ G. LO CASTRO, *Sulla vocazione giurisprudenziale* cit., p. 162.

che, sul piano epistemologico si traduce nel dilemma dialettico tra fede e strutture di redenzione.⁹¹

La questione di fondo è dunque ricollocare il diritto, ed il suo mistero, al suo legittimo posto, come scienza bensì rivolta all'uomo ed al suo mistero, ma tale da armonizzare insieme la soprannaturalità teologica con la materiale giuridicità del compimento terreno del disegno di Dio.⁹² Il che comporta una presa d'atto sulla complessità della dimensione del diritto divino, oggetto della scienza giuridica canonica: un diritto che, in virtù della sua duplice dimensione gnoseologica ed etica, ne impone una interpretazione inscindibile dal mistero dell'uomo: "...perché il mistero del diritto divino è il mistero del diritto come tale, è il mistero della vita umana...".⁹³

5. IL MISTERO DELLA GIUSTIZIA

A comporre il quadro del mistero del diritto partecipa in misura essenziale il tema della giustizia ed il suo mistero, di cui l'intenso richiamo al processo a Gesù anticipa le prospettive, concentrate sul travaglio ed il limite difettivo dell'uomo-giudice e del tecnicismo processuale.⁹⁴

Ancor più in profondità quel travaglio umano sembra avere causa – abbandonata la via tomista della centralità antropologica – nel giogo volontaristico cui sono astrette la giustizia e la legge:⁹⁵ un volontarismo dogmatico ed astratto; un volontarismo che è ben distante dalla libera – e pur sempre difettiva – volontà umana di agire secondo giustizia.⁹⁶ In tali termini, si avverte, la giustizia non è più una dimensione metafisica essenziale dell'uomo.⁹⁷

Lo Castro, tuttavia, nei suoi scritti frequentemente richiama l'esigenza della giustizia come fattore di coesione delle relazioni umane – anche

⁹¹ G. LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico* cit., p. 197.

⁹² "...La scienza teologica che non consideri la dimensione della giuridicità insita...nella stessa natura dell'uomo...è semplicemente una cattiva scienza teologica, giacché non sa cogliere nella dimensione della giuridicità gli elementi che la trascendono ricollegandosi direttamente al disegno di Dio". Cfr. G. LO CASTRO, *Le prelature personali. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 18 ss.

⁹³ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., p. 49.

⁹⁴ Sul problema tra diritto "giusto" in senso oggettivo o in senso soggettivo, cfr., S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 27.

⁹⁵ "Smarrito l'Essere come fondamento ontologico dell'uomo...si è smarrita l'impostazione teoretica che consentiva di giudicare la rispondenza della norma alle esigenze dell'uomo e, quindi, della giustizia, in una base oggettiva e razionale e non meramente volontaristica". Cfr. G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., pp. 256-257.

⁹⁶ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale* cit., pp. XLIII. Cfr. P. ERDÖ, *Teologia* cit., p. 35.

⁹⁷ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma* cit., p.160. Da ciò, la distanza con l'idea di una giustizia "neutra", non derivante da assunti religiosi, o metafisici, sostenuta dal liberalismo di J. RAWLS, *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, (a cura di S. VECA) Torino, 2001, p. 282 ss.

nell'odierna società multi-etnica e multi-religiosa –⁹⁸ ed elemento diffusivo rispondente al disegno di Dio sull'uomo,⁹⁹ ma anche come più immediata manifestazione formalizzata nella lettera del diritto di un "bisogno originale dell'uomo".¹⁰⁰ Anzi, il rapporto tra diritto e giustizia non si esaurisce nella traduzione di un principio etico in un precetto obbligante, perché il diritto – particolarmente il diritto della Chiesa-¹⁰¹ diviene un mezzo elettivo naturale di attuazione, trasmissione ed esplicitazione della giustizia: il diritto non è solo un "fatto", ma "lo strumento adeguato per l'attuazione del giusto".¹⁰² Lo Castro, insomma, ci indica che alla base del nesso d'unione tra diritto e giustizia sussiste una tensione immateriale che anima tutta la vicenda umana nella sua aspirazione alla verità: la giustizia, dunque, è tensione storica di ciascun uomo alla verità.¹⁰³

In altra occasione lo studioso precisa cosa intenda per essenza precettiva della giustizia, in "quel dare a ciascuno il suo", che ha fondamento teologico – il "suo" corrispondente alla natura perfetta di Dio – e anche positivo, secondo il "*suum cuique tribuere*" di tradizione romanistica ulpiana,¹⁰⁴ che altro non esprime se non un criterio di etica di relazione e di pubblica condotta,¹⁰⁵ non esauribile in pure simmetrie concettuali, ma in sostanziali e variabili rapporti umani.¹⁰⁶ Questa prospettazione della giustizia, per nulla astratta, ma capace di materializzarsi nell'esempio storico di emblematici attuatori di giustizia, come Escrivà de Balaguer,¹⁰⁷ richiede sia il recupero della dimensione metafisica, sia la presa di distanze dalla legge e dagli imperanti antidogmatismi¹⁰⁸ affinché alla giustizia sia recuperato il suo valore assoluto ma anche misterico.¹⁰⁹

⁹⁸ G. LO CASTRO, *Intervento conclusivo*, in *Multireligiosità e reazione giuridica* (a cura di A. FUCILLO), Giappichelli, Torino 2008, pp. 285 ss., spec. pp. 289-291.

⁹⁹ G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa* cit., p.108. Per una concezione opposta, secondo cui la giustizia, in ragione della sua natura teoretica non ha competenza per esercitare una "funzione volitiva dell'esperienza" e, quindi, indagare sulla condotta umana, A. LEVI, *Teoria* cit., p. 18. ¹⁰⁰ G. LO CASTRO, *L'opera canonistica di Alvaro del Portillo* cit., p. 445.

¹⁰¹ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa* cit., pp. 102 e 107.

¹⁰² G. LO CASTRO, *Basi antropologiche del diritto canonico* cit., p. 10.

¹⁰³ G. LO CASTRO, *Matrimonio* cit., pp. XIV-XV. Nella visuale immanentista, al contrario, scopo del processo non sarebbe realizzare la giustizia, ma assicurare la certezza del diritto. Cfr. A. LEVI, *Teoria* cit., pp. 463-464. Si confronti tuttavia, G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1949, p. 26.

¹⁰⁴ "*Constans ac perpetua voluntas: ius suum cuique tribuendi*". (ULPIANO) D.I., I, fr. 10 pr.

¹⁰⁵ Tra i vari riferimenti bibliografici, G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p.106; ID., *Diritto e giustizia* cit., pp. 459-460; ID., *J. Escrivà e il diritto nella Chiesa* cit., p.17. Cfr. S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 28.

¹⁰⁶ GIOVANNI PAOLO II, Lett. Enc. "*Dives in misericordia*", n. 12.

¹⁰⁷ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 4.

¹⁰⁸ G. LO CASTRO, *Sulla vocazione giurisprudenziale del diritto della Chiesa* cit., p. 153.

¹⁰⁹ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, p. 189.

Con ciò, si torna al mistero della giustizia, al problema dell'inveramento delle sue conformità, corrispondenti ad un atto di decisione intellettuale – di verità – che è estraneo al giudizio ma nei confronti del quale si pone come limite intrinseco,¹¹⁰ ma che pure, sa tenere in debito conto quell'amore, quella *caritas*, che “sublima” la giustizia, in quanto *lex suprema*.¹¹¹

6. IL MISTERO DEL DIRITTO NELLA DIMENSIONE PRIVATA SOGGETTIVA E IN QUELLA PUBBLICA COSTITUZIONALE

Un aspetto specifico, ma affatto secondario, del mistero del diritto nella sua tensione verso i fini di giustizia, è nel rapporto di composizione reciproca tra la dimensione soggettiva e quella costituzionale del diritto della Chiesa.

L'organizzazione costituzionale degli istituti giuridici della Chiesa è il mezzo positivo per raggiungere i fini di giustizia, ma tale prospettiva si configura in termini di tale problematicità, da aver indotto a descrivere una Chiesa “*casta meretrix*”, sobbarcata delle conseguenze del peccato umano.¹¹² Lo Castro prova a descrivere le linee che demarcano quello che lui stesso definisce come il “problema costituzionale fondamentale”¹¹³ per la Chiesa e la scienza giuridica canonica, vale a dire la descrizione dei due momenti fondante-fondato compositivi della Chiesa – ossia il disegno trascendente del e sul diritto divino e la dimensione giuridica che da esso si origina – e la successiva ricomposizione ad unità.

La questione viene ancor meglio espressa dal giurista quando osserva – segnalando ulteriori rilievi critici nei confronti della scienza giuridica canonica – il costume diffuso di concentrare l'attenzione dottrinale sulla struttura organizzativa della Chiesa a tutto scapito di quello che, al contrario, appare essere il versante più autentico, quello del “diritto dell'uomo nella complessità del suo essere”,¹¹⁴ che è il diritto nelle strutture. Queste osservazioni sono memori della contestazione della teologia protestante e fanno certamente tesoro delle critiche mosse alla Chiesa giuridicizzata e de-spiritualizzata che hanno in Sohm uno dei più irriducibili esponenti dialettici.¹¹⁵

¹¹⁰ G. LO CASTRO, *Il mistero del processo e il giudizio* cit., pp. 127 ss. e 130.

¹¹¹ G. LO CASTRO, *Il mistero I*, Prefazione, p.12.

¹¹² H.U. VON BALTHASAR, *Castia meretrix*, in ID., *Sponsa Verbi. Skizzen zur Theologie*, II, Einsiedeln, 1961, pp. 203-305.

¹¹³ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale* cit., pp. XLV-XLVI.

¹¹⁴ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa* cit., p.104.

¹¹⁵ G. LO CASTRO, *Vera o falsa crisi* cit., pp. 63 e 69 ss.; ID., *Carisma e profezia* cit., p.686. Per l'A. l'istituzione dell'*Opus Dei* è una chiara risposta alla “insuperabile antinomia” protestante, tra Legge e Vangelo. Il riferimento è a R. SOHM, *Kirchenrecht* II.Bd., *Katholisches Kirchenrecht*, Berlin 1970. Si veda anche M. TEDESCHI, *La scienza del diritto ecclesiastico*, in *Sulla scienza del diritto ecclesiastico* cit., p.47, nonché S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., pp. 28-29.

Lo Castro, però, ha il pregio di estendere in forma approfondita i termini del problema del mistero del diritto della Chiesa anche di fronte alle modalità della sua organizzazione in strutture materiali: questione organizzativa che vale sia nella dimensione organizzativa pubblica che privata. È il caso delle associazioni (private) nella Chiesa, le quali, una volta erette, in virtù dei loro precipui fini, partecipano automaticamente del più alto fine (pubblico) della verità ecclesiale di salvezza.¹¹⁶

E tuttavia, anche nella dimensione associativa si assiste ad un fenomeno di commistione tra pubblico e privato, ossia tra momento istituzionale ed associativo, cui lo stesso legislatore codiciale del 1983, forse vittima di incertezza o rispettoso del mistero che avvolge i fenomeni di soggettivazione, non ha inteso insistere più di tanto nell'operare con trasposizioni formali positive.¹¹⁷ Anche nella dimensione costituzionale canonica, tuttavia, il mistero del diritto è tutto ricompreso nella luce del disegno di Dio ed in esso trova fondamento. Anche qui, Lo Castro avverte, il binomio dialettico tra dimensione trascendente ed umana individua l'anello di congiunzione ed il fattore equilibratore nel primato dell'uomo nella prospettiva metafisica estesa anche alla sua espressione giuridica.¹¹⁸

È così che la prospettiva dualista della scienza giuridica secolare contemporanea, tutta presa a conservare "nella loro ontologica consistenza, la persona, per un verso ...[e] l'ordinamento strutturale della città in cui la persona è inserita...per l'altro", viene sostituita dalla prospettiva canonica monista dell'antropologia metafisica dell'uomo libero, ma pur sempre libero nella sua responsabilità di fronte a Dio.¹¹⁹

7. IL PRIMATO DEL FONDAMENTO METAFISICO DEL DIRITTO
SUI CONCORRENTI CRITERI DOGMATICI METASTORICI E METAGIURIDICI.
RILEVANZA SCIENTIFICA DELL'ATTRIBUTO DEL MISTERO ALL'UOMO
E ALL'ESPERIENZA GIURIDICA

Nello scritto "*L'uomo e la norma*" Lo Castro denuncia apertamente l'insufficienza del fondamento metagiuridico o metanormativo del diritto, quali strumenti per afferrare la reale natura del legame insistente tra l'uomo e la norma e, in ultimo, per rispondere adeguatamente al problema della giuridicità di quest'ultima. Il fondamento metafisico appare necessario per comprendere la dimensione umana nella sua totalità di esperienza giuridica.¹²⁰

¹¹⁶ G. LO CASTRO, *Il fenomeno associativo tra pubblico e privato nel diritto della Chiesa*, in *Il mistero II*, p. 256.

¹¹⁷ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, pp. 263-264.

¹¹⁸ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale cit.*, p. xxxviii.

¹¹⁹ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, pp. xxiv e xxxvi-xxxvii.

¹²⁰ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma cit.*, pp. 181 e 192. Per un'applicazione della formula "esperienza giuridica" al diritto ecclesiastico, v. L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica cit.*, pp. 1 ss. e 115 ss.

Si può qui aggiungere che solo alle condizioni metafisiche che illustrano ontologicamente la condizione umana ha senso parlare di mistero del diritto. Cosicché, se è dato osservare un legame indissociabile tra uomo e diritto,¹²¹ solo alla luce della metafisica è possibile apprezzare l'essenzialità dell'uomo che si fa autentico "strumento...di compenetrazione del divino nell'esperienza giuridica".¹²²

Sotto una diversa prospettiva Lo Castro precisa che l'impostazione metafisica non poggia su astrazioni ed evanescenti teoresi, ma sulla concretezza dell'esperienza giuridica, ossia su quel dato di fatto in grado di attribuire la natura di giuridicità al diritto ed alla norma, giacché la norma è giuridica quando soddisfa le esigenze dell'esperienza giuridica.¹²³ D'altro canto, il diritto, sulla base antropologica e teologica è manifestazione originaria di esperienza giuridica,¹²⁴ perché nella Chiesa questi caratteri del suo diritto divino non si sono mai persi, ma si rinnovano nel tempo, sicché il problema del divenire giuridico – ossia dell'esperienza giuridica – manifesta una costante attualità,¹²⁵ mentre l'uomo, nel suo realismo storico e salvifico, è al centro dell'esperienza giuridica, come protagonista assoluto, in virtù della sua soggettiva responsabilità d'agire.¹²⁶

Ecco allora profilarsi il problema fondamentale dell'esperienza giuridica nella Chiesa, nella messa a punto di un equilibrio possibile tra due dimensioni normative di cui, l'una, oggettiva, strutturata, "posita", consistente, che è la Chiesa stessa e, l'altra, soggettiva, operante, "ponenda", costituente, che è l'uomo.

Solo in tal senso la prospettiva metafisica, che resta primaria e centrale nella costruzione dell'uomo nel mistero del diritto, trasforma il dato meramente giuridico in metagiuridico. Ma si tratta di un'operazione possibile solo a patto di filtrare il dato giuridico attraverso la luce teologica della Redenzione: "mistero che dà senso alla storia dell'umanità e della Chiesa, come storia della Redenzione dell'uomo libero".¹²⁷ Tutto, nella dimensione del diritto e della sua esperienza, è una ricapitolazione verso l'uomo: questi ne rappresenta la misura metafisica universale il termine di confronto perfettibile,

¹²¹ G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa* cit., p. 108.

¹²² G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., p. 24.

¹²³ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma* cit., pp. 187. Cfr. B. RUSSELL, *La matematica e i metafisici*, in *Misticismo e logica* cit., pp. 79-98.

¹²⁴ G. LO CASTRO, *Basi antropologiche del diritto canonico* cit., pp. 13-14. Cfr. F. VECCHI, *Cinque studi* cit., pp. 58 ss.

¹²⁵ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., p. 98.

¹²⁶ G. LO CASTRO, *Conoscenza e interpretazione del diritto* cit., pp. 124-125.

¹²⁷ G. LO CASTRO, *Il riformismo nell'epoca della codificazione canonica*, in *Atti del Convegno su Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 27-28 maggio 2010, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Pellegrini ed., Cosenza, 2011, p.104. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Lett. Enc. "Redemptor hominis"*, nn. 9-10.

sebbene non la fonte originaria: “la norma riguarda l’uomo...ma non deriva da lui”.¹²⁸ Analogamente, conoscenza e interpretazione del diritto sono legati, né possono prescindere, dalla dimensione umana soggettiva, anche se la sottostante tecnica intellettuale dell’interpretazione non può fondarsi esclusivamente sul parametro critico della coscienza, togliendo di mezzo il dato dell’esperienza, così da risolvere il mondo del diritto entro un arbitrario ed iniquo foro della coscienza.¹²⁹

Con tali osservazioni Lo Castro prende definitivamente le distanze da ogni interpretazione ideologica del diritto della Chiesa e della sua scienza: un diritto di per sé storico, umano, “mai del tutto disvelabile”, mai assertorio,¹³⁰ perché posto nella perenne ricerca della verità della giustizia.¹³¹

8. L’INCOLMABILE SCARTO ONTOLOGICO, PER ANALOGATUM PRINCEPS,
CON IL POSITIVISMO LAICISTA E, IN GENERE,
CON LE PROSPETTIVE ANTI-METAFISICHE
DELLA MODERNA SCIENZA GIURIDICA STATUALE

Le riflessioni sin qui condotte lungo l’analisi del pensiero di Lo Castro delineano lo iato esistente tra due sensibilità scientifiche e il differente modo di intendere non solo i valori fondativi della scienza giuridica, ma anche i presupposti e le metodologie di indagine sulla loro conoscenza ed interpretazione.

La prospettiva comparata per *analogatum princeps*, pur assumendo come riferimento comune il soggetto di diritto, ne elabora infatti valutazioni formali e sostanziali di opposto e configgente segno. Il pensiero razionalista moderno è tanto chiuso al trascendente, quanto in progressivo e graduale allontanamento dalla metafisica di Dio: i “mille rivoli” del razionalismo positivista, tutti accomunati dalla convinzione dell’insufficienza ontologica della realtà umana, ammettono solo eventuali e casuali coincidenze tra etica religiosa e mondana.¹³²

E il soggetto di diritto, ossia l’uomo metafisico ed il suo mistero? L’incolmabile scarto ontologico tra la prospettiva spirituale e statuale non si ferma alla presa d’atto che tra le due posizioni si sono interposti sbarramenti

¹²⁸ G. LO CASTRO, *L’uomo e la norma* cit., p.167.

¹²⁹ G. LO CASTRO, *Conoscenza e interpretazione del diritto* cit., pp. 146-148.

¹³⁰ G. LO CASTRO, *Matrimonio* cit., p. XIV. Punti di contatto sull’insufficienza del diritto statuale e le sue potenzialità assertorie, possono cogliersi nella constatata incapacità del kantiano “uomo legislatore di sé stesso”, sostenuta da J. HABERMAS, *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica* (a cura di L. Ceppa), Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 130 ss.

¹³¹ Per sostanziali aderenze con una “definitività provvisoria” del diritto canonico, cfr. S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., p.61.

¹³² G. LO CASTRO, *La promozione dell’uomo nei rapporti* cit., pp. 202 e 211-212. Vedasi P. LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., p.5.

dogmatici insuperabili, ma che l'arsenale concettuale del giurista ecclesiale viene irrimediabilmente attratto a forze di revisione di contenuto di valore, espunzioni e persino misconoscimenti, tra i quali la negazione delle proprie radici ontologiche dell'uomo configurerebbe quello più grave.¹³³ I diritti secolari, chiusi nelle loro "geometriche" certezze positive non sono in grado di cogliere le peculiari verità del diritto divino: un diritto che non è limite al diritto umano, data la libertà dell'uomo di opporsi o, al contrario, di aderire al disegno di Dio, a conferma del mistero della salvezza.¹³⁴ Ma gli ordinamenti secolari non sanno comprendere neppure la natura dell'impianto giuridico che circonda l'uomo – né sanno distinguere il canonista dal teologo¹³⁵ – e così, declassano la "persona" canonica, rigettandone il valore trascendentale metafisico, in favore di qualifiche giuridiche formali.¹³⁶ Si giunge a dichiarare l'onnipotenza della norma, intesa come precetto scritto di un potere che non necessita di interpretazione – ma che discrezionalmente vaga tra *ius* e *facultas* –, salvo questa si limiti ad operazione intellettuale puramente applicativa.¹³⁷

La prospettiva comparata per *analogatum princeps* ci consegna così un quadro nel quale gli ordinamenti e le dottrine giuridiche canonica e statale sono destinati a misurarsi a distanza,¹³⁸ attori di un dialogo muto, in cui larga parte dei reciproci rapporti è affidata ai funambolismi dell'ingegneria giuridica negoziale, capaci di innalzare sistemi di raccordo formale, di patti tra contraenti che si riconoscono *inter pares* e pur onestamente volti a tutelare le prerogative dei diritti di libertà religiosa, assurti all'apice di diritti "fondamentali",¹³⁹ ma che guardano all'uomo ciascuno secondo una peculiare prospettiva.

È in questa diversa luce di penetrazione del tema antropologico, ed ontologico, che l'uomo ha, infatti, perduto la sua originaria unità soggettiva perché, mentre la Chiesa non intende abiurare – né v'è ragione per un simile sacrificio – alla sua concezione metafisica dell'uomo e del mondo, che è insieme mistero e realtà di natura, i diritti secolari sono ormai da tempo asserviti a teorie soggettivistiche e ai loro "fuorvianti" postulati: teorie che solo apparentemente offrono all'uomo la vagheggiata padronanza della con-

¹³³ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino* cit., pp. 40-41

¹³⁴ G. LO CASTRO, *Ult.loc.cit.*, pp. 55 ss.

¹³⁵ G. LO CASTRO, *Conoscenza e interpretazione del diritto* cit., pp. 164.

¹³⁶ G. LO CASTRO, *La persona nella Chiesa* cit., pp. 102-104; ID., *I fedeli* cit., p. 119; ID., *Il problema costituzionale* cit., p. VIII.

¹³⁷ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p.255; ID., *Interpretazione e diritto naturale* cit., pp. 179-180. Cfr. A. LEVI, *Teoria* cit., p.282.

¹³⁸ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p.301; ID., *Scienza giuridica e diritto canonico* cit., pp. 208-209; ID., *Diritto e giustizia* cit., pp. 458.

¹³⁹ G. LO CASTRO, *I fedeli* cit., p. 136.

dicio libertatis e, in realtà, trattengono strette nelle proprie mani le sorti e l'ampiezza di quell'effimero bagliore,¹⁴⁰ senza avvedersi che, come ammoniva molti anni addietro un insigne maestro del diritto, "non mille facce ha la verità, ma mille gradazioni".¹⁴¹

¹⁴⁰ G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., pp. 160-163; Id., *J. Escrivà e il diritto nella Chiesa* cit., p. 17. Cfr. B. RUSSELL, *Il culto dell'uomo libero*, in *Misticismo e logica* cit., p. 57.

¹⁴¹ F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova (1939), rist. 1990, p. 112.

DOTTRINA

LA RICHIESTA DEL BATTESIMO IN SITUAZIONI CONTRARIE ALLA DIGNITÀ DEL MATRIMONIO

MASSIMO DEL POZZO

ABSTRACT: L'articolo esamina la questione dell'ammissione al battesimo delle persone in situazione contraria alla dignità del matrimonio (conviventi o invalidamente sposati civilmente) anche alla luce dell'ininterrotta prassi canonica e degli insegnamenti magisteriali recenti. L'obiettivo contraddizione della condizione personale del richiedente con l'amore sponsale di Cristo compromette la verità e il valore del segno sacramentale. Il diritto al sacramento infatti è intrinsecamente condizionato dal conseguimento del fine salvifico. In tali situazioni, solo l'autenticità ed efficacia della penitenza (comprovata esternamente) permette l'accesso all'iniziazione cristiana. Il motivo ostativo alla celebrazione non è il giudizio della Chiesa ma la libera decisione dell'interessato. La dignità del sacramento e l'esigenza della conversione personale inducono quindi a dilazionare il conferimento del segno in assenza della coerenza esistenziale dell'istante.

PAROLE CHIAVE: Can. 865. Battesimo dell'adulto. Situazioni matrimoniali irregolari. Disposizioni morali. Pentimento.

SOMMARIO: 1. Le sfide della nuova evangelizzazione. – 2. I termini della fattispecie. – 3. La continuità della tradizione canonica. – 4. La chiarezza delle indicazioni

ABSTRACT: This article examines the question of admitting to baptism those living in situations contrary to the dignity of marriage (cohabitation or invalid civil marriage) in light of constant canonical practice and recent magisterial teaching. The objective contradiction between the personal condition of the one seeking baptism and the spousal love of Christ compromises the truth and value of the sacramental sign. In effect, the right to baptism is intrinsically conditioned by the fact that it is directed toward salvation. In these situations only authentic repentance (externally proven) will make it possible to pursue Christian initiation. In reality, the impediment to receiving the sacrament does not lay in the judgment of the Church, but in the free decision of the person about his life. The dignity of the sacrament and the requirement of personal conversion provide reason, therefore, to delay the conferral of the sacrament in absence of real coherence in the life of the individual at that particular moment in time.

KEYWORDS: Can. 865. Adult Baptism. Irregular Marriage Situations. Moral Dispositions. Repentance.

magisteriali. – 5. La coerenza esistenziale del battezzando. – 6. Il diritto alla verità del segno sacramentale. – 7. L'autenticità del pentimento richiesto. – 8. L'illiceità dell'ammissione al battesimo dell'impenitente.

1. LE SFIDE DELLA NUOVA EVANGELIZZAZIONE

«**A**NDATE in tutto il mondo e proclamate il Vangelo a ogni creatura. Chi crederà e sarà battezzato sarà salvato, ma chi non crederà sarà condannato» (Mc 16,15-16). Il mandato missionario di Gesù costituisce una spinta decisiva all'incorporazione alla Chiesa e fonda la *necessità di mezzo del battesimo per la salvezza*.¹ L'interesse ecclesiale prevalente sin dalle origini è stato quello di diffondere l'annuncio della salvezza e di procurare l'adesione vitale a Cristo di quanti lo desiderano. Nell'iniziazione dell'adulto a fronte della complessità sociale della postmodernità interessa però accertare quanto la rettitudine della disposizione dell'istante sia essenziale per l'efficacia della rigenerazione cristiana e condizioni la doverosità dell'amministrazione del segno.

Nel contesto odierno gli ostacoli alla ricezione dell'economia salvifica non sono rappresentati solo dalla refrattarietà di culture estranee alla radicazione del messaggio evangelico ma soprattutto dalla *secolarizzazione* e dalla *confusione morale delle stesse società di matrice cristiana*. Alla classica (e per nulla superata) fattispecie del battesimo del poligamo² si aggiungono oggi la piaga del divorzio e la diffusione di scelte di vita che contrastano con la santità del matrimonio.³ Mentre in passato il problema dell'ammissione sacramentale riguardava prevalentemente la prosecuzione del cammino del fedele,⁴ la dilazione del battesimo dei bambini e i non infrequenti principi di conversione nel mondo globalizzato o nelle realtà postcomuniste rendono particolarmente attuale il problema dell'accesso o meno alla *ianua sacramentorum* di coloro che si trovano in forme di convivenza *more uxorio* senza essere validamente sposati. La crescente disgregazione del matrimonio e della

¹ «Il battesimo, porta dei sacramenti, necessario di fatto o almeno nel desiderio per la salvezza, ...» (can. 849).

² Cfr. F.J. URRUTIA, *Praxis non admittendi polygamos ad baptismum: cur non mutatur?*, «Periodica», 70 (1981), pp. 499-522; S. RECCHI, *La poligamia: disciplina e pratica ecclesiale*, in <http://www.missionerh.it/Diritto-canonico/Comprendere-il-Diritto-Canonico-46.-La-poligamia-1-2.-Disciplina-e-pratica-ecclesiale.html>; *infra* ntt. 28 e 34.

³ L'espressione abbastanza comune "situazioni matrimoniali irregolari" con cui si qualificano i diversi contesti di offesa alla dignità del coniugio può risultare equivoca e sviante sia per l'indebito riferimento alla realtà matrimoniale sia per evocare un supposto difetto formale anziché un vizio sostanziale nell'atteggiarsi della relazione affettiva. Proprio per la difesa della verità e del "buon diritto" ci sembra che convenga nei limiti del possibile cercare di preservare la specificità e peculiarità dell'amore nuziale per l'istituto matrimoniale senza indulgere neppure ad eufemismi o accomodamenti nominali.

⁴ La questione concerneva l'ammissione all'Eucaristia: *infra* ntt. 31-33.

famiglia ha visto infatti crescere esponenzialmente le relazioni sentimentali non fondate sull'indissolubilità del vincolo e ha attenuato notevolmente la formazione delle coscienze. Il concomitante (confortante e costante) aumento in molti paesi dei battesimi in età matura rende abbastanza prossima l'eventualità del riscontro della compatibilità della condizione degli aspiranti con la sacralità dell'iniziazione. La prassi di altre Chiese o comunità ecclesiali non in piena comunione con la Chiesa cattolica non contribuisce tra l'altro a chiarire l'esigenza comportamentale richiesta.⁵ La richiesta del battesimo da parte di persone che versano in situazioni contrarie alla dignità del matrimonio non risulta pertanto un caso di scuola ma un'evenienza statisticamente abbastanza rilevante e un delicato problema ecumenico.⁶

Nel presente frangente storico l'accondiscendenza o il supposto zelo dei pastori potrebbe indurli a venire incontro ai desideri dell'istante, giustificando la protrazione di condotte contrarie alla legge naturale o tollerando l'errore in buona fede del richiedente, magari in vista di un successivo approfondimento dei contenuti della fede.⁷ Limitarsi solo all'accertamento della presunta sincerità dell'aspirazione al cammino di fede rischia tuttavia di compromettere la pienezza e fruttuosità del sacramento. Anche chiusure o rigidità ingiustificate possono però compromettere il diritto del richiedente, se ad es. la separazione dei conviventi fosse contraria all'interesse dei figli o al bene comune.⁸ Il lodevole desiderio di venire incontro all'aspirazione

⁵ Per quanto non si specifichi il caso qui considerato, è indicativo quanto prevede il n. 31 del *Vademecum per la pastorale delle parrocchie cattoliche verso gli orientali non cattolici* della CEI (23 febbraio 2010): «Le Chiese orientali non cattoliche differiscono dalla Chiesa cattolica in alcuni aspetti riguardanti la dottrina sul matrimonio. Infatti, le Chiese orientali non cattoliche, accanto all'affermazione della sostanziale indissolubilità del matrimonio, ammettono nella prassi il divorzio e la possibilità di nuove nozze (a partire dal principio dell'*oikonomia*), senza che questo comporti l'esclusione dall'Eucaristia» (n. 31, «*Ius Ecclesiae*», 22 [2010], p. 520, cfr. anche n. 22, pp. 518-519). La posizione ortodossa (non è troppo dissimile, anche se più frastagliata e articolata, quella dei riformati) può comportare evidentemente discrasie anche per quanto riguarda la "buona disposizione" nel battesimo dell'adulto.

⁶ Secondo l'ultimo Annuario statistico il numero di battesimi degli adulti è stato di 2.772.625, cioè il 16,1% dei totali (nella categoria si considerano i battesimi di coloro che abbiano superato i sette anni). Dalla tavola comparativa tra gli anni 1999-2004-2009 si ricava agevolmente che mentre in Africa il numero di battesimi degli adulti sta progressivamente diminuendo, in America, Asia, Europa e Oceania, e in generale nell'orbe cattolico, cresce progressivamente (Cfr. *SECRETARIA STATUS, Rationarium generale Ecclesiae. Annuarium statisticum Ecclesiae 2009*, Città del Vaticano 2011, pp. 324-325).

⁷ Il riconoscimento della legge della gradualità nell'azione pastorale non significa ammettere un'inammissibile "gradualità della legge" che porta a sminuire e attenuare soggettivamente le esigenze della norma morale (cfr. A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La legge della gradualità. Significato dottrinale e criteri pastorali*, in www.eticaepolitica.net; R. GARCÍA DE HARO, *Gradualità della legge e legge della gradualità*, in AA.VV., *La procreazione responsabile. Fondamenti filosofici, scientifici, teologici*, Roma 1984, pp. 153-171).

⁸ Cfr. *infra* nt. 37.

delle persone e di fornire l'aiuto spirituale della Chiesa richiede dunque un serio discernimento delle circostanze e delle situazioni. Queste pagine vorrebbero pertanto aiutare gli operatori e gli specialisti a far luce sulla questione e cogliere la *ratio* della disciplina ecclesiale.

2. I TERMINI DELLA FATTISPECIE

Chiarita l'attualità e rilevanza del problema, occorre in primo luogo individuare la consistenza delle *situazioni che contrastano con la dignità del matrimonio*. L'es. ap. *Familiaris consortio*, a proposito delle situazioni familiari irregolari, menziona cinque condizioni soggettive: il c.d. "matrimonio per esperimento"; le unioni libere di fatto; i cattolici uniti col solo matrimonio civile; i separati e divorziati non risposati; i divorziati risposati.⁹ Il matrimonio civile dei battezzati presupponendo il segno sacramentale chiaramente esula per definizione dal senso dell'indagine. L'ipotesi considerata può essere rapportata in sintesi alla *convivenza* in vista o meno di un futuro matrimonio e dall'*unione civile* viziata dall'impedimento del precedente vincolo coniugale. Emerge subito, anche da un punto di vista pastorale, che nella convivenza l'obiettivo contrasto con la virtù della castità, oltre che con la separazione dei conviventi, potrebbe essere superato con la celebrazione del matrimonio; la condizione di divorziato o di separato, vivendo l'altro coniuge, invece – a meno della prosecuzione *tamquam frater et soror* dell'unione per una grave ragione¹⁰ – non ammette altra soluzione che la rottura della relazione successiva (salvo un eventuale accertamento dell'insussistenza dell'impedimento di vincolo tramite una sentenza di nullità matrimoniale).¹¹ Lo stato non libero di un soggetto chiaramente preclude ogni lecito futuro al rapporto affettivo.¹² Occorre precisare che la stessa separazione coniugale castamente vissuta potrebbe costituire un motivo ostativo se non adeguatamente giustificata.¹³ Soprattutto nella società occidentale la liberalizzazione

⁹ GIOVANNI PAOLO II, es. ap. post-sinodale *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, nn. 80-84, «AAS», 74 (1982), pp. 180-186 (d'ora in poi FC).

¹⁰ Cfr. *infra* nt. 37.

¹¹ È bene aver presente che la sapienza e prudenza pastorale insegna che la situazione di illecita convivenza in atto non deve indurre ad accelerare una decisione matrimoniale poco avveduta e lungimirante né tantomeno ad intraprendere un improbabile giudizio di nullità. La mentalità della regolarizzazione "a ogni costo" spesso ingenera ulteriori problemi e disordini. Riguardo al divorziato o al separato vedovo, la morte del coniuge non sarebbe risolutoria se persistesse un contegno di palese impenitenza.

¹² Il rapporto di convivenza *more uxorio* con una persona coniugata configura un adulterio (CCE 2380-2381). Evitiamo di qualificare la relazione come adulterina solo per l'accezione peggiorativa e poco delicata che può assumere, occorre tuttavia comprendere la gravità e la serietà dell'attentato all'istituto matrimoniale che comporta l'indulgenza a un'emotività irresponsabile e scriteriata.

¹³ Nella società contemporanea la diffusa mentalità divorzista ed un sistema giuridico soggettivistico e relativistico, implicano spesso che la "separazione legale" non è concepita

dei costumi e la banalizzazione delle relazioni sentimentali sono purtroppo all'ordine del giorno. Lo stravolgimento dell'ordine della creazione dunque non solo è vario e articolato ma frequente e diffuso.

L'elemento comune a tutte le ipotesi considerate è dato dal riferimento ad uno *stato di vita contrario al vincolo del matrimonio*. Può valer la pena puntualizzare un paio di aspetti.

Il plurale "situazioni" aiuta ad evidenziare la *bilateralità della responsabilità della condotta disonesta*. Il rapporto istaurato è illecito per entrambi, mai per uno solo. La violazione dell'indissolubilità ad es. inficia anche la posizione del compagno.¹⁴ Il *partner* con la sua scelta condivide infatti l'ingiustizia perpetrata dallo sposato nei confronti dell'impegno assunto, dell'altro coniuge e della comunità. La condizione del convivente insomma influisce sempre sulla rettitudine dell'altro soggetto.

L'altra precisazione concerne la *natura dell'opzione esistenziale incompatibile con la lex gratiae*. La nozione di "stato" indica l'intenzionale persistenza della situazione posta in essere e conseguentemente la verificabilità dell'incongruenza della condotta sociale del richiedente. Ostativa all'amministrazione del segno sacramentale è la pertinacia del contegno esterno del soggetto che contrasta patentemente con la chiamata alla santità. Debolezze isolate o anche vizi, se rifiutati e combattuti, non precludono certo l'accesso all'economia salvifica. La chiarezza del principio non comporta insomma chiusure rigide e puritane ma l'accertamento del bene della persona. Il vero problema è in definitiva il perdurante atteggiamento della volontà dell'istante.

Quanto al battesimo, in ipotesi si versa per definizione nell'*iniziazione dell'adulto*. Il can. 852 § 1 precisa che tale modalità celebrativa si riferisce a quanti, usciti dall'infanzia, hanno raggiunto l'uso di ragione.¹⁵ Il minorene resta soggetto tuttavia alla potestà dei genitori o di chi ne fa le veci in una certa misura anche nel proprio cammino di fede. In ambito battesimale il raggiungimento della piena autonomia dell'individuo può ricondursi orientativamente al compimento del quattordicesimo anno di età.¹⁶ Nel ca-

come una forma di tutela del *bonum sacramenti* ma come un diretto attentato alla santità del matrimonio: si tratta spesso dell'antisala o del passaggio obbligato per ottenere il divorzio. Oltretutto negli ordinamenti statuali le cause che legittimano la separazione non rispondono normalmente, soprattutto nell'interpretazione delle norme, a quelle previste dal CIC (cfr. cann. 1052-1053) ma a criteri più lassi e meno rigorosi (normalmente si limitano ad accertare la "ferma determinazione" di non protrarre la convivenza coniugale).

¹⁴ Non ha senso ad es. attribuire il motivo ostativo alla liceità dell'unione solo allo *status* dell'altro, come se l'amante non partecipasse direttamente e consapevolmente alla colpa del convivente. Il fraintendere i reali termini della questione porta sovente ad un atteggiamento accomodante e compiacente verso la "vittima" dell'irregolarizzabilità.

¹⁵ La circostanza si riconduce presuntivamente al compimento dei sette anni (can. 97 § 2).

¹⁶ Il riferimento cronologico è desumibile dal combinato disposto dei cann. 98 § 2, 111 § 2,

so di specie dunque l'istante si presenta dichiaratamente come un soggetto indipendente e autosufficiente. La situazione di convivenza suggella evidentemente l'emancipazione e l'autonomia dalla potestà parentale.¹⁷ Ciò chiaramente non significa ignorare la non trascurabile influenza (positiva o negativa) dell'ambiente familiare di provenienza nella decisione e nella successiva maturazione della scelta esistenziale e religiosa della persona, soprattutto da un punto di vista pastorale e catechetico.

3. LA CONTINUITÀ DELLA TRADIZIONE CANONICA

Non abbiamo la pretesa di riportare in questa sede la storia della disciplina ecclesiale sul tema, appare doveroso tuttavia compiere almeno un sommario accenno alla *tradizione canonica*. L'analisi storico-esperienziale e quella logico-razionale costituiscono d'altronde i due principali canali per comprendere la realtà giuridica nella Chiesa. La coincidenza dei due profili, come si registra in questo caso, avvalorava chiaramente la forza e stringenza dell'argomentazione.

La *conformazione esistenziale con l'insegnamento evangelico* è stata condizione per l'ammissione al catecumenato sin dai primi secoli. È abbastanza indicativa al riguardo la conclusione di un approfondito contributo di G. Brugnotto: «1) Una prima acquisizione che emerge dalla storia è il catecumenato come cammino globale e complessivo di introduzione alla vita cristiana: in esso convergono tutte le dimensioni fondamentali della fede in Gesù Cristo. L'istruzione, la vita di preghiera e liturgica, la vita spirituale e morale, l'appartenenza alla Chiesa formava un'unica realtà. Oggi siamo fortemente tentati di selezionare e separare la spiritualità dalla vita morale, la fede dalle forme di vita, la liturgia dalla disciplina..., rischiando la frammentazione e l'incomprensibilità della radicalità evangelica. (...) Sotto questo profilo non si può amministrare il battesimo a prescindere dalle condizioni di vita del candidato e dalla possibilità che il cammino di fede possa realmente progredire». ¹⁸ La prassi di non concedere il battesimo a chi non solo non voglia ma non rimuova positivamente lo stato di peccato grave manifesto è dunque costante e indiscussa. Giova rilevare che nel contesto del mondo pagano, segnato dal disordine dei costumi e dallo smarrimento della "verità del principio", ¹⁹ l'afflato missionario avrebbe spinto semmai a favorire l'incorpora-

863, 1478 § 3. Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il battesimo degli adulti come diritto e come causa di effetti giuridico-canonici*, «Ius Ecclesiae», 2 (1990), pp. 10-11.

¹⁷ Non è escluso in teoria che il soggetto (in particolare la donna) possa avere un'età inferiore ai quattordici anni, l'eventualità tuttavia appare piuttosto improbabile e inverosimile.

¹⁸ G. BRUGNOTTO, *Il catecumenato come istituto giuridico di incorporazione alla Chiesa nei secoli I-VII*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Iniziazione cristiana: profili generali*, Milano 2008, pp. 83-84.

¹⁹ Cfr. Mt 19,8.

zione vitale con Cristo in vista della successiva purificazione e rettificazione del contesto sociale di diffusione della fede. La soluzione adottata manifesta invece il coraggio della posizione univocamente assunta dalla Chiesa sin dalle origini. La norma seguita avvalora quindi ancor di più l'imprescindibilità di un adeguato contegno morale del battezzando.

Sin da Giustino la conversione richiesta non appare solo spirituale e intellettuale ma anche comportamentale.²⁰ Ancor più chiaro e rilevante è il tenore della *Traditio Apostolica*. L'interrogazione previa prevede l'accertamento e la rispondenza dello stato civile: allo sposato si chiede di vivere bene il matrimonio, al celibe si ingiunge la mancata fornicazione, per assicurare sempre una vita secondo la legge morale, l'eventuale eccessiva gravosità della continenza induce alle nozze²¹ (mai al concubinato). Il tema della non ammissione al battesimo dei peccatori manifesti viene poi affrontato abbastanza compiutamente da S. Agostino nel IV secolo, evidenziando la necessità di adeguate disposizioni personali del candidato.²² Il battesimo degli adulti si è configurato dunque come una conformazione esistenziale e una disposizione efficace all'azione della grazia. Nei primi secoli il padrino aveva tra l'altro un ruolo di accompagnamento dottrinale e spirituale ma anche di testimonianza della convenienza dell'incorporazione cristiana di fronte alla comunità: attestava le disposizioni interiori e la serietà dei costumi del candidato.²³

Nella *canonistica classica*, pur sottolineandosi la necessità di mezzo del battesimo per la salvezza, si ribadisce ripetutamente la libertà e consapevolezza dell'adesione vitale a Cristo e alla Chiesa.²⁴ Nella comprensione e rispondenza del battesimo la penitenza viene associata alla fede.²⁵ La dottrina agostiniana continua a fungere da fulcro della prassi battesimale. Resta fermo il principio dell'effettività della conversione per l'accesso alla vita della grazia

²⁰ Cfr. *Apologia*, n. 61. Il Padre apologista evidenzia tra l'altro l'esigenza oggettiva e non solo intenzionale del rigore etico (il riferimento allo stato matrimoniale può chiaramente ritenersi implicito nell'argomentazione).

²¹ N. 15. La stessa *Traditio* menziona anche una serie di contegni incompatibili con la professione di fede tra cui si ricomprende il lenone, la prostituta e il lussurioso (*ibid.*)

²² Cfr. *De fide et operibus*, in PL XL, pp. 197-230.

²³ Cfr. A. BRAGA ARANTES DE FARIA, *Padrinhos de Baptismo. História, Atualidade e Desafios*, «Forum Canonicum», 2 (2007), pp. 134-139; BRUGNOTTO, *Il catecumenato come istituto giuridico...*, cit., pp. 78-79.

²⁴ Cfr., tra gli altri, *Grat.*, D.45 c.3 e 5; X. 3.42.3; X. 5.6.9. Una preoccupazione frequente ad es. è quella di evitare le conversioni coatte degli ebrei.

²⁵ «*Firmissime tene et nullatenus dubites, exceptis illis, qui pro nomine Christi suo sanguine baptizantur, nullum hominem accepturum uitam eternam, qui non hic a malis suis fuerit per penitenciam fidemque conuersus, et per sacramentum fidei et penitenciae, id est per baptismum, liberatus; et maioribus quidem necessarium esse et penitenciam de malis suis agere et fidem catholicam secundum regulam ueritatis tenere, et sacramentum baptismatis accipere: paruulis uero...*». (*Grat.*, C.15 q.1 c.3).

(«*Non transit ad nouam uitam quem non penitet ueteris uitae*»²⁶). Il *corpus iuris canonici* suffraga quindi la coerenza esistenziale del battezzando adulto.

Netta e categorica risulta pure la posizione assunta dalla Congregazione del Sant'Uffizio col *Decreto del 10 maggio 1703* circa l'obbligatorietà della penitenza e il comportamento da tenere nei confronti del poligamo. Il Dicastero chiarisce la portata dell'impegno: «*Teneri missionarium inducere baptizandum adultum ad eliciendum actum contritionis vel attritionis*».²⁷ Quanto all'amministrazione del sacramento all'adulto con più mogli prossimo alla morte, il decreto puntualizza: «*Non licere si ex illis mulieribus una sit uxor legitima et ceterae concubinae, nisi prius eiectis concubinis; si vero habuerit omnes tamquam legitimas uxores, pariter non licere, nisi eiectis omnibus paeter prima si cum ea valide contraxit, et velit secum cohabitare absque Creatoris iniuria. Si tandem vel omnes simul et unico actu acceperit in uxores, vel omnes habeat ut concubinas, non licere nisi eiectis omnibus ante susceptionem Baptismi*».²⁸ Persino in pericolo di morte la cessazione dello stato di peccato è condizione imprescindibile di liceità del battesimo e l'amministrazione del sacramento è incompatibile con la situazione di concubinato del soggetto.²⁹ Il battesimo non può che comportare l'adesione interiore ed esteriore dell'aspirante al cambiamento richiesto dall'intenzione manifestata.

4. LA CHIAREZZA DELLE INDICAZIONI MAGISTERIALI

Ancor più decisivo appare il riferimento al *magistero recente della Chiesa*. L'assenza di uno specifico intervento relativo ai limiti dell'ammissione battesimale rinvia evidentemente alla costante prassi ecclesiale e alla logica della *lex sacramentorum*. I ripetuti chiarimenti relativi alla preclusione dell'ammissione all'Eucaristia dei divorziati risposati offrono peraltro parametri e criteri validi anche per il caso considerato.³⁰

I frequenti richiami contemporanei portano sempre alla scontata conclusione dell'*inammissibilità del soddisfacimento della richiesta della comunione nei*

²⁶ «*Item Augustinus de penitencia. [c. 2.] Omnis, qui iam suae uoluntatis arbiter constitutus est, cum accedit ad sacramentum fidelium, nisi eum peniteat uitae ueteris, nouam non potest inchoare. Ab hac penitencia, cum baptizantur, soli paruuli immunes sunt. Nondum enim possunt uti libero arbitrio*» (*Grat., de cons., D.4 c.94*, affermazione quasi letteralmente ripresa in *Grat., de poen., D.1 c.81*).

²⁷ Documento riportato in F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, 1, Taurini-Romae 1953, p. 133.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ L'unicità della relazione sentimentale non muta la natura del rapporto. Anche in questo caso la sensibilità moderna induce ad evitare la qualifica di concubinato ma non cambia la specie morale della condotta (CCE 2390).

³⁰ Cfr. in generale anche per ampi riferimenti di fonti e letteratura P. ABHULIMEN, *Reconciliation of the Faithful in Situations of Irregularity for the Reception of the Eucharist. The Case of Nigeria, Thesis ad Doctoratum in Iure Canonico - Pontificia Universitas Sanctae Crucis*, Roma 2010.

confronti del divorziato risposato.³¹ La contraddizione oggettiva e persistente dello stato di vita con l'ordine della creazione preclude al richiedente l'apertura alla grazia e la conseguente amministrazione del segno.³² La Dichiarazione del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi del 24 giugno 2000 appare inoltre chiara e tassativa.³³ Al di là della focalizzazione del problema sull'Eucaristia, perentorio resta il giudizio circa la grave contrarietà alla norma morale di chi convive abitualmente *more uxorio* con una persona che non è la legittima moglie o il legittimo marito, ribadendo la necessità della conversione e della rimozione dello stato di peccato per accostarsi all'organismo sacramentale. La necessità del battesimo e la primordialità della configurazione con Cristo non stravolgono certo la coerenza e continuità dei principi dell'iniziazione cristiana.

Per la facile assimilazione al caso considerato può essere utile riportare anche la giustificazione del *trattamento delle ipotesi di poligamia* riproposta da Benedetto XVI: «In questo orizzonte di pensieri, il Sinodo dei Vescovi ha affrontato il tema della prassi pastorale nei confronti di chi incontra l'annuncio del Vangelo provenendo da culture in cui è praticata la poligamia. Coloro che si trovano in una tale situazione e che si aprono alla fede cristiana devono essere aiutati ad integrare il loro progetto umano nella novità radicale di Cristo. Nel percorso di catecumenato, Cristo li raggiunge nella loro condizione specifica e li chiama alla piena verità dell'amore passando attraverso le rinunce necessarie, in vista della comunione ecclesiale perfetta. La Chiesa li accompagna con una pastorale piena di dolcezza e insieme di fermezza,

³¹ Cfr. ad es. FC n. 84; GIOVANNI PAOLO II, es. ap. postsinodale *Reconciliatio et poenitentiae*, 2 dicembre 1984, n. 34, «AAS», 77 (1985), pp. 271-273; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa la ricezione della comunione eucaristica da parte di fedeli divorziati risposati*, 14 settembre 1994, «AAS», 86 (1994), pp. 974-979; GIOVANNI PAOLO II, lett. enc. *Ecclesia de Eucharistia*, 17 aprile 2003, n. 34, «AAS», 95 (2003), p. 456; BENEDETTO XVI, es. ap. postsinodale *Sacramentum caritatis*, 22 febbraio 2007, n. 29, «AAS», 99 (2007), pp. 128-130 (d'ora in poi Sc).

³² Risulta calzante anche per il battesimo l'affermazione di principio di FC n. 84: «La Chiesa, tuttavia, ribadisce la sua prassi, fondata sulla Sacra Scrittura, di non ammettere alla comunione eucaristica i divorziati risposati. Sono essi a non poter esservi ammessi, dal momento che il loro stato e la loro condizione di vita contraddicono oggettivamente a quell'unione di amore tra Cristo e la Chiesa, significata e attuata dall'Eucaristia. C'è inoltre un altro peculiare motivo pastorale: se si ammettessero queste persone all'Eucaristia i fedeli rimarrebbero indotti in errore e confusione circa la dottrina della Chiesa sull'indissolubilità del matrimonio».

³³ Cfr. «Communicationes», 32 (2000), pp. 159-162. Il documento chiarisce il contenuto della condizione preclusiva all'amministrazione del segno sacramentale: «l'esistenza di una situazione oggettiva di peccato che dura nel tempo e a cui la volontà del fedele non mette fine, non essendo necessari altri requisiti (atteggiamento di sfida, ammonizione previa, ecc.) perché si verifichi la situazione nella sua fondamentale gravità ecclesiale» (p. 161), riscontrabile anche nell'ipotesi considerata.

soprattutto mostrando loro la luce che dai misteri cristiani si riverbera sulla natura e sugli affetti umani». ³⁴ La comprensione ecclesiale dunque non è mai disgiunta dalla fermezza e dalla chiarezza. Non minor esigenza evidentemente si impone nei confronti del neofita che non ha subito un simile condizionamento educativo e culturale.

La posizione permanentemente assunta è frutto della *coerenza e razionalità della lex gratiae*. L'*unitarietà dell'organismo sacramentale* e dell'iniziazione cristiana in particolare ³⁵ induce a considerare complessivamente e armonicamente la *ratio* del mandato divino. Non è configurabile insomma alcuna graduazione dell'ammissione ai mezzi di grazia in ragione dello stato di vita, ³⁶ si riscontra viceversa una continuità e consequenzialità della disciplina ecclesiale. L'azione sacramentale nutre ed esprime l'onestà della fede: la coerenza esistenziale è dunque una stringente esigenza degli impegni battesimali e della consapevolezza dell'assenso all'economia salvifica prestato. Un'iniziazione senza seguito d'altronde appare paradossale e senza senso (sarebbe come svezzare un neonato per poi lasciarlo senza cibo).

Valutando il contesto magisteriale bisogna menzionare infine l'ipotesi dell'*impossibile rimozione formale della situazione irregolare*. L'es. ap. *Sacramentum caritatis*, riprendendo la previsione del n. 84 dell'es. ap. *Familiaris consortio*, menziona una specifica forma di riconciliazione dei conviventi: «Infine, là dove non viene riconosciuta la nullità del vincolo matrimoniale e si danno condizioni oggettive che di fatto rendono la convivenza irreversibile, la Chiesa incoraggia questi fedeli a impegnarsi a vivere la loro relazione secondo le esigenze della legge di Dio, come amici, come fratello e sorella; così potranno riaccostarsi alla mensa eucaristica, con le attenzioni previste dalla provata prassi ecclesiale». ³⁷ Il riscontro di simile eventualità è estensibile anche al sacramento del battesimo. L'irragionevolezza della separazione deve rispondere però a motivi seri e oggettivi. Il provvedere all'educazione della prole comunque è il caso tipico ma non esclusivo legittimante la protrazione della convivenza (un incombente dovere di assistenza, fermo restando l'impegno della continenza, possono giustificare tale condotta). L'ammissione all'iniziazione cristiana inoltre deve sempre rispettare la coscienza dei fedeli e l'edificazione del popolo di Dio nelle forme e nei modi di attuazione, evitando motivi di scandalo o di turbamento.

³⁴ Sc n. 28.

³⁵ Cfr. can. 842 § 2.

³⁶ È estremamente equivoco supporre una minor esigenza e rigore nel battesimo rispetto all'Eucaristia e alla penitenza.

³⁷ Sc 29. FC precisa che i soggetti «pentiti di aver violato il segno dell'Alleanza e della fedeltà a Cristo, sono sinceramente disposti ad una forma di vita non più in contraddizione con l'indissolubilità del matrimonio» (n. 84).

5. LA COERENZA ESISTENZIALE DEL BATTEZZANDO

Il can. 865 § 1 esplicita come, oltre alla positiva volontà di ricezione del sacramento, sia richiesta l'istruzione dottrinale e morale conveniente, il riscontro della serietà dell'impegno e l'esortazione al pentimento del candidato.³⁸ Al di là del rilievo *ad validitatem* dell'intenzione nell'adulto, interessa sottolineare che gli elementi segnalati non possono essere disgiunti e separati: compongono l'integrità dell'adesione personale a Cristo. La coerenza della propria condizione di vita e la veridicità della conversione (non l'illibatezza o l'innocenza del battezzando) appaiono dunque come imprescindibili presupposti della fecondità e rispondenza dell'iniziazione.

I contenuti della preparazione battesimale sono rappresentati dalla *sufficiente istruzione religiosa*, dalla *prova della pratica cristiana* e dall'*esortazione al pentimento*. Tutti e tre gli elementi descritti convergono nel richiedere la conformità vitale del soggetto con il messaggio cristiano. L'aspetto dogmatico è congiunto con quello operativo (verità della fede e doveri cristiani formano un tutt'uno).³⁹ La pratica evidentemente non è solo spirituale e liturgica, riguarda anche le virtù e i costumi. La penitenza è il riconoscimento degli errori e dei peccati commessi ed è chiaramente inconciliabile con l'ostinazione nel male.⁴⁰ Non vi è dubbio insomma che un «comportamento esterno gravemente, manifestamente e stabilmente contrario alla norma morale»⁴¹ inficia la possibilità dell'attribuzione del bene salvifico. L'indisposizione morale del richiedente compromette la rispondenza e l'efficacia del segno. L'atto di culto unisce inscindibilmente fede ed *ethos*.⁴²

³⁸ «*Ut adultus baptizari possit, oportet voluntatem baptismum recipiendi manifestaverit, de fidei veritatibus obligationibusque christianis sufficienter sit instructus atque in vita christiana per catechumenatum sit probatus; admoneatur etiam ut de peccatis suis doleat*». Il canone non differenzia l'intenzione dalla debita preparazione e disposizione del soggetto; la dottrina teologica e canonistica non ha dubbi nel ritenere che solo il primo requisito incida sulla validità del segno mentre la fede, la pratica di vita cristiana e la penitenza integrano condizioni per la lecita celebrazione (M. BLANCO, *Comentario c. 865*, in A. MARZOÀ - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA [a cura di], *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, IV, Pamplona 2002, pp. 477-479; C.J. ERRÁZURIZ M., *Il battesimo degli adulti nell'attuale diritto canonico*, «Monitor Ecclesiasticus», 115 [1991], pp. 90-93; B.F. PIGHIN, *Diritto sacramentale*, Venezia 2006, pp. 118-119).

³⁹ Basti pensare anche alla struttura delle lettere neotestamentarie.

⁴⁰ L'invito non vuol dire che si possa prescindere da un riscontro dell'accoglimento della chiamata alla conversione. Non si deve accertare la positività della contrizione interiore, ma si deve rilevare la fermezza della renitenza esteriore (*infra* § 7).

⁴¹ Cfr. *Ecclesia de Eucharistia*, cit., n. 37.

⁴² Cfr. il ns. saggio «Diritto casuistico» o «diritto apodittico» nella liturgia della Chiesa? Il recupero di una considerazione armonica e organica di culto, diritto ed *ethos*, in M. DEL POZZO, *La dimensione giuridica della liturgia, Saggi su ciò che è giusto nella celebrazione del mistero pasquale*, Milano 2008, pp. 33-61.

Ancor più chiaro è il *disposto del can. 865 § 2*: «L'adulto, che si trova in pericolo di morte, può essere battezzato qualora (...) prometta che osserverà i comandamenti della religione cristiana». ⁴³ Perfino *in periculo mortis* non si può prescindere da un serio impegno di rispetto del decalogo. Il desiderio di riconciliare il morente con Dio non travalica l'atteggiamento della sua volontà. Evidentemente non si richiede mai l'esemplarità passata o l'assicurazione della futura condotta virtuosa, si impone però l'assenza di ostacoli presenti o intenzionali al significato del rito. Il sincero desiderio di cambiamento integra il minimo necessario dell'imperfetta preparazione.

Il dettato codiciale attuale tra l'altro ha ampliato il contenuto del corrispondente can. 752 § 1 del CIC 1917. ⁴⁴ Già nella vigenza del codice piavo benedettino la dottrina riteneva che l'ammissione del candidato comprendesse la coscienza dell'intenzione del battezzando e la conformità della sua condizione di vita con la legge morale naturale. Era pressoché unanime l'opinione che le *conditiones requisitae ad licitatem* comprendessero almeno l'attrizione del soggetto (*saltem attritio*). ⁴⁵ L'accertamento della penitenza richiede insomma la positiva ricezione dell'ammonimento e un effettivo dolore, che, per quanto possa essere imperfetto quanto alla motivazione (resta chiaramente auspicabile la contrizione), deve essere coerente e conseguente quanto agli effetti. L'esigenza era esplicitata anche dalla puntualizzazione della serietà dell'impegno dell'osservanza del decalogo in pericolo di morte (*serioque promittat*). ⁴⁶ Persino in condizioni estreme non era ritenuto sufficiente un generico desiderio di cambiamento, occorreva un affidabile proposito di conformazione al costume cristiano. Risulta chiaro dunque che un'insufficiente percezione dei doveri del cammino di fede, ora come allora, non potrebbe che comportare una dilazione dell'amministrazione in vista del tentativo di rimediare alla confusione mentale e morale dell'istante.

Il Concilio Vaticano II, com'è noto, ha voluto valorizzare il *catecumenato*

⁴³ Bisogna precisare che il can. 682 § 2 CCEO omette nel caso del pericolo di morte la promessa di osservare i comandamenti.

⁴⁴ «*Adultus, nisi sciens et volens probeque instructus, ne baptizetur; insuper admonendus ut de peccatis suis doleat*» (can. 752 § 1 CIC 1917).

⁴⁵ «*Insuper afferat necesse est saltem veram attritione de peccatis suis, quae non attrito nequidem per baptismum remittuntur et si fuerint gravia impediunt ne per baptismum iustificetur donec accesserit illa vera attritio*» (F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, IV, Romae 1934, p. 41). «*Tres igitur condiciones requiruntur in adulto baptizando: 1. intentio suscipiendi baptismi – sine hac intentione baptismus est invalidus –; 2. sufficiens cognitio veritatum fidei; 3. poenitentia, i. e. saltem attritio de peccatis personalibus*» (D.M. PRÜMMER, *Manuale iuris canonici*, Friburgi Brisgoviae 1933, pp. 371-372). «*Tres condiciones requiruntur ut adulti baptizari queant (...) 3° moneantur ut de peccatis suis doleant, i. e. actum saltem attritionis eliciant (can. 752, § 1), si, ut supponitur, peccata actualia commiserint*» (CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis...*, cit., p. 128).

⁴⁶ Can. 752 § 2 CIC 1917.

e stimolare il recupero dell'essenza dell'antico istituto.⁴⁷ Il *Rituale dell'iniziazione cristiana degli adulti* configura la gradualità dell'iniziazione in tappe o gradini. Il precatecumenato dovrebbe portare appunto all'effettività della conversione e della maturazione iniziale di aderire a Cristo.⁴⁸ Per la stessa ammissione al catecumenato si richiedono poi «l'inizio della conversione, la volontà di mutar vita e di entrare in rapporto con Dio attraverso Cristo; si richiede perciò che abbiano cominciato ad avere il senso della penitenza, a invocare Dio e a pregarlo, ...».⁴⁹ Il giudizio sui “segni esterni delle disposizioni” e il ruolo del “garante”, al di là del richiesto cambiamento di mentalità e di costume, integrano i presupposti del cammino preparatorio al battesimo.⁵⁰ L'ortoprassi della *lex orandi* in pratica richiede un rigoroso sostegno e controllo sulla rettitudine del candidato. Non sembra insomma che si possa mai prescindere dalla congruenza dell'atteggiamento esistenziale del candidato col decalogo. Leggerezze o cedimenti non aiutano a formare veri fedeli e ingenerano equivoci e fraintendimenti.

6. IL DIRITTO ALLA VERITÀ DEL SEGNO SACRAMENTALE

Il diritto ai sacramenti è intrinsecamente vincolato all'*oggettività del significato del segno*: «D'altro canto, vi è un'esigenza complementare promanante dallo stesso sacramento del battesimo, che deve essere amministrato d'accordo con la sua integra verità salvifica, e dunque rispettando i requisiti per una sua valida, lecita e fruttuosa celebrazione».⁵¹ Nella fattispecie risulta pertanto decisivo il *riferimento veritativo dell'economia salvifica*. L'iniziazione cristiana richiede la conformità con l'ordine della Redenzione. *Onore divino, bene della Chiesa e santità personale* in tal senso sono iscritti nella celebrazione del mistero pasquale e non possono mai essere disgiunti o separati. La giustizia allora non fa che riconoscere e rispettare la proprietà della realtà sacra.

Il *diritto ai sacramenti*, com'è noto, non è assoluto ma è *limitato dal fonda-*

⁴⁷ «En la antigüedad cristiana (...) los catecúmenos eran amonestados repetidas veces en el transcurso de ceremonias y ritos solemnísimos a que se arrepintiesen de sus pecados para recibir fructuosamente el bautismo, ya que faltando ese dolor, non se borran las culpas por el sacramento, aun cuando la recepción fuese válida» (A. ALONSO LOBO, *Comentario c. 752*, in A. ALONSO LOBO - L. MIGUELEZ DOMÍNGUEZ - S. ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, II, Madrid 1963). L'effettività del pentimento e del dolore dei peccati continua ovviamente a condizionare la ricezione lecita del battesimo.

⁴⁸ «Dall'evangelizzazione compiuta con l'aiuto di Dio hanno origine la fede e la conversione iniziale dalle quali ciascuno si sente chiamato ad abbandonare il peccato e a introdursi nel mistero dell'amore di Dio. A quest'evangelizzazione è dedicato tutto il tempo del precatecumenato, perché maturi la seria volontà di seguire Cristo e di chiedere il Battesimo» (*Ordo Initiationis christianae adultorum, editio typica emendata* 1974, ed. CEI 1978, n. 10).

⁴⁹ N. 15 *ibid.*

⁵⁰ Cfr. *ibid.* nn. 16 e 42.

⁵¹ ERRÁZURIZ, *Il battesimo degli adulti come diritto e come causa di effetti giuridico-canonici*, cit., p. 6.

mento e dal significato dell'azione sacra. La dilazione del battesimo alla persona moralmente indisposta non è che un'applicazione del principio generale della mancanza della dovuta disposizione nel richiedente.⁵² Il *rite dispositus* garantisce appunto il rispetto delle condizioni soggettive del ricettore. Il ministro non solo è tenuto a precludere l'ammissione ai sacramenti a soggetti manifestamente impreparati, deve accertarsi positivamente, nei limiti del possibile e delle proprie funzioni, dell'assolvimento dei requisiti richiesti.⁵³ La lecita amministrazione implica infatti la presunzione della bontà del proprio operato. In presenza di motivi ostativi alla fruttuosa celebrazione, il bene comune ecclesiale (che comprende quello dell'istante e della comunità) esige la sofferta accettazione dell'opzione preclusiva compiuta dall'interessato. La necessità del battesimo non comporta certo l'amministrazione "ad ogni costo" e soprattutto contro la verità esistenziale della persona e del rito.

Nella riluttanza a rimuovere la situazione irregolare la riserva non concerne tanto l'assenza del minimo di fede richiesta (la formazione catechetica comprende la dottrina morale) quanto la presenza di una *positiva volontà contraria all'assunzione di una condotta confacente all'insegnamento evangelico*.⁵⁴ La corrispondenza dello stato di vita personale con l'ordine morale naturale è pertanto un limite intrinseco alla *lex gratiae*.⁵⁵ La necessità del mezzo salvifico dunque si coniuga armonicamente con la libertà umana. Contrapporre invece necessità e responsabilità (personale e comunitaria) stravolge il contenuto stesso del diritto: «Sarebbe dunque privo di senso concepire dialetticamente queste esigenze, come se si potesse dare un diritto al battesimo che venisse negato dalla Chiesa: nelle ipotesi di denegazione è piuttosto lo stesso soggetto colui che, per le sue disposizioni non adeguate, si autoesclude dall'esercizio del suo diritto, in quanto non vuole una ricezione del battesimo nella sua pienezza di senso. E ciò in fin dei conti dipende sempre dalla sua libertà. Si può affermare dunque che esiste una perfetta coincidenza fra il bene del catecumeno e la verità del sacramento del battesimo».⁵⁶ In defi-

⁵² Cfr. can. 843 § 1.

⁵³ «*Non est necesse ut huiusmodi dispositiones, nempe intentio, fides et contritio vel saltem attritio, in adulto requisitae ad valide et cum fructu suscipiendum Baptismum, sint ministro moraliter certae; sufficit ut prudens iudicium sibi efformaverit minister de earundem existentia*» (CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis...*, cit., p. 128).

⁵⁴ Supposta la sincerità dell'istanza, la circostanza non giunge a inficiare la validità ma compromette sicuramente la liceità del sacramento.

⁵⁵ Per dirla con S. Agostino: «Dio che ti ha creato senza di te, non può salvarti senza di te» (*Sermo CLXIX*, 13).

⁵⁶ ERRÁZURIZ, *Il battesimo degli adulti come diritto e come causa di effetti giuridico-canonici*, cit., p. 6. P. Moneta precisa che il potere di valutazione e di accertamento rimesso all'autorità ecclesiastica mira a tutelare il destinatario attraverso il rispetto della natura e della funzione del bene spirituale e la dimensione comunitaria del diritto al sacramento (*Il diritto ai sacramenti dell'iniziazione cristiana*, «Monitor Ecclesiasticus», 115 [1991], p. 623).

nitiva non è la Chiesa a negare il concreto esercizio del diritto (non si mette in dubbio la sussistenza del diritto), è l'interessato che di fatto si oppone alla ricezione dell'aiuto divino. L'auspicio ecclesiale è chiaramente che la persona giunga quanto prima, ma fruttuosamente, all'incorporazione.

L'obiettivo contraddizione della condizione personale del richiedente con l'amore sponsale di Cristo *compromette la verità e il valore del segno sacramentale*. Il ministro e la comunità non possono limitarsi pertanto a recepire l'intenzione del battezzando, sono chiamati ad un serio impegno di discernimento e di formazione per assicurare il rispetto dell'effetto salvifico.⁵⁷ Il diritto al sacramento comporta il dovere di valutare e coltivare la proficuità dell'azione.⁵⁸ L'indebita incorporazione alla Chiesa è allora una grave violazione dell'ordine sociale giusto del popolo di Dio.

7. L'AUTENTICITÀ DEL PENTIMENTO RICHIESTO

In dottrina si ritiene comunemente che, mentre l'intenzione battesimale condiziona la validità, la dovuta formazione catechetica e la penitenza integrano un requisito *ad liceitatem*.⁵⁹ La retta comprensione della portata dell'iniziazione cristiana evita equivoci e fraintendimenti, scongiurando che il battesimo si ponga al di fuori dell'orizzonte vitale del soggetto.⁶⁰ Abbiamo già rilevato peraltro come non esista soluzione di continuità tra correttezza della fede, pratica religiosa e integrità dei costumi. Sta di fatto che il compunto ravvedimento integra un requisito indispensabile per una fruttuosa celebrazione. Occorre peraltro coniugare il pentimento e la correzione della condotta del richiedente con la specificità del regime del sacramento.

L'*autenticità della penitenza* è necessaria per ottenere l'effetto di grazia. L'adesione vitale con Cristo (rigenerazione, configurazione e incorporazio-

⁵⁷ L'aspirazione al battesimo trova pertanto un limite congenito nella coscienziosità del ruolo pedagogico e valutativo del ministro. Il can. 840 puntualizza a proposito dei sacramenti: «perciò nella loro celebrazione sia i sacri ministri sia gli altri fedeli debbono avere una profonda venerazione e la dovuta diligenza». ⁵⁸ Cfr. can. 843 § 2.

⁵⁹ Cfr. *supra* nt. 38.

⁶⁰ P. Gherri, illustrando tutta la complessità del quadro contemporaneo, invoca come criterio di ammissione all'iniziazione ecclesiale la "cristianità esistenziale" del soggetto, il battesimo non sarebbe solo l'adesione formale ma vitale a Cristo (*Quali istanze istituzionali pone oggi la pastorale al modo in cui comprendere e vivere il cammino di iniziazione cristiana? Prospettiva canonistica*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Iniziazione cristiana: conferma ed Eucaristia*, Milano 2009, pp. 118-119). La convivenza pre ed extra matrimoniale è ritenuta perciò ostativa all'amministrazione del segno, distinguendo chiaramente la liceità dalla validità del sacramento (pp. 124-126). In linea più generale si può richiamare anche la proposta epistemologica di G. Zannoni che pone l'io comunione con tutta la sua ricchezza di vita al centro del fenomeno canonico e riconduce l'agire giuridico al fecondo incontro di Verità e libertà (*Il diritto canonico nell'ontologia della fede. Il fatto giuridico evento dell'umano*, Venezia 2011).

ne battesimale) comporta la completa liberazione del battezzato dal peccato originale contratto e dai peccati commessi nonché dal debito di pena. In colui che ha raggiunto l'uso di ragione l'esito remissivo non è comunque dissociabile dall'effettività della conversione del battezzando. L'opposizione al cambiamento della propria condizione di vita peccaminosa manifesta invece un'evidente impenitenza del soggetto e risulta ostativa alla celebrazione di qualunque sacramento.

Nel battesimo non si richiede la specifica accusa del male compiuto e neppure la piena consapevolezza delle colpe commesse;⁶¹ la presunzione dell'emenda però non è sicuramente compatibile con il dissenso o il rifiuto nei confronti della rettificazione richiesta. Il difetto di ravvedimento palesa un'insufficiente preparazione o risoluzione circa il significato del segno sacramentale. L'ammonizione *ex can. 865 (admoneatur)* non è un mero invito o appello alla contrizione, ma l'assenso alla rigenerazione battesimale. Il riscontro all'esortazione al pentimento non può che essere efficace e operativo, comprovato peraltro, pur nei limiti della condizione umana peccatrice, dalla pratica di vita contestuale all'accompagnamento spirituale del catecumeno.⁶² La compunzione logicamente è più onerosa e difficile quando riguarda un costume in atto o si protrae nel futuro.⁶³ La persistenza della situazione esterna contraria alla dignità del matrimonio ad ogni modo individua chiaramente il reale atteggiamento della volontà e l'avversione al cambiamento.

È abbastanza frequente attualmente che taluni possano desiderare l'aiuto spirituale della Chiesa senza avvedersi pienamente delle conseguenze del credo nelle proprie scelte esistenziali o non essere disposti a metterle in pratica. Il dispiacere o il rammarico tra l'altro non sono sufficienti ad assicurare il perdono se non sono operativi ed efficaci.⁶⁴ L'auto-tolleranza, la leggerezza e il coinvolgimento emotivo spesso confondono la coscienza delle persone in situazioni irregolari. Chiaramente un giudizio sulla sufficienza della fede o sull'autenticità del pentimento è sempre delicato e complesso (né bisogna esagerare nell'esigenza della preparazione sacramentale), in ipotesi si richiede però una conformità con il disegno di Dio sull'amore umano e sul coniugio.

A proposito della confessione sacramentale il can. 959 riguardo all'accusa dei peccati del penitente precisa: «essendone contriti ed insieme avendo il proposito di emendarsi». Condizioni del perdono sono quindi la contri-

⁶¹ Basta in linea di massima che il battezzando voglia morire al peccato e rinascere a vita nuova in Cristo.

⁶² Cfr. *supra* ntt. 48-50.

⁶³ Tale problema si pone ad es. anche per l'indisponibilità a recedere dalla pratica coniugale contraccettiva qualora sia esplicitata.

⁶⁴ Il riconoscimento dello sbaglio o dell'errore non equivale alla volontà di rimozione.

zione⁶⁵ e l'impegno di correzione. Anche l'assoluzione è subordinata all'accertamento delle disposizioni: «Se il confessore non ha dubbi sulle disposizioni del penitente e questi chieda l'assoluzione, essa non sia negata né differita». ⁶⁶ La presunzione di sussistenza della rettitudine del penitente non esclude l'eventualità del diniego o della dilazione (nel caso sussista un dubbio fondato, il rifiuto, almeno momentaneo, è obbligatorio). Nel battesimo non vi è chiaramente un giudizio sullo stato interiore del soggetto, rileva tuttavia la condotta esterna e la costatata renitenza a rimuovere la situazione d'incompatibilità con la dignità del sacramento. In assenza di pentimento o semplicemente del proposito d'emenda (in taluni casi il soggetto avverte la malizia della propria condizione ma non vuole rimuoverla) manca l'adesione al disegno divino di salvezza. Ribadiamo che nel caso di specie la valutazione è sempre *de externis* e non *de internis*. A fronte dello sbandamento e del disorientamento talora presente nel clero, vale la pena di richiamare l'indicazione relativa al ministro della penitenza: «Il confessore, in quanto ministro della Chiesa, nell'amministrazione del sacramento aderisca fedelmente alla dottrina del Magistero e alle norme date dalla competente autorità». ⁶⁷ Lo stesso principio può essere applicato anche al ministro del battesimo (disparità o disomogeneità di trattamento, tra l'altro, nuocciono al bene comune e alla formazione dei fedeli).

8. L'ILLICEITÀ DELL'AMMISSIONE AL BATTESIMO DELL'IMPENITENTE

Fermo restando la materia, la forma e l'intenzione del ministro, ⁶⁸ l'unico requisito aggiuntivo per la *validità del battesimo dell'adulto* è l'*intenzione di ricevere il sacramento*. L'eventuale ammissione all'iniziazione cristiana di un soggetto moralmente indisposto non compromette quindi l'effettività del segno e l'intervenuto accorpamento. ⁶⁹ Il carattere battesimale sarebbe dunque riconducibile alla celebrazione della *ianua sacramentorum* anche se l'efficacia salvifica del sigillo resterebbe condizionata alla rimozione della situazione ostativa alla comunicazione della grazia. ⁷⁰ L'illegittimità e l'infruttuosità della cerimonia non eliminano l'influenza *ex opere operato* del sacramento. La circostanza, pur risolvendo ogni eventuale dubbio o perplessità circa l'av-

⁶⁵ È sufficiente il dolore nella forma dell'attrizione (CCE 1453).

⁶⁶ Can. 980.

⁶⁷ Can. 978.

⁶⁸ Cfr. can. 849.

⁶⁹ Ci sembra più rispondente parlare di "accorpamento" o intruppamento più che di incorporazione o assimilazione, ad indicare l'aggregazione esterna e numerica più della fusione interna e vitale nel corpo mistico di Cristo. Le cellule morte, e peggio ancora i focolai d'infezione, tra l'altro compromettono la salute dell'intero organismo.

⁷⁰ «(...) *podría presentarse el caso de que dándose la intención, no concurran las debidas disposiciones para recibir el efecto salvífico de la gracia. En tal caso, el efecto del bautismo se limita a la impresión del carácter bautismal, pudiendo revivir el sacramento cuando el ya bautizado reúna las debidas disposiciones*» (BLANCO, *Comentario c. 865*, cit., p. 480).

venuta iniziazione, evidenza ancor più chiaramente quanto l'accettazione della richiesta è offensiva e deprecabile per la dignità del sacramento e la formazione della coscienza: il mezzo di grazia ingenera una finzione o un simulacro di giustificazione.⁷¹ L'inadeguatezza comportamentale della persona pregiudica il significato reale della rigenerazione. L'ostruzione del canale impedisce al lavacro di realizzare la purificazione e la conformazione soprannaturale. L'aggregazione alla Chiesa determina comunque l'imposizione del carattere sacramentale, l'attribuzione dei diritti e l'osservanza dei doveri fondamentali del fedele. Alla valida amministrazione consegue anche la soggezione alle leggi meramente ecclesiastiche, in particolare per quanto concerne la forma del matrimonio.⁷²

Un'iniziazione cristiana senza penitenza, ancorché appaia una contraddizione in termini, realizza materialmente l'iscrizione a Cristo e alla Chiesa. Il battezzato tuttavia rimane evidentemente privo della vita della grazia e della forma della carità. Una sconsiderata ammissione dell'impenitente tradisce pertanto la verità del segno e l'affidamento nella portata salvifica del battesimo.

Il mancato ravvedimento del convivente risulta tra l'altro estremamente *pernicioso e deleterio per il bene comune*. La contaminazione e l'inquinamento del matrimonio e della famiglia infatti disgrega e corrompe tutto l'ambiente sociale e il tessuto ecclesiale. La presunzione soggettiva della rettitudine del comportamento e della giustificazione operata aggrava inoltre la responsabilità dell'ammissione. Mentre il diniego o, piuttosto, la dilazione è motivo di esame e di riflessione circa l'oggettiva contraddizione dello stato e della condizione di vita personale con l'amore sponsale di Cristo, la concessione del sacramento "legittima" la convinzione della correttezza o compatibilità ecclesiale del proprio stato di vita. Qualunque indebito abbassamento del rigore morale oltretutto pregiudica, forse irrimediabilmente, la formazione della coscienza del battezzato e della comunità. Si possono considerare pertinenti *mutatis mutandis* anche le preoccupazioni espresse dalla *Familiaris consortio* circa le conseguenze sociali di un'equivoca prassi eucaristica: «C'è inoltre un altro peculiare motivo pastorale: se si ammettessero queste per-

⁷¹ Secondo Tommaso d'Aquino ogni abuso liturgico costituisce una grave forma di contraffazione e adulterazione della *lex orandi*: «incombe nel vizio di falsificazione chi per conto della Chiesa manifesta a Dio un culto contro la modalità istituita per autorità divina dalla Chiesa e consueta in essa» (*S.Th.*, II, 2, q. 93, a. 1). Precisa T. Rincón-Perez, riportando sempre il pensiero del Dottore Angelico: «*La Iglesia exige cautelarmente una preparación catecumenal antes de administrar el bautismo a los adultos con el fin de evitar el engaño con acceso ficticio al sacramento*» (*La liturgia y los sacramentos en el derecho de la Iglesia*, Pamplona 1998, p. 119).

⁷² Cfr. can. 11. Si pensi anche agli effetti del m.p. *Omnium in mentem* circa la forma del matrimonio (cfr. M.A. ORTIZ, *L'obbligatorietà della forma canonica matrimoniale dopo il m.p. "Omnium in mentem"*, «*Ius Ecclesiae*» 22 [2010], pp. 477-492).

sone all'Eucaristia i fedeli rimarrebbero indotti in errore e confusione circa la dottrina della Chiesa sull'indissolubilità del matrimonio». ⁷³ È abbastanza scontata la considerazione che, mentre una carenza nella preparazione catechistica, per quanto sconsiderata e ingiusta, è integrabile *ex post* con la pratica della fede, l'assenza del necessario dolore difficilmente sarà poi colmata con la protrazione della convivenza in atto.

L'*illiceità della celebrazione* del battesimo della persona in situazione contraria alla dignità del matrimonio *coinvolge l'interessato, il ministro e la comunità*. Se nel battezzando manca l'effetto di grazia, il danno personale ed ecclesiale è imputabile soprattutto al ministro. La colpa principale ricade infatti su colui che realizza l'azione indebita. Lo strumento salvifico diviene in pratica mezzo di equivoco e confusione. I pastori d'anime hanno una seria responsabilità concernente la preparazione e la disposizione degli istanti. ⁷⁴ Gli altri agenti ecclesiali (ad es. i padrini o i catechisti) possono essere parimenti chiamati a speciale titolo a tutelare il giusto ordine ecclesiale. I restanti fedeli hanno poi un interesse diretto alla preservazione della dignità del sacramento e dell'onestà dei costumi e un eventuale obbligo di correzione e denuncia. ⁷⁵ Il trattamento ecclesiale delle fattispecie relative alle unioni extra matrimoniali ha inoltre una decisiva influenza pedagogica ed educativa per il popolo cristiano anche in ragione della frequenza e diffusione sociologica di tali ipotesi.

La richiesta di un sacramento non si concreta mai in un diniego, comporta sempre e soltanto una dilazione. È interesse primario della Chiesa amministrare generosamente il patrimonio di grazia di cui è depositaria senza però depauperarlo o snaturarlo. Come ha ricordato recentemente il Pontefice, un'interpretazione funzionalistica e strumentale della legge canonica asservita alle istanze individuali si risolve in una sostanziale ingiustizia e piega l'oggettività del giusto alla sensibilità, spesso deviata e deformata, del singolo. ⁷⁶ Allo scollamento tra opzione esistenziale e religiosa del richiedente

⁷³ N. 84.

⁷⁴ «I pastori d'anime e gli altri fedeli, ciascuno secondo i compiti che ha nella Chiesa, hanno il dovere di curare che coloro che chiedono i sacramenti, siano preparati a riceverli mediante la dovuta evangelizzazione e formazione catechetica, in conformità alle norme emanate dalla competente autorità» (can. 843 § 2).

⁷⁵ Si può applicare anche in quest'ambito il richiamo alla tutela del bene liturgico contenuto nell'istr. *Redemptionis Sacramentum*: «In modo assolutamente particolare tutti, secondo le possibilità, facciano sì che il Santissimo Sacramento dell'Eucaristia sia custodito da ogni forma di irriverenza e aberrazione e tutti gli abusi vengano completamente corretti. Questo è compito della massima importanza per tutti e per ciascuno, e tutti sono tenuti a compiere tale opera, senza alcun favoritismo» (CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, 25 marzo 2004, n. 183, «AAS», 96 [2004], p. 600).

⁷⁶ «Negli ultimi tempi alcune correnti di pensiero hanno messo in guardia contro l'eccessivo attaccamento alle leggi della Chiesa (...) sono state proposte delle vie ermeneutiche

non si può aggiungere una dissociazione tra realtà e diritto nella risposta. L'ordine sociale giusto del popolo di Dio non fa che ricondurre la ragione personale e collettiva alla verità del fatto e trarre le dovute conseguenze dal contegno esistenziale del soggetto. Il *sentire cum Ecclesia* aiuta allora a cogliere, assieme alla coerenza e congruenza del dover essere, tutta la benevolenza e il rispetto della disciplina ecclesiastica verso gli indisposti.

che consentono un approccio più consono con le basi teologiche e gli intenti anche pastorali della norma canonica, portando ad una creatività giuridica in cui la singola situazione diventerebbe fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale nel caso concreto. La misericordia, l'equità, l'*oikonomia* così cara alla tradizione orientale, sono alcuni dei concetti a cui si ricorre in tale operazione interpretativa. Conviene notare subito che questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assurge a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico. Manca il senso di un diritto oggettivo da cercare, poiché esso resta in balia di considerazioni che pretendono di essere teologiche o pastorali, ma alla fine sono esposte al rischio dell'arbitrarietà» (BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 2012, in www.vatican.va).

LA DIMISSIONE DALLO STATO CLERICALE IN VIA AMMINISTRATIVA

LUIS NAVARRO

ABSTRACT: Benché il CIC del 1983 non ha previsto la dimissione dallo stato clericale *ex officio*, il m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, e le facoltà speciali concesse alla Congr. per il Clero e alla Congr. per l'Evangelizzazione dei Popoli contemplano tale possibilità. A partire dallo studio e dall'analisi di tali disposizioni l'A. si sofferma su alcuni principi orientativi ed elementi caratteristici e specifici di queste vie di dimissione *ex officio*: anzitutto si sottolinea il carattere eccezionale di tali vie per la dimissione dallo stato clericale, e il dovere di rispettare le esigenze di giustizia nell'uso della via amministrativa *ex officio*. Si studia anche il rapporto fra la dimissione *ex officio* e la dispensa dal celibato e dagli altri obblighi derivanti dall'Ordinazione, nonché il ruolo attribuito al Romano Pontefice nelle procedure di *dimissione ex officio*. Infine, si analizza il caso speciale della dichiarazione della perdita dello stato clericale per abbandono di 5 anni.

PAROLE CHIAVE: Dimissione stato clericale. Procedura penale amministrativa. Dispensa celibato. Romano Pontefice.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Carattere eccezionale della via amministrativa *ex officio* per la dimissione dallo stato clericale. – 3. L'uso della via amministrativa *ex officio* deve essere fatto nel rispetto delle esigenze di giustizia. – 4. Dimissione *ex officio* e dispensa dal celibato e dagli altri obblighi derivanti dall'Ordinazione. – 5. Ruolo del Romano Pontefice nella dimissione *ex officio*. – 6. Dimissione dallo stato clericale e dichiarazione della perdita dello stato clericale. – 7. Conclusione.

ABSTRACT: The 1983 Code of Canon Law does not legislate for *ex officio* dismissal from the clerical state. However, the M. P. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, and the special faculties granted to the Congregation for the Clergy and the Congregation for the Evangelization of Peoples do include this possibility. An analysis of these norms leads the author to underline some guiding principles and some characteristic traits of these procedures: the exceptional character of this path for dismissal from the clerical state, and the strict obligation to respect the requirements of justice in using administrative procedures *ex officio*. Due space is dedicated to the relationship between dismissal *ex officio* and the dispensation from celibacy and from the other obligations related to Sacred Orders, as well as to the role of the Roman Pontiff in these procedures. In conclusion, the author studies the case of declaration of the loss of the clerical state due to abandonment of the ministry for 5 consecutive years.

KEYWORDS: Dismissal Clerical State. Administrative Penal Procedure. Dispensation Celibacy. Roman Pontiff.

1. INTRODUZIONE

NELLA normativa codiciale non è prevista l'applicazione della dimissione dallo stato clericale *ex officio*. Tale sanzione può essere imposta soltanto mediante un processo penale giudiziale (cf. can. 1342 § 2). La via amministrativa era stata esclusa al momento dell'elaborazione del CIC ed a livello normativo è rimasta così per diversi anni, essendo state respinte le proposte di introdurre una norma al riguardo.¹ Tuttavia, in seguito a gravi casi che

¹ Benché nelle norme per la dispensa dal celibato emanate nel 1971 dalla C. per la Dottrina della Fede era prevista la applicazione di tale procedura *ex officio* ("Congrua congruis referendo, ea quae in his regulis statuta sunt pro casibus in quibus sacerdotes sponte petunt reductionem ad statum laicalem cum dispensatione ab oneribus ex sacra ordinatione manantibus, applicando sunt etiam in casibus in quibus aliquis sacerdos, vel ob pravam vitam, vel ob errores in doctrina, vel ob aliam gravem causam, videtur post necessariam investigationem reducendus ad statum laicalem et simul ex misericordia dispensandus ne periculum aeternae damnationis incurrat". S.C. PRO DOCTRINA FIDEI, *Normae ad apparandas in Curiis dioecesis et religiosis causas reductionis ad statum laicalem cum dispensatione ab obligationibus cum sacra Ordinatione conexis*, 13 gennaio 1971, n. VI, «AAS» 63 [1971] 308), durante la preparazione del CIC, dinanzi a serie difficoltà, si decise di lasciare in sospenso la questione (si segnalò che "la *dimissio ex officio* è una questione molto difficile e delicata. Gli organi consultivi non hanno fornito elementi validi. Le cause e motivi da essi proposti per la *dimissio ex officio* sono quasi tutte cause e motivi da considerarsi nel diritto penale per le *poenae dimissionis a statu clericali*; rimangono escluse due o tre fattispecie peraltro poco chiare" («Communicationes» 14 [1982] 85). Perciò, riguardo al n. 4 del can. 150 (nel quale era prevista la perdita dello stato clericale "per decretum dimissionis e statu clericali ex officio ad normam iuris prolatum"), "concordano tutti di tenerlo in sospenso. La dimissione *ex officio*, senza cioè una motivazione o causa da configurarsi come delitto, può dare adito ad abusi; comunque, se rimane, deve, secondo Mons. Segretario, essere completato specificando bene le cause e la procedura. Sono d'accordo, anche in quest'ultima considerazione, sia il terzo che il settimo Consultore per cui la tutela dei diritti dell'uomo non può essere lasciata alla discrezionalità nell'ambito amministrativo" (*ibidem*, p. 87). Nella *Relatio* del 1981 si fece un rinvio alla normativa della C. per la Dottrina della Fede: "attamen standum est normis S. Congr. pro Doctrina Fidei quoad dimissionem a statu clericali *ex officio*". «Communicationes» 14 (1982) 175. Comunque le norme del 1980 della citata Congregazione non trattavano la dimissione *ex officio* (cf. «AAS» 72 [1980] 1132-1135).

Successivamente, dinanzi a casi di sacerdoti inadonei che si rifiutavano di chiedere la dispensa, e nei quali era impossibile seguire il processo giudiziario, la C. per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti chiese e ottenne caso per caso dal Romano Pontefice la facoltà di irrogare la dimissione dallo stato clericale in *poenam ex officio*. Cf. F.P. TAMBURRINO, *Relazione all'adunanza "plenaria" della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti*, «Notitiae» 37 (2001) 430. In tale contesto si preparò una bozza di normativa per la dimissione *ex officio*. Ma lo studio si concluse con una dichiarazione della C. per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, secondo cui non si poteva approvare qualcosa del genere e si doveva seguire la via giudiziaria (cf. *ibid.*, p. 430). Sul progetto di normativa del 1997 per la dimissione *ex officio*, cf. A. D. BUSO, *La dimisión del estado clerical 'ex officio' de los clérigos no idóneos que han cometido delito grave y rechazan pedirla 'pro gratia', en relación con el periodo de su formación sacerdotal*, «Anuario Argentino de Derecho Canónico» 9 (2002) 39-50.

richiedevano risposte urgenti e in mancanza di tribunali ecclesiastici, si fece in certi casi ricorso alla dimissione *ex officio*. Col passare del tempo e in presenza di situazioni scandalose che esigevano anche delle urgenti risposte da parte della Chiesa, si è arrivato all'apertura di tre vie per la dimissione *ex officio*, previste, rispettivamente, nel mp *Sacramentorum sanctitatis tutela* e nelle Facoltà speciali concesse alla C. per il Clero e alla C. per l'Evangelizzazione dei Popoli.² Queste tre vie sono state aperte in poco meno di 10 anni e in circostanze di forte pressione mediatica e sociale.³

² Cf. GIOVANNI PAOLO II, mp *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, «AAS» 93 (2001) 738-739, e le modifiche introdotte il 21 maggio 2010. La nuova versione del mp si trova in «AAS» 102 (2010) 419-430.

Le facoltà concesse da Benedetto XVI il 30 gennaio 2009 alla C. per il Clero sono le seguenti:

I. "La facoltà speciale di trattare e presentare al Santo Padre, per l'approvazione in forma specifica e decisione, i casi di dimissione dallo stato clericale "in poenam", con relativa dispensa dagli obblighi decorrenti dall'ordinazione, compreso il celibato, di chierici che abbiano attentato al matrimonio anche solo civilmente e che ammoniti non si ravvedano e continuino nella vita irregolare e scandalosa (cfr. can. 1394, §1); e di chierici colpevoli di gravi peccati esterni contro il 6° Comandamento (cfr. can.1395, §§1-2)".

II. "La facoltà speciale di intervenire ai sensi del can. 1399 CIC, o agendo direttamente nei casi o confermando le decisioni degli Ordinari, qualora i competenti Ordinari lo chiedessero, per la speciale gravità della violazione delle leggi, e per la necessità e l'urgenza di evitare un oggettivo scandalo. Ciò è concesso unitamente alla deroga ai prescritti dei canoni 1317, 1319, 1342, § 2, e 1349 CIC, rispetto all'applicazione di pene perpetue, da applicare ai diaconi per cause gravi e ai presbiteri per cause gravissime, sempre portando i relativi casi direttamente al Sommo Pontefice per l'approvazione in forma specifica e decisione".

III. "La facoltà speciale di trattare i casi, prendendone atto e dichiarandone la perdita dello stato clericale, con relativa dispensa dagli obblighi sacerdotali, compreso il celibato, dei chierici che hanno abbandonato il ministero per un periodo superiore ai 5 anni consecutivi, e che dopo attenta verifica, per quanto possibile, persistono in tale assenza volontaria ed illecita dal ministero". C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 18 aprile 2009, Prot. 2009 0556, n. 5 («Ius Canonicum» 50 [2010] 664-665. Il testo completo della Lettera si trova nelle pagine 659-669). Successivamente, a complemento di questa lettera la stessa Congregazione ha inviato il 17 marzo 2010, un'altra (Prot. 20100823) con indicazioni sull'applicazione di tali facoltà speciali (pubblicata in «Ius Ecclesiae» 23 [2011] 229-235. La versione spagnola della lettera circolare si trova in «Revista Española de Derecho canónico» 67 [2010] 923-930, accompagnata da un breve commento, di F. AZNAR GIL, in *ibid.*, p. 931-933).

La descrizione delle facoltà speciali concesse dal Romano Pontefice alla C. per l'Evangelizzazione dei Popoli il 19 dicembre 2008, si trova nella Lettera Circolare della stessa Congregazione ai Superiori Generali delle Società Missionarie di vita apostolica dipendenti dal citato dicastero, 31 marzo 2009, Prot. N. 0579/09 e nella Lettera della Nunziatura Apostolica in India agli Ordinari, 23 aprile 2009, Prot. N. 23.942/09 (pubblicate rispettivamente in «Studies in Church Law» 5 [2009] 69-71 e 74-78). Già nel 1997, la stessa congregazione aveva ricevuto alcune facoltà speciali in materia, poi confermate il 30 aprile 2005. Cf. C. PAPALE, *Il can. 1395 e la connessa facoltà speciale di dimissione dallo stato clericale in poenam*, «Ius missionale» 2 (2008) 39-58.

³ Le risposte della Chiesa in questi anni e le vicissitudini riguardanti la promulgazione e la pubblicazione delle norme mettono in luce, oltre alla delicatezza della materia, i tentenna-

In queste pagine presenterò alcuni punti che emergono dallo studio e dall'analisi di tali disposizioni.⁴ Alcuni sono principi orientativi, altri sono elementi caratteristici e specifici di queste vie di dimissione *ex officio*.

2. CARATTERE ECCEZIONALE DELLA VIA AMMINISTRATIVA *EX OFFICIO* PER LA DIMISSIONE DALLO STATO CLERICALE

Il ricorso alla via amministrativa per imporre la sanzione della dimissione dallo stato clericale rappresenta una via *eccezionale*. Tale carattere risulta palese nella Lettera Circolare della C. per il Clero del 2010: si segnala che è una via percorribile unicamente per casi che richiedono una risposta urgente e risulta impossibile o molto difficile il ricorso alle vie ordinarie.⁵ In concreto,

menti e i dubbi sul modo di affrontare l'insieme delle situazioni delittive e scandalose. Modalità non normali di promulgazione di norme, deroghe di principi acquisiti nei sistemi giuridici penali contemporanei, vie non ufficiali di conoscenza di concessione di facoltà speciale in materia penale, lettere circolari che richiedono ulteriori indicazioni per una giusta applicazione, sono elementi che fanno pensare a risposte condizionate dalla frenesia degli eventi. Si tratta di risposte a situazioni di emergenza e perciò è normale che ci siano ripensamenti e modifiche. Non tutto è definitivo e il tempo indicherà se le misure prese in questi anni e le procedure di applicazione sono quelle giuste o se si dovranno modificare. Tempi convulsi non favoriscono norme definitive e perciò la prudenza del Legislatore dovrà essere accentuata nell'ambito della annunciata riforma del libro VI del CIC. Cf. J.I. ARRIETA, *L'influsso del cardinale Ratzinger nella revisione del sistema penale canonico*, «La Civiltà Cattolica» dicembre 2010, p. 430. Sulle circostanze in cui ha visto la luce l'ultima riforma del mp. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, vid. F. LOMBARDI, *Il significato della pubblicazione delle nuove "Norme sui delitti più gravi"*, nota del 15 luglio 2010, in http://www.vatican.va/resources/resources_lombardi-nota-norme_it.html.

⁴ Per una presentazione delle citate norme e un loro commento, vid. in generale, D. CITO, *La pérdida del estado clerical 'ex officio' ante las actuales urgencias pastorales*, «Ius Canonicum» 51 (2011) 69-101. Per il mp *Sacramentorum sanctitatis tutela* e le sue recenti modifiche, cf. D. CITO, *Las nuevas normas sobre los delicta graviora*, «Ius Canonicum» 50 (2010) 643-658, e F. AZNAR GIL, *Los 'graviora delicta' reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Texto modificado* (2010), «Revista Española de Derecho Canónico» 68 (2011) 283-313. Per le facoltà speciali concesse alla C. per il Clero, cf. M. GOLAB, *Facultades especiales para la dimisión del estado clerical (Congregación para el Clero de 30 de enero de 2009). Análisis y comentario*, «Ius Canonicum» 50 (2010) 671-683, D.G. ASTIGUETA, *Facoltà concesse alla Congregazione per il Clero*, «Periodica» 99 (2010) 1-33, e F. AZNAR GIL, *La expulsión del estado clerical por procedimiento administrativo*, «Revista Española de Derecho canónico» 67 (2010) 255-294. Per un commento alla Lettera circolare del 17 marzo 2010, vedi F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento di applicazione delle Facoltà speciali della Congregazione per il Clero*, «Ius Ecclesiae» 23 (2011) 235-251. Infine per le facoltà concesse alla C. per il Clero e a quella per l'Evangelizzazione dei Popoli, vid. J.A. RENKEN, *The 2009 Special Faculties Conceded by Pope Benedict XVI to Address Serious Clergy Issues: a Brief Commentary*, «Studies in Church Law» 5 (2009) 277-296.

⁵ «La retta comprensione delle indicazioni procedurali richiede anzitutto di rimarcare l'indispensabile requisito previo alla richiesta di applicazione delle Facoltà speciali da parte degli Ordinari, ossia l'impossibilità o l'estrema difficoltà di seguire la via ordinaria, graziosa o giudiziaria penale». C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 17 marzo 2010, cit., p. 229. Nel caso delle

si chiede all'Ordinario di indicare sia quali sono stati i mezzi adoperati per dissuadere il chierico dal suo comportamento illecito, sia il rifiuto di questi di chiedere la dispensa dagli obblighi derivanti dall'ordinazione e inoltre si deve indicare perché non si può usare la via giudiziaria.⁶ In questo modo si sottolinea indirettamente che la via penale giudiziale è quella ordinaria.⁷

Nel caso del vigente mp *Sacramentorum sanctitatis tutela*, tale carattere eccezionale risulta meno evidente. Nella versione del 2001 si escludeva la dimissione *ex officio* in via amministrativa perché quella giudiziaria penale era obbligatoria.⁸ Con le modifiche introdotte nel 2010, la via amministrativa si presenta come una *possibilità*, senza che quella giudiziaria sia più *obbligatoria*. Comunque ritengo che si può intendere che questa continua ad avere la precedenza su quella, essendo ciò deducibile dalla struttura dell'articolo e dal carattere speciale dei due casi descritti nel paragrafo 2 dell'art. 21 del citato motu proprio.⁹

facoltà concesse alla C. per l'Evangelizzazione dei Popoli, sembra che si debba intendere implicita la estrema difficoltà o impossibilità di usare il processo penale giudiziario. L'enfasi è posta sulla gravità di questi casi e nel dovere del vescovo di cercare il ravvedimento del chierico e la riparazione dello scandalo (cf. NUNZIATURA APOSTOLICA IN INDIA, *Lettera*, 23 aprile 2009, cit., p. 77). In tali situazioni si incoraggia implicitamente al chierico di chiedere la dispensa dagli obblighi (cf. *ibid.*, p. 76).

⁶ “Dall'istruttoria compiuta nella fase locale dovrà infatti risultare: I. – la comprovata impossibilità oggettiva o soggettiva che il chierico interessato richieda la dispensa dagli obblighi dello stato clericale; II. – la documentata sintesi dell'esito di tutti i tentativi pastorali e dei provvedimenti canonici adottati dall'Ordinario per dissuadere il reo e farlo recedere dalla contumacia; III. – l'esposizione delle gravi difficoltà che si oppongono nel caso concreto alla celebrazione di un processo penale giudiziario in loco (can. 1342, § 2; 1425 § 1, 2 CIC)”. C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 17 marzo 2010, cit., p. 229.

⁷ La difficoltà per l'uso della via giudiziaria penale in riferimento alle facoltà II e III concesse alla Congregazione per il Clero consiste principalmente nel fatto che per tali condotte il Codice non permette di imporre delle sanzioni perpetue. Di conseguenza, la via *amministrativa* penale diventerà la via normale per dimettere il chierico nelle situazioni di cui alle citate facoltà. Ciò vuol dire che nella scelta della via si prende già una decisione preliminare in ordine alla sanzione. “La ‘difficoltà’ della celebrazione di un processo penale giudiziario risulta obiettivamente dal fatto che, *qualora il caso richiedesse l'adozione di tali sanzioni*, tramite la via ordinaria non si potrebbe conseguire la dimissione o la perdita dello stato clericale da parte del reo contumace, ovvero la sua punizione con pena perpetua”. F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento*, cit., p. 239.

⁸ La dimissione *ex officio* fu introdotta in deroga dell'art. 17 da Giovanni Paolo II nel febbraio 2003. Per il testo della dispensa, cf. D. CITO, *La pérdida*, cit., p. 86.

⁹ Nella versione del 2001 dell'art. 21 si diceva che “*delicta graviora Congregationi pro Doctrina Fidei reservata, non nisi in processu iudiciali persequenda sunt*”. Adesso si indica semplicemente che la procedura è quella giudiziaria (cf. art. 21 § 1). Poi nel paragrafo successivo (che comincia significativamente con avverbio *attamen*) si aggiungono, due casi in cui si può adoperare la via amministrativa: casi gravissimi da presentare al Romano Pontefice e casi in cui la Congregazione lo indica (cf. art. 21 § 2). Sulla questione, cf. D. CITO, *Las nuevas normas sobre los delicta graviora*, cit., p. 656. Lo stesso autore sottolinea che secondo la nuova versione

Di conseguenza, si deve evitare che ciò che è straordinario diventi la via ordinaria per applicare la sanzione di dimissione dallo stato clericale. A tale risultato si potrebbe arrivare se l'uso della via amministrativa si fondasse sull'inesistenza di tribunali penali a causa della diminuzione progressiva e mancanza di personale adeguatamente preparato. Perciò è responsabilità dell'autorità ecclesiastica promuovere la formazione canonica di chierici: ciò consentirà la creazione di tribunali ecclesiastici che siano in grado di portare a conclusione il processo penale giudiziario.

3. L'USO DELLA VIA AMMINISTRATIVA *EX OFFICIO* DEVE ESSERE FATTO NEL RISPETTO DELLE ESIGENZE DI GIUSTIZIA

Malgrado il ripetuto rifiuto della procedura amministrativa *ex officio* per la dimissione dallo stato clericale si sia fondato sulle maggiori garanzie di giustizia del processo giudiziario penale,¹⁰ dove vi è il principio del contraddittorio e la possibilità di appello, un'analisi delle disposizioni relative alla via amministrativa mostra che l'applicazione rigorosa delle indicazioni ivi contenute *garantiscono una procedura giusta e rispettosa della dignità delle persone*. Infatti, in ogni caso deve essere rispettato il diritto di difesa. Perciò il chierico deve essere messo al corrente delle accuse e gli si deve dare la possibilità di rispondere e presentare le prove che ritenga opportune.¹¹

del citato motu proprio, per infligere la dimissione *ex officio* "no es necesario que el Ordinario haya tomado medidas penales o que falten estructuras para llevar un proceso penal judicial, sino que es suficiente la certeza del delito, su gravedad y, añadiría yo, la necesidad de llegar a una decisión tempestiva y eficaz". D. CITO, *La pérdida*, cit., p. 89.

¹⁰ Queste erano le ragioni presentate per non ammettere la via amministrativa per la dimissione dallo stato clericale: ammetterla sarebbe "un forte regresso in relazione a) al generale progresso compiuto, con il contributo del pensiero cristiano, in materia di applicazione delle pene; b) alla valorizzazione della dignità della persona umana e dei suoi diritti, da parte del Concilio Vaticano II; c) alla determinazione del Codice del 1983, affievolendo notevolmente anche la proclamazione, al citato can. 221, dei diritti fondamentali in materia; d) e pure alla tutela della giustizia e della carità, in quanto il processo amministrativo non dà più garanzie per arrivare alla certezza morale e al rispetto del diritto di difesa che quello giudiziario". Z. GROCHOLEWSKI, *Presentazione*, in *Il processo penale canonico*, Roma 2003, p. 7. Benché non si tratti di un sistema perfetto, risulta evidente che il processo giudiziario penale offre più garanzie sostanziali di giustizia. Se, come ha segnalato Llobell, il processo giudiziario penale non è esento di rischi in materia di indipendenza del tribunale (quando vi è la nomina dei giudici *ad casum*), questi pericoli sono più presenti in via amministrativa, dove l'operato dell'autorità può essere troppo condizionato dal convincimento iniziale della colpa dell'imputato e della necessità della sua condanna. Sulle caratteristiche che contribuiscono ad un processo giudiziario più giusto, cf. J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto al giusto processo*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. CITO, Milano 2005, p. 108-141.

¹¹ Nel mp *Sacramentorum sanctitatis tutela* per i casi gravissimi si esige sempre che sia "data reo facultate sese defendendi" (art. 21 § 2, 2). Inoltre, si concede la possibilità di presentare

Le disposizioni date per l'applicazione delle facoltà speciali, in particolare quelle della lettera circolare della C. per il Clero del marzo 2010, tendono a facilitare il raggiungimento della certezza morale della commissione del delitto o del comportamento illecito e della colpa del chierico.¹² In questo modo le due Congregazioni seguono la scia della C. per la Dottrina della Fede, la quale chiede l'imposizione della sanzione in via amministrativa *ex officio* "in casi di particolare gravità dove la colpevolezza del reo è fuori dubbio e ben documentata".¹³

un ricorso, benché sia presso lo stesso Dicastero (Feria IV) (art. 27). Risulta significativo che nella Lettera per l'applicazione delle facoltà speciali concesse alla C. per il Clero, si dica che si deve "notificare all'imputato le accuse mosse a suo carico e le prove relative, dandogli la facoltà di produrre le sue difese, tranne che egli, legittimamente citato, abbia trascurato di presentarsi. Il chierico interessato deve essere avvertito della possibilità di nominare un Patrono di fiducia". C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 17 marzo 2010, cit., p. 230. In questo modo si risolvono alcuni problemi aperti in seguito alla pubblicazione della Lettera Circolare del 19 aprile 2009. M. GOLAB, scriveva al riguardo: "La aplicación de la vía extrajudicial va unida a la tutela del derecho de defensa. No obstante, la no obligatoriedad de la presencia del abogado, la falta de menciones sobre el derecho a hablar en último término y de no ser obligado a confesar, dejan a los Ordinarios un amplio espacio para decisiones que podrían ser arbitrarias en cuanto a la adecuada interpretación y aplicación del procedimiento administrativo penal que, según una visión de conjunto de las normas, no puede agotarse en la sola norma del c. 1720". M. GOLAB, *Facultades especiales*, cit., p. 679. Nelle norme della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, dopo aver ricordato che si deve agire "certainly with due respect to the natural right of the accused persons to defend themselves" (C. PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, *Lettera circolare*, 31 marzo 2009, cit., p. 69), si prescrive che nel dossier da inviare al Dicastero "it should be highlighted that all accusations and relative proofs were brought to the knowledge of the accused, in order to offer him the opportunity to plan his own defense, which remains an inviolable right. Also the possible absence of the accused should be documented" (NUNZIATURA APOSTOLICA IN INDIA, *Lettera*, 23 aprile 2009, cit., p. 78).

¹² Cf. C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 17 marzo 2010, e in particolare gli allegati con indicazione della procedura e documentazione richiesta per l'applicazione delle facoltà (cit., p. 230-235). Vid. anche gli allegati alla lettera della Nunziatura apostolica in India, 23 aprile 2009, cit., p. 76-78.

¹³ Ch. SCICLUNA, *Procedura e prassi presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., p. 285. In una intervista Scicluna riferisce che in "casi particolarmente gravi e con prove schiaccianti, il Santo Padre si è assunto la grave responsabilità di autorizzare un decreto di dimissione dallo stato clericale. Un provvedimento gravissimo, preso per via amministrativa, ma inevitabile". Ch. SCICLUNA, *Dalle accuse alle sanzioni*, in *Il Regno documenti* 7/2010, p. 197. In certi casi la decisione si basa sull'operato dei tribunali statali (cf. C. PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Guida alla comprensione delle procedure di base riguardo alle accuse di abusi sessuali*, n. 2, in www.vatican.va/resources/resources_guide-CDF-procedures_it.html). Ciò richiede una particolare prudenza nel valutare i risultati dei processi criminali civili. Infatti non tutti i sistemi giuridici hanno uguali garanzie. Un criterio per valutare la affidabilità di questi processi è conoscere quante decisioni giudiziarie penali con condanne simili sono state ribaltate in appelli successivi.

Tenendo presente la mancanza di personale idoneo per costituire tribunali penali, le indicazioni della Congregazione per il Clero per applicare le facoltà concesse dal Romano Pontefice sono preziose per guidare gli operatori del diritto in questo campo così delicato e favorire una particolare sensibilità giuridica: in esse sono assunti o ricordati alcuni principi saldi della disciplina penale, come sono la presunzione di innocenza, l'accertamento della credibilità dei testi e delle parti, il valore della prescrizione dell'azione penale,¹⁴ la necessaria e dovuta motivazione del decreto, ma anche vengono indicati i diversi passi da fare nella fase diocesana e in quella vaticana.¹⁵

4. DIMISSIONE EX OFFICIO E DISPENSA DAL CELIBATO E DAGLI ALTRI OBBLIGHI DERIVANTI DALL'ORDINAZIONE

Una costante della normativa e della prassi vigenti è che, prima di applicare la sanzione in via amministrativa, si offre al chierico la possibilità di chiedere la dispensa dal celibato.¹⁶ Sembra che in questo modo gli si voglia

¹⁴ Le norme del mp *Sacramentorum Sanctitatis tutela* attribuiscono alla Congregazione per la Dottrina della Fede la facoltà di derogare per casi singoli la prescrizione dell'azione criminale (cf. art. 7 § 1). Invece per le facoltà speciali si richiede che l'azione criminale non sia estinta (cf. C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 18 aprile 2009, n. 6, cit., p. 666).

¹⁵ Nella lettera circolare della C. per il Clero, 17 marzo 2010, si sviluppano alcuni punti riguardanti la procedura amministrativa presenti nella prima lettera circolare della C. per il Clero dove si richiedeva: "1° Notificare all'imputato le accuse mosse a suo carico e le prove relative, dandogli la facoltà di produrre le sue difese, tranne che egli, legittimamente citato, abbia trascurato di presentarsi. 2° Esaminare attentamente, con l'assistenza di due assessori (cf. can. 1424 CIC), tutte le prove, gli elementi raccolti e le difese dell'imputato; 3° Emanare il decreto, a norma dei cann. 1344 - 1350 CIC, se sul delitto commesso non ci siano dubbi e l'azione criminale non sia estinta ai sensi del can. 1362. Il decreto, emesso a norma dei cann. 35-58, dovrà essere debitamente motivato, esponendo in esso, sia pure in forma sommaria, le ragioni in diritto e in fatto". C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 18 aprile 2009, n. 6, cit., p. 666. Il citato commento di F. Pappadia alla seconda lettera contribuisce ulteriormente a evitare l'ingiustizia o l'arbitrarietà nelle procedure.

¹⁶ "È prassi della CDF chiedere all'Ordinario di domandare il reo se preferisce fare lui stesso una richiesta per la dispensa dagli obblighi derivati dall'ordinazione sacerdotale. Se rifiuta o non risponde il caso va avanti". Ch. SCICLUNA, *Procedura e prassi*, cit., p. 285-286. Cf. NUNZIATURA APOSTOLICA IN INDIA, *Lettera*, 23 aprile 2009, cit. p. 76, dove si trova l'annesso con gli orientamenti per la richiesta della dispensa dagli obblighi anche in casi di delitti (come l'attentato matrimonio). Nell'applicazione delle Facoltà, la C. per il Clero chiede di presentare un documento con la "dichiarazione autentica del chierico stesso circa la conoscenza delle contestazioni e delle prove a suo carico, nonché la volontà di persistere nella condotta illecita, senza accedere alla richiesta di dispensa graziosa dagli obblighi decorrenti dalla Sacra ordinazione, compreso il celibato" (CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Lettera*, 17 marzo 2010, cit., p. 231). Nelle facoltà del 1997 si chiedeva che il colpevole si fosse ostinatamente rifiutato di chiedere la dimissione dallo stato clericale e la dispensa dall'obbligo del celibato. Cf. C. PAPALE, *Il can. 1395*, cit., p. 53. La relazione fra perdita dello stato clericale e la dispensa dal celibato è da tempo presente nella prassi della Curia Romana: in casi dubbiosi sulla nullità dell'ordinazione si adoperava la dispensa come soluzione del problema. Sulla dispensa nei

offrire una via di uscita più dignitosa della dimissione penale: egli chiede volontariamente la sua uscita, non viene espulso. Tale prassi tuttavia solleva delle perplessità, nel senso che la dispensa, una misura *ex gratia*, diventa un sostitutivo della sanzione penale. In questo modo si cade nella stessa contraddizione sollevata dal Card. Ratzinger nel 1988.¹⁷ Argomentare che la richiesta di dispensa può essere intesa come un atto del chierico che prende coscienza della sua indegnità morale e personale per l'esercizio del ministero, potrebbe spiegare alcuni casi, ma non tutti.¹⁸ Un paragone con la normativa attuale per la dispensa dal celibato ad iniziativa del chierico permette di interpretare tale dispensa non come un atto proveniente dall'essersi egli reso conto della propria indegnità, ma come una via di uscita da una situazione non più sostenibile. Infatti, la dispensa dal celibato, concessa a richiesta del chierico interessato, risponde abitualmente a due situazioni: abbandono del ministero che diventa irreversibile (spesso perché il chierico si è unito ad una donna e ha costituito una famiglia) e inidoneità del chierico già presente al tempo dell'ordinazione per vivere gli impegni derivanti dal sacramento dell'Ordine (si accenna spesso alla sbagliata valutazione dei superiori del seminario).¹⁹ In entrambi i casi il chierico non *vuole* continuare come chierico,

casi in cui rimaneva il dubbio sulla validità dell'ordinazione, cf. J.M. DE LAHIDALGA, *La coacción en la ordenación sagrada. Estudio histórico-jurídico del canon 214*, Vitoria 1960, p. 344-346, e V. FERRARA, *Natura della procedura per la trattazione delle cause di nullità dell'ordinazione e degli obblighi ad essa connessi, in Sacramenti, liturgia e cause dei santi. Studi in onore del Card. Giuseppe Casoria*, Napoli 1992, p. 162.

¹⁷ "Eminenza, questo Dicastero, nell'esaminare le petizioni di dispensa dagli oneri sacerdotali, incontra casi di sacerdoti che, durante l'esercizio del loro ministero, si sono resi colpevoli di gravi e scandalosi comportamenti, per i quali il CJC, previa apposita procedura, prevede l'irrogazione di determinate pene, non esclusa la riduzione allo stato laicale. Tali provvedimenti, a giudizio di questo Dicastero, dovrebbero, in taluni casi, per il bene dei fedeli, precedere l'eventuale concessione della dispensa che, per natura sua, si configura come 'grazia' a favore dell'oratore". J. RATZINGER, *Lettera al Presidente della Pontificia Commissione per l'Interpretazione autentica del Codice di Diritto Canonico*, 19 febbraio 1988, in J.I. ARRIETA, *L'influsso del cardinale Ratzinger nella revisione del sistema penale canonico*, «La Civiltà Cattolica» dicembre 2010, p. 433. Arrieta commenta in merito: "la lettera rispecchia, innanzitutto, la naturale ripugnanza del sistema di giustizia a concedere come 'atto di grazia' (dispensa dagli oneri sacerdotali) qualcosa che occorre, invece, imporre come castigo (dimissione *ex poena* dallo stato clericale)". *Ibid.* p. 433.

¹⁸ Secondo Cito la possibilità offerta al chierico di chiedere la dispensa prima di procedere alla sua dimissione non risponde alla logica della grazia della dispensa, ma "está orientada a que el sacerdote se dé cuenta de que no se encuentra en condiciones morales y personales de poder desempeñar el ministerio y por tanto pide ser 'dispensado' de él; como si fuese una especie de toma de conciencia que podría incluso ayudar a la enmienda del culpable". D. CITO, *La pérdida*, cit., p. 83, n. 26. Insiste sul punto a p. 97-98.

¹⁹ Cf. L. NAVARRO, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, Roma 2000, p. 98 e bibliografia ivi citata. Dalle diverse norme che hanno regolato la dispensa volontaria dal celibato si evince che si è cercato di risolvere primariamente la situazione

ma non necessariamente a causa della consapevolezza della sua indegnità. Invece, nel caso previsto nella via amministrativa *ex officio*, ci troviamo anzitutto con una volontà del chierico che proviene dal fatto di sapere che se lui non chiede la dispensa volontariamente, allora sarà dimesso.

Il citato collegamento poi riemerge al momento dell'irrogazione della sanzione di dimissione dallo stato clericale in via amministrativa: con lo stesso atto (rescritto o decreto) si concede la dispensa da tutti gli oneri sacerdotali. Ciò è previsto sia nel mp *Sacramentorum sanctitatis tutela* che nelle facoltà speciali.²⁰ Tuttavia ciò è in contrasto con la normativa codiciale: il can. 291 prevede che la dimissione dello stato clericale non comporta la dispensa dall'obbligo del celibato.²¹ Di conseguenza è legittimo porsi diverse domande: vale la pena mantenere la disposizione codiciale o sarebbe preferibile modificare il codice nel senso della prassi vigente? Quale valore cerca di proteggere la norma del can. 291: difendere il celibato o imporre un castigo? Ma, si può ritenere una punizione che il chierico rimanga legato dall'obbligo del celibato? Il cambiamento operato nella prassi e nelle norme, non rifletterebbe una consapevolezza che il chierico dimesso non si sente più vincolato dal celibato e perciò sarebbe meglio liberarlo da tale obbligo?

morale del soggetto. Un altro conto è che ci possa essere anche una presa di coscienza della propria indegnità per il ministero. Più in sintonia con la citata normativa, Pappadia giustifica la dispensa nella "presunzione dell'irreversibilità dell'abbandono del sacro ministero ovvero dell'inidoneità del chierico interessato al suo esercizio". F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento*, cit., p. 241.

²⁰ Cf. mp. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, art. 21 § 2, 2. Le facoltà speciali I e III della C. per il Clero sono esplicite in questo punto: si parla di "casi di dimissione dallo stato clericale 'in poenam', con relativa dispensa dagli obblighi decorrenti dall'ordinazione, compreso il celibato" e della "perdita dello stato clericale, con relativa dispensa dagli obblighi sacerdotali, compreso il celibato" (C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 19 aprile 2009, n. 5, cit., p. 664). In questa lettera circolare, nel trattare la II facoltà non si indica nulla riguardo alla dispensa. Da ciò Golab conclude che la II facoltà non rientrerebbe nella logica della dispensa dal celibato come atto di grazia: "en otros supuestos delictivos, contemplados en la segunda facultad (c. 1399), la aplicación de la sanción penal no va unida a la dispensa del celibato". M. GOLAB, *Facultades especiales*, cit., p. 681. Ma nell'annesso I della Lettera circolare del 17 marzo 2010, si trattano assieme le prime due facoltà e si prevede che il procedimento finisce con: "il decreto di dimissione dallo stato clericale, con la relativa dispensa dagli obblighi decorrenti dalla sacra Ordinanza, compreso il celibato" (C. PER IL CLERO, *Lettera circolare*, 17 marzo 2010, cit., p. 231).

²¹ "Oltre ai casi di cui nel can. 290, n. 1, la perdita dello stato clericale non comporta la dispensa dall'obbligo del celibato: questa viene concessa unicamente dal Romano Pontefice". Durante l'elaborazione del CIC si discusse su questo punto. Per alcuni la dimissione e la dispensa dovevano rimanere distinte. Per altri dovevano essere collegate. Cf. «Communicationes» 17 (1985) 80-82. Nella revisione del Libro II 'De Populo Dei', il segretario della Commissione di revisione del CIC si esprime così: "non si può ammettere che la perdita dello stato clericale comporti necessariamente la dispensa dal celibato, giacché sono due cose diverse". «Communicationes» 14 (1982) 84. Perciò fu incluso un nuovo testo molto simile al can. 291 (cf. *ibid.* p. 87).

Comunque mi sembra che sarebbe più logico e in armonia con i diversi istituti che, dopo aver irrogato la sanzione, si dia la possibilità al reo di chiedere alla Santa Sede la dispensa del celibato. In linea di massima sarebbe più coerente che per un delitto non si riceva una *gratia*. Altrimenti si potrebbe pensare che per ottenere un esonero la via sia la commissione di un delitto. Ciò sarebbe certamente causa di scandalo fra i fedeli. Come interpretare l'attuale prassi? Non sembra che si tratti di un atto di misericordia nei confronti del reo.²² Piuttosto è una misura per cercare di tagliare ogni vincolo con il chierico, perché non esercita più il ministero, non ha uffici ecclesiastici e inoltre non è più legato dall'obbligo del celibato.²³ Comunque un qualche legame ministeriale continua ad esserci perché il chierico può assolvere i peccati in certe circostanze (cf. cann. 292 e 976) il che significa che non è semplicemente un "laico".²⁴

²² Nelle norme del 1971 tale dispensa era considerata un atto di misericordia. Cf. S.C. PRO DOCTRINA FIDEL, *Normae ad apparandas in Curia diocesanis et religiosis causis reductionis ad statum laicalem cum dispensatione ab obligationibus cum sacra Ordinatione conexas*, 13 gennaio 1971, n. VI, cit. p. 308. In qualche commento si è sottolineata l'esistenza di un certo equilibrio fra via punitiva e graziosa: "la compenetración de la vía penal y la vía graciosa alcanza su apogeo en el procedimiento de la dimisión *ex officio*, que se manifiesta como una solución diversa a la aplicación meramente punitiva, pero sin separarla radicalmente del campo disciplinar. Por lo tanto, la pérdida del estado clerical aplicada *ex officio* no tiene carácter puramente penal, ni tampoco gracioso, pero sí cabe dentro del campo disciplinar". M. GOLAB, *Facultades especiales*, cit., p. 681-682.

²³ "de esta forma cesa también ante la autoridad civil cualquier consecuencia del vínculo ministerial, al cual el clérigo estaba precedentemente ligado". D. CITO, *La pérdida*, cit., p. 98.

²⁴ Non si deve escludere che l'autorità ecclesiastica possa continuare ad avere alcune responsabilità nei confronti del chierico dimesso. Di fatto, in seguito a certi casi avvenuti negli Stati Uniti, si è cominciato a chiedersi se la soluzione giusta sia quella della dimissione del chierico: sembra troppo facile togliersi di mezzo il delinquente, e scaricare sulla società civile la responsabilità della prevenzione di altri delitti. È stato lodato il comportamento degli ordini religiosi che in casi del genere, hanno allontanato il religioso dal ministero, dai luoghi in cui può nuocere, e lo hanno collocato in strutture del proprio istituto dove sarà seguito e aiutato a vivere una vita di preghiera e penitenza. Sono in fondo consapevoli che continuano ad avere certe responsabilità almeno morali nei confronti di tali chierici. Cf. le iniziative della Conferenza di Superiori Maggiori e le decisioni delle assemblee riportate nella pagina web della citata conferenza: www.cmsm.org. Nel 2002 dichiarava questa conferenza nei confronti del religioso colpevole di tali delitti: "He is still our brother in Christ. We must share his burden. He remains a member of our family. Just as a family does not abandon a member convicted of serious crimes, we cannot turn our backs on our brother. If a religious has abused a child or adolescent, he is not only subject to civil and criminal law, but, according to the *Charter for the Protection of Children and Young People* adopted by the U.S. Conference of Catholic Bishops, he also cannot be reassigned to public ministries or be involved with young people. Though it may be long in coming, we must walk the journey with him through repentance, healing, forgiveness, and hopefully reconciliation (...) we place these men under severe restrictions after treatment and those with the greatest danger to the public are carefully supervised to avoid occasions where they can engage in abuse again. In situations where dismissal is appropriate, due process will be respected".

5. RUOLO DEL ROMANO PONTEFICE NELLA DIMISSIONE *EX OFFICIO*

Un altro punto caratteristico della dimissione *ex officio* è che prevede un coinvolgimento diretto del Romano Pontefice in prima persona. Alcuni casi sono presentati al Papa per decisione e per approvazione in forma specifica (cf. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, art. 21 § 2; facoltà speciale I e II della C. per il Clero e in alcuni casi indicati nella lettera della C. per l'Evangelizzazione dei Popoli).²⁵ Invece in altri casi non è il Romano Pontefice colui che prende la decisione (altri casi indicati nell'art. 21 § 2, 1 del *Sacramentorum sanctitatis tutela*²⁶).

È vero che la sanzione risulta specialmente grave, in quanto la perdita dello stato clericale comporta che il chierico non viene più considerato chierico dal punto di vista giuridico.²⁷ Ciò giustificherebbe che sia il Santo Padre a prendere la decisione (pari modo solo lui può concedere la dispensa dal celibato).²⁸ Tuttavia anche la gravità della decisione, che essendo approvata dal Papa in forma specifica, diventa inappellabile, rende la questione più delicata: non sarebbe logico che in questi casi si lasci qualche spazio ad un ricorso, qualora il chierico ritenga che sono stati lesi i suoi diritti? Un qualche ricorso si prevede già in alcuni casi: quando la decisione non è del Romano Pontefice ma del Dicastero.²⁹

²⁵ I casi delle facoltà speciali riguardano: i delitti previsti al cann. 1395, e 1394 § 1, e anche il caso del diacono che risulta indegno di essere ordinato presbitero. Cf. C. PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, *Lettera circolare*, 31 marzo 2009, cit., p. 69-70, e NUNZIATURA APOSTOLICA IN INDIA, *Lettera*, 23 aprile 2009, cit., p. 74-75. Anche la facoltà del 1997 della C. per l'Evangelizzazione dei Popoli era previsto che fosse il Papa a prendere la decisione e che l'approvasse in forma specifica (cf. C. PAPALE, *Il can. 1395*, cit., p. 57).

²⁶ Nel caso della facoltà speciale III, le due Lettere Circolari non indicano che la decisione spetta al Romano Pontefice. Perciò si potrebbe pensare che la dimissione avviene mediante rescritto della Sede apostolica con cui si dichiara la perdita dello stato clericale: si tratterebbe di un atto della Congregazione e non del Romano Pontefice, e perciò sarebbe soggetto a ricorso nelle modalità indicate nella Cost. Ap. *Pastor bonus*, art. 123. Tuttavia, nel commento alla Lettera circolare del 2010, Pappadia lascia intendere invece che si tratta sempre di un atto del Romano Pontefice. Questo autore riferisce che lo studio del caso da parte della Congregazione si può concludere con "l'applicazione della terza Facoltà speciale e la presentazione del caso al Romano Pontefice per la concessione del rescritto di *perdita dello stato clericale* e di *dispensa dall'obbligo del celibato*". F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento*, cit., p. 251. Se questo è così sarebbe necessario che ciò venga comunicato agli Ordinari.

²⁷ Da notare che non vi è alcun obbligo giuridico di sostentamento di colui che è stato dimesso dallo stato clericale. Cf. can. 1350 § 1.

²⁸ Inoltre, l'esigenza dell'approvazione in forma specifica potrebbe essere giustificata dal fatto che la dimissione *in poenam* in via amministrativa comporta la deroga del divieto di imporre pene perpetue in via amministrativa (cf. can. 1342 § 2). Comunque, l'art. 18 della cost. ap. *Pastor bonus* prevede l'approvazione comune del Papa per "le decisioni di maggiore importanza, ad eccezione di quelle per le quali sono state attribuite ai Capi dei Dicasteri speciali facoltà". GIOVANNI PAOLO II, Cost. ap. *Pastor bonus*, 28 giugno 1988, art. 18.

²⁹ All'art. 27 del mp *Sacramentorum sanctitatis tutela*, si offre la possibilità di presentare un ricorso, benché sia presso lo stesso Dicastero (Feria IV).

Inoltre ci si potrebbe chiedere se non sarebbe più rispettoso del sistema penale canonico che per i casi previsti nelle facoltà speciali, la decisione possa essere presa dal Dicastero e ammettere un ricorso all'interno del Dicastero e al Romano Pontefice. In questo modo, in applicazione del principio di sussidiarietà, la responsabilità delle decisioni non verrebbe riversata sul Romano Pontefice.

6. DIMISSIONE DALLO STATO CLERICALE E DICHIARAZIONE DELLA PERDITA DELLO STATO CLERICALE

La facoltà III concessa alla C. per il Clero risulta poco chiara dal punto di vista della sua configurazione giuridica. Infatti, si parla di *dichiarazione della perdita dello stato clericale*, ma non di una *sanzione penale*. Non si accenna ad una dimissione *in poenam*, come invece si fa per le altre due facoltà. Indipendentemente dalle discussioni in dottrina,³⁰ è evidente che un chierico non può abbandonare in modo illegittimo il ministero. Ciò potrebbe e dovrebbe essere oggetto di sanzioni da parte dell'autorità ecclesiastica, in particolare se il chierico ha abbandonato l'ufficio ecclesiastico.

Si potrebbe ipotizzare che l'abbandono di fatto per cinque anni ininterrotti possa essere interpretato come una volontà del chierico di non continuare nel ministero e quindi di non volere essere più considerato chierico dal punto di vista giuridico.³¹ Tuttavia sembra che in questi casi più che la volontà del chierico predomina la volontà dell'autorità ecclesiastica di fare chiarezza con i chierici, anche per il bene del Popolo di Dio: i fedeli hanno diritto di sapere quali ministri sacri sono in condizioni di svolgere il ministero e quali no. Infatti non sarebbe logico che un chierico che abbandona di fatto il ministero nella propria diocesi, amministri i sacramenti forse in altre diocesi a gruppi di fedeli che sanno che egli è chierico, ma ignorano che si trova in una

³⁰ Per Astigueta questa dimissione non ha necessariamente carattere penale. Cf. D. ASTIGUETA, *Facoltà concesse alla Congregazione per il Clero*, «Periodica» 99 (2010) 28. Egli giustifica questa posizione per il fatto che si prevede nella lettera circolare la possibilità eccezionale di riammissione di questi chierici al ministero. Per Woestman invece si tratta di una sanzione penale (W. WOESTMAN, *Commentary on the Circular Letter*, «Studies in Church Law» 5 [2009] 66). Per Cito si tratta di un caso *sui generis* (D. CITO, *La pérdida*, cit., p. 91, n. 39).

³¹ “L’assenza volontaria ed illecita ultraquinquennale di un chierico dal sacro ministero, può essere ricondotta alla previsione generale del can. 1399, CIC (cfr. can. 276 § 2, 1, CIC), è infatti considerata come *elemento oggettivo* da cui si ricava, per mezzo di una presunzione semplice, la *volontà soggettiva* del chierico di uscire *dallo stato clericale*, ossia abbandonare il sacro ministero, con il complesso di diritti e dei doveri che ne qualificano lo *status*. L’Ordinario d’incardinazione competente si renderà quindi interprete della volontà manifestata oggettivamente dal chierico (*ex concludentibus factis*), chiedendo che essa venga accertata e “dichiarata”, con la concessione da parte del Romano Pontefice di un *rescritto* grazioso di *perdita dello stato clericale* e di *dispensa* dall’obbligo del *celibato* (cfr. cc. 290 3, 291 CIC)”. F. PAPPADIA, *Ambito e procedimento*, cit., p. 246-247.

situazione irregolare.³² Ma nemmeno risulta ammissibile mantenere nello *status* di ministro sacro colui che di fatto non vuole assolutamente svolgere il ministero o farlo nella comunione della Chiesa.

7. CONCLUSIONE

Da quanto riportato nelle pagine precedenti sembra chiaro che la dimissione dallo stato clericale *ex officio* in via amministrativa risponde a situazioni eccezionali. Si tratta di una via aperta per far fronte a problemi pastorali urgenti di natura straordinaria. Di conseguenza, la Chiesa dovrà da un lato, cercare di adoperare le vie normali per l'applicazione delle sanzioni perpetue, e dall'altro, adoperarsi per rientrare in una situazione di normalità dove non ci siano o diminuiscano fortemente quei comportamenti delittuosi o profondamente illeciti dei ministri sacri. Dinanzi alle malattie letali la soluzione non è lasciare che queste producano la morte dei malati, ma prevenire con delle misure concrete perché la malattia non possa diffondersi, e cercare di sradicarla, senza trascurare il dovere di cercare di guarire il malato qualora ciò sia possibile. La dimissione *ex officio* sarebbe quasi un modo veloce di seppellire i morti, ma ciò non è sufficiente per debellare la malattia. La risposta della Chiesa a questa crisi esige non solo avere dei mezzi giuridici per infliggere o dichiarare la perdita dello stato clericale, ma anche attivarsi per creare un ambiente dove i germi della malattia non possano attecchire e dove si renda possibile la guarigione di colui che è stato infettato. Ciò richiede, ad esempio, una accurata attenzione nella selezione e formazione dei candidati al sacerdozio, e dare vita a presbiteri diocesani in cui si viva la fraternità sacerdotale e si rispettino i diritti dei chierici ad avere i mezzi necessari per poter vivere in conformità alle esigenze della propria vocazione. Tutto ciò costituisce un diritto del Popolo di Dio.

³² Astigueta vede queste situazioni soggiacenti la fattispecie contemplata nella III facoltà speciale. Cf. D. ASTIGUETA, *Facoltà concesse*, cit., p. 24.

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. *Reg. Apuli seu Brundusina-Ostunen*. – Nullità del matrimonio. Ammissione di un nuovo capo. Decreto, 31 ottobre 2011 – Jaeger, Ponente.*

Nuovo capo di nullità in appello ex can. 1683 – Discrezionalità del giudice circa l'ammissione – Criteri di valutazione: congruenza istruttoria ed economia giudiziaria

New ground of nullity in appeal ex can. 1683 – Judge's discretion concerning admission – Criteria of evaluation: Investigative congruency and judiciary economy

IL Tribunale d'appello ha la potestà discrezionale di ammettere o meno il nuovo capo di nullità di matrimonio "tamquam in prima instantia" ex can. 1683 CIC. La mancata ammissione della domanda non pregiudica il diritto d'azione della parte, consentendo sempre la successiva adizione del Giudice di primo grado competente.

Anche qualora riscontri il "fumus boni iuris", il Giudice potrà denegare l'ammissione che comporti un'istruttoria completamente nuova e diversa dall'oggetto del precedente giudizio. Il carico giudiziario e la natura del Tribunale possono incidere sulla non convenienza dell'integrazione dell'istanza.

THE appellate tribunal has the discretionary power to admit or not admit the new ground of nullity of marriage "tamquam in prima instantia" ex can. 1683 CIC. The lack of admission does not compromise the right of action of the party, consenting always to the succeeding additions of the Judge of the lower competent grade.

Even in the case of existence of "fumus boni iuris", the judge can deny the admission that permits an entirely new and different investigation regarding the object of the previous trial. The judiciary responsibility and the nature of the tribunal can have an effect on the non-convenience of the integration of the instance.

Infrascripti Patres Auditores de Turno, die 31 octobris 2011, legitime congregati ad normam art. 55, § 2 NRRT ad definiendam in causa quaestionem *utrum admittenda sint, in casu, capita defectus discretionis iudicii in muliere actricis et incapacitatis assumendi onera coniugalia ex parte eiusdem mulieris actricis, votis praehabitatis tum vinculi Defensoris cum iustitiae Promotoris, hoc tulerunt decretum.*

* Vedi alla fine del decreto il commento di M. DEL POZZO, *La discrezionalità del Tribunale nell'ammissione di un nuovo capo di nullità in appello*.

FACTI SPECIES

1. – Actrix in causa et Conventus die 4 aprilis 1998 matrimonium in forma canonica contraxerunt. Mense autem martio 2001 partes ad separationem devenerunt. Dein die 22 februarii 2002 mulier actrix libellum Tribunali Regionali Apulo porrexit matrimonii sui nullitatem accusans ob exclusum a viro convento matrimonium ipsum vel saltem bonum prolis. Die 9 novembris 2004 Tribunal sententiam tulit negativam qua nempe utrique dubio respondit, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu.

2. – Adversus hanc negativam sententiam Actrix appellationem ad N. A. T. rite interposuit, et quidem ad normam cann. 1628 et 1444, § 1, n. 1.

3. – Appellatione pendente, die 21 martii 2011 Actricis Patronus instantiam exhibuit ut, in hoc secundo iudicii gradu, et nova admittantur nullitatis capita, quae sint «defectus discretionis iudicii in muliere actrice et/vel incapacitas adsumendi onera coniugalia ex parte eiusdem mulieris actricis», et quidem necessario «tamquam in prima instantia». Hac instantia Patronus subtiliorem iuridicam dedit formam petitioni ab ipsa Actrice verbis suis iam antea expressae in proprio memoriali diei 10 eiusdem mensis martii h. a.

4. – Vir autem conventus ne excipere quidem Tribunalis de re litteras dignatus est.

5. – Timens ne N. A. T. inutiliter oneretur processu, pro quo et inferius non minus competens sit Tribunal, infrascriptus Ponens suo decreto diei 5 augusti h. a. iustitiae votum Promotoris quaesivit «an opportunum sit ut pars actrix edoceatur de facultate Tribunal primae instantiae competens adeundi ut de [...] capitibus [nuper a proprio Patrono instantia diei 21 martii h. a. tamquam in prima instantia propositis] videat – immo ut [Ponens] eam hortetur ut iure suo in re utatur – quo in casu appellatio haec poterit etiam non prosequi saltem “oeconomiae iudicialis” causa».

6. – Ponentis decreto die 24 septembris h. a. respondens, Promotor iustitiae votum exhibuit «Ponentem partem actricem edocere posse de facultate adeundi Tribunal competens primae instantiae ut idem Tribunal videat de capitibus ab ipsa parte Actrice apud Rotam tamquam in prima instantia propositis», quod et infrascriptus Ponens dein in colloquio cum eiusdem partis Patrono conatus est. Tamen pars per Patronum de hac facultate – minime vero, ut patet, obligatione – certior facta instantiae non renuntiavit, qua re, verbis adhibitis ipsius laudati iustitiae Promotoris «Turnus Rotalis statuere debet utrum nova nullitatis capita, tamquam in prima instantia proposita, admittenda sint, necne (cf. art. 55, § 2 NRRT)».

7. – Suo quisque fungente munere nec Promotor iustitiae nec vinculi Defensor admissioni novorum capitum se opponit vel favet, potius memoratis normis, quae rem regant, uterque ipsi Tribunali decisionem recte relinquit.

IN IURE ET IN FACTO

8. – Can. 1683, quae exceptionem contineret quandam regulae generali can. 1639, § 1 statutae (de «nova petendi causa» in gradu appellationis non admittenda) sic sonat: «Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare». Iuxta art. 55, § 2 NRRT, cum eiusmodi instantia H. A. F. exhibita sit, Tribunalis facultas eam admittendi vel non penes est Turnum. Enimvero lex dicit tribunal eiusmodi capita admittere posse non autem debere, decisionem de re tribunalis relinquens discretioni.

9. – Partis instantia novis capitibus in secundo iudicii gradu admittendis haud aequiparatur invocationi iudicum in primo iudicii gradu ministerii. Positis enim ponendis, partes, sive baptizatae sive non baptizatae, et quatenus baptizatae sive catholicae sive acatholicae, ius ad ministerium habent iudicum cum de rebus Ecclesiae potestati subiectis agatur vel subtilius cum obiectum iudicii potestati Ecclesiae iudiciali subiciatur sive in semetipso sive in factispecie particulari (cf. cann. 1400, § 1; 1401; 1476), quod ius praesertim ipsis competit christifidelibus (cf. can. 221, § 1). Eapropter iudici competenti eiusmodi ministerium iis idem legitime petentibus non licet negare. Enimvero iurium tutandorum hominum – summe christifidelium – gratia, rationes quibus iudex partis libellum ministerium eius invocantem reicere possit taxative a Legislatore enumerantur (cf. can. 1505, § 2). Insuper praeter quam eas ob taxative enumeratas rationes, quae habilitatem seu competentiam vel requisita quaedam formalis potius indolis respiciant vel etiam, immo imprimis, determinationem in libello cui iudici exhibeatur vel quid et a quo in eo petatur (cf. *ibid.*, nn. 1-3), lex iudici libellum reicere permittit tantum «si certo pateat ex ipso libello petitionem quolibet carere fundamento, neque fieri posse, ut aliquod ex processu fundamentum appareat» (*ibid.*, n. 4). Ratio legis ipsius patet omnino, et quidem vitare ut hominum vel maxime christifidelium ullus umquam «suum» in iudicio vindicare vel defendere non possit.

10. – Ratione legis attenda, facilius videtur cur rerum status funditus mutatus evadat seu radicitus sit dissimilis cum pars re in iudicio stans iudici ministerio actu utens ut nova capita in gradu appellationis addantur instet. In hac factispecie, instantia si reiciatur ista, partis ius «suum» in iudicio vindicandi vel defendendi certissime non laeditur, integra cum maneat eiusdem partis facultas, vel melius, ius, matrimonium nullitatis illa nova ob capita accusandi apud competens primae instantiae tribunal.

11. – Enimvero cum ad reiciendam eiusmodi instantiam peculiare requiri non videantur rationes, ad tribunalia dioecesana et interdioecesana quod attinet, Instructio diei 25 ianuarii 2005, quae a verbis incipit «*Dignitas Connubii*», implicite saltem requirere videri fortasse possit «causam gravem» ad eam ad-

mittendam (cf. art. 268, qui remittit, inter alia, ad art. 136, qui can. 1514 nixo, partim sic sonat: «formula dubii semel statuta mutari valide nequeat, nisi [...] ex gravi causa») etiamsi ad H. A. T. quod attinet Collegium Praelatorum Auditorum die 24 iulii 2009 deliberavit hoc ex can. 1514 non requiri, Turnis libertatem relinquens ampliorem eiusmodi instantias ad normam can. 1683 pro suo cuiusque iudicio admittendi vel reiciendi.

12. – Patet in prudenti de re iudicio efformando iudices iustitiae aequitatisque postulationes perpendere debere. Ii, exempli gratia, nova capita sibi admittenda facilius censebunt cum plane nonnisi *de nominibus* agi videatur, cum scilicet partium in actis adsertiones testiumque declarationes atque ceterae in actis probationes aptiores videantur ad «errorem in persona» vel «errorem qualitatis in errore personae redundantem» quam ad «dolum» probandum, vel etiam vice versa, aut «gravem defectum discretionis iudicii in parte» potius quam eiusdem partis «incapacitatis adsumendi onera et officia coniugalia essentialia». Alias rationes considerare poterunt iudices, quae «oeconomiam» eiusdem processus ipsius respiciant, ex. gr. si nondum in hoc secundo iudicii gradu litis evenerit contestatio res sese aliter haberentur ac si instructione perfecta publicata iam sint acta, et ita porro. Minime autem opportuna videtur, et quidem iam *a priori*, novorum capitum admissio quatenus alius prorsus indolis atque ea quae praecesserint et ne eandem quidem partem respiciant sed alteram solam – quod vehementer evenit in praesenti causa. Primi gradus (negativa) sententia dubiis de simulatione ex parte viri conventi respondit dum nova capita, quorum admissio in hoc appellationis gradu («tamquam in primo iudicii gradu») petitur, de alterius partis, id est de mulieris actricis discretionis defectu iudicii deque eiusdem incapacitate onerum adsumendi coniugalium agant!

13. – Actricis Patronus, in sua instantia diei 21 martii h. a., sollerter argumentatur aliqua, quae refert, *obiter dicta*, quae in primi gradus sententia inveniantur (quae autem in seipsis, secus ac scribit Patronus, «elementa probatoria» haud sint) una cum quadam «peritia privata» ab Actrice sit exhibita. Nostra non interest disceptare num quae supra referantur sufficiant ut nova capita admitti possint, saltem iuxta Collegium Praelatorum Auditorum deliberationem diei 9 novembris 2009, qua «fumus boni iuris» ut hoc apud N. A. T. fieri possit sufficiat. Immo, si de existentia vel minus huius «fumi boni iuris» decernere deberemus praevideri posset Nos affirmative respondere. Sed, sicut supra animadvertebatur, existentia condicionum ad valide nova capita admittenda minime eiusmodi admissionem necessariam reddit, quae admissio unice a discretionem iudicum, iustitiae postulationibus aequitatisque ductorum, pendet.

14. – In casu, patet novorum admissionis capitum effectus plane non *nominibus* circumscriptum iri; potius, nova si admissa sint capita, novum verum et proprium primi gradus processum requirunt. Fieri enim non posse prae-

sumere debemus ut probationes et defensiones circa adsertam viri conventi simulationem in primo iudicii gradu collectae plus quam minorem, minimam fortasse, partem novi processus instructionis necessitatibus respondeant. Nec, prout iam in se evidens est, peritia privata ab Actrice exhibita sine diligentiore de factis inquisitione atque alterius saltem periti ex officio opere rem dirimere iuvabit. Quam implexae sint causae can. 1095 nixae non est qui nesciat, at memorati Periti privati votum aliud non promittit ac necessitatem profundioris omnino examinis doctrinarum et methodorum in re adhibendarum, cum, scilicet, in paragrapho ab ipso Actricis Patrono citata, nuntiat Peritus: «Nel definire l'anomalia di natura psichica di cui soffre [Actrix] si deve ricorrere ad una categoria diagnostica che solitamente non compare nella trattativa psichiatrica (DSM IV – TR ed altri manuali) e che viene indicata nella pratica forense canonica come immaturità affettiva». Inter alia, inquirendum forte esset quo modo quoque iure sola «pratica forense canonica», quae in se scientia psyches plane non est, suam diagnosim excogitare valeret, quam ipsae curandae psyches scientiae ignorarent cui nihilominus ipse de psychicis rebus peritus sua vice recurrere deberet (!).

15. – Quaestio denique proponitur num iustum sit, bonum vel aequum ut N. A. Tribunal appellationis eiusmodi primi gradus processu oneretur dum saltem unum exstet et facilius adiri possit primi gradus Tribunal plene ad hoc competens. Et quaeritur insuper num N. A. T. ulla sine necessitate eiusmodi primi gradus processu onerare rectus censi possit facultatum usus, de quo ratio reddi possit (anglice “responsible use of resources”).

16. – Enimvero Legislator partibus per can. 1444, § 1, n. 1 facultatem concedit seu ius tribuit ad Rotam Romanam iam in secunda instantia appellandi etiam cum inferiora tribunalia appellationis pro casu competentia praesto sint. Sed nullibi statuitur nec rationabile esset Nos ipsos analogum ius partibus tribuere teneri quo causae apud Rotam et in primo iudicii gradu tractentur etiam cum inferiora tribunalia omnino competentia praesto sint – saltem ubi peculiaris omnino non adsit necessitas vel summa convenientia seu opportunitas.

17. – Memorandum est insuper causae tractationem apud H. A. T. in primo iudicii gradu significare et in altero iudicii gradu Nostrum ipsum A. T. de causa videre obligatum iri, atque forsitan (si binae conformes inter se non fuerint sententiae) adhuc in tertio gradu (!), dum si causa in inferiori primae instantiae tribunali introducatur, fieri poterit – sicut et plerumque evenit – causam et in altero iudicii gradu ad tribunal inferius delatum iri, immo, duplex si lata fuerit conformis sententia, eandem causam numquam iis pluribus coram Nobis pendentibus additum iri.

18. – Quae cum ita sint, patet tribunalis decisionem, qua novum caput admittatur aut non admittatur, non solum interesse partium in eadem, de qua agitur, causa considerare debere, sed etiam iustitiae postulationes ae-

quitatisque erga ceteras partes inter quas eidem tribunali ius sit dicendum, quaeque per tempus adhuc longius exspectarent si Tribunal Hoc appellationis, nimio numero causarum cum sit oneratum, id sibi faciendum sine ulla necessitate arbitretur quod Tribunal inferius facere posset. Oeconomiae iudicialis gratia, saltem hisce in rerum adiunctis, cum scilicet Nostro A. T. plurimae definiendae adhuc sint causae, iustitia melius servabitur si tribunalibus inferioribus ea relinquantur, quae intra eorum sint competentiam.

19. – Quibus omnibus perpensis, infrascripti Patres Auditores de Turno ad propositam definiendam in causa quaestionem «utrum admittenda sint, in casu, capita defectus discretionis iudicii in muliere actrice et incapacitatis assumendi onera coniugalia ex parte eiusdem mulieris actricis» respondendum decreverunt sicut et reapse respondent: *Negative, seu nova capita non esse admittenda.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 31 octobris 2011.

AUGUSTINUS DE ANGELIS

GERARDUS MCKAY

DAVID MARIA A. JAEGER, *Ponens*

LA DISCREZIONALITÀ DEL TRIBUNALE NELL'AMMISSIONE DI UN NUOVO CAPO DI NULLITÀ IN APPELLO

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento. – 2. La valutazione della fattispecie dedotta. – 3. La potestà del Giudice in merito all'ammissione del nuovo capo di nullità. – 4. Il presupposto della facoltà di adire il Tribunale di prima istanza e le cautele per la tutela del diritto di difesa. – 5. La celerità della soluzione e l'economia giudiziaria.

1. PREMESSA E INQUADRAMENTO

IL decreto riportato ha un notevole interesse per gli operatori e gli studiosi perché le considerazioni che motivano la mancata ammissione della nuova domanda in appello nel caso di specie, stando anche al tenore del decreto,¹ sembrano suscettibili di applicazione anche ad altre ipotesi. La presentazione di nuovi capi di nullità in appello *tamquam in prima instantia* oltretutto è una fattispecie molto frequente e diffusa tanto presso la Rota Romana quanto in sede locale.² Il provvedimento, tenendo conto della pras-

¹ Cfr. in particolare nn. 17 e 18 del decreto commentato (d'ora in poi riportato come Decreto).

² Il resoconto annuale della Rota Romana registra ogni anno diversi decreti di rito relativi all'ammissione o meno di nuove domande, cfr. ad es. *L'attività della Santa Sede nel 2010* (pubblicazione non ufficiale), Città del Vaticano 2011, p. 638.

si recentemente statuita dal Tribunale Apostolico,³ individua in pratica taluni criteri ed elementi per valutare la convenienza o meno dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio.

La *motivazione dal decreto*, partendo dal contenuto della statuizione *ex can.* 1683 e dalla relativa applicazione presso la Rota Romana,⁴ differenzia opportunamente la reiezione del libello dal rigetto della richiesta di aggiungere nuovi *capita nullitatis* in appello e puntualizza i termini della discrezionalità del Giudice (il Turno rotale *in casu*). Il prudente giudizio del Turno esclude poi la rispondenza e il collegamento logico e probatorio delle domande introdotte con gli atti di causa, nega conseguentemente l'opportunità di un'indebita protrazione dell'istanza anche per ragioni di economia giudiziaria. Sembra dunque stimolante riflettere sull'interpretazione del disposto legale che funge da presupposto dell'argomentazione e sul concetto, abbastanza innovativo, di *oeconomia iudicialis* additato. La denegazione dell'ammissione, oltre a rispondere alla coerenza e celerità del giudizio *de quo*, è proposta infatti in generale come misura per una più equa e ragionevole distribuzione del carico giudiziario.

Il decreto *coram* Jaeger in commento offre insomma una ricca serie di spunti per una lettura attenta e ponderata della disciplina vigente. Una nota di presentazione del pronunciamento non consente chiaramente un approfondimento analitico ed esaustivo delle questioni e dei riferimenti dottrinali e giurisprudenziali che il provvedimento e il tema suscitano. Di seguito ci limitiamo pertanto a illustrare semplicemente alcuni punti che possono agevolare la comprensione e la riflessione sul documento.

2. LA VALUTAZIONE DELLA FATTISPECIE DEDOTTA

L'amministrazione della giustizia riguarda sempre il singolo caso e la specificità della situazione trattata.⁵ Non è possibile pertanto comprendere le affermazioni esposte e le determinazioni assunte senza un rigoroso e preciso

³ ROTA ROMANA, *Delibera del Collegio rotale del 24 luglio 2009*, riportata da A. DE ANGELIS, *Le Delibere del Collegio rotale in materia di prassi processuale*, in J. KOWAL - J. LLOBELL (a cura di), «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, III, Città del Vaticano 2010, pp. 1409-1410.

⁴ Cfr. art. 55 § 2 *Normae Romanae Rotae Tribunalis*.

⁵ «Volendo analizzare la formula classica della giustizia (...) Si dice 'a ciascuno' per esprimere la consapevolezza che la giustizia non si riferisce in generale a gruppi, classi o categorie. (...) La giustizia dà il suo a ciascuno ad ogni singola persona, ad ogni istituzione. Non si riferisce, per fare un esempio, al bene dell'istituto matrimoniale o dei matrimoni in generale; giudica riguardo al singolo matrimonio in questione, e dà a ciascuno ciò che gli spetta (lì dove spetta validità, dichiarazione di validità; lì dove spetta nullità, dichiarazione di nullità; e lì dove spetta separazione, separazione)» J. HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Venezia 2007, pp. 35-36.

riferimento alla *factispecies*. Va da sé che per ricostruire fedelmente il senso e la *ratio* del decreto bisognerebbe conoscere tutti gli elementi a disposizione del Collegio.⁶ In questa sede la considerazione del caso non può che essere limitata al solo contenuto dell'atto pubblicato. È utile comunque sottolineare un paio di circostanze che emergono dalla prospettazione stessa del provvedimento: l'*originaria impostazione della causa* e il *sovraccarico del Tribunale Apostolico*. Benché non sia esplicitamente evidenziata, rilevante sembra anche la considerevole durata del processo in atto.

In primo luogo, emerge la *discrasia tra l'impostazione della domanda in primo grado e l'accumulazione successiva di azioni richiesta*. L'introduzione della causa è stata motivata da un addebito nei confronti del convenuto (simulazione totale o esclusione del *bonum prolis*). L'impianto probatorio e argomentativo si è articolato evidentemente in questa chiave ermeneutica. I nuovi capi (la previsione di cui al can. 1095, nn. 2 e 3), come meglio vedremo tra poco (*infra* § 3), non si pongono in linea di continuità e sviluppo con l'originaria tesi sostenuta, ma spostano irrimediabilmente l'attenzione dal marito e dalla sua sfera volitiva alla discrezione di giudizio e alla personalità della moglie. È appena il caso di sottolineare che il *defectus discretionis iudicii* e l'*incapacitas assumendi* richiederebbero un mezzo periziale che nel caso di specie, nonostante i tentativi del Patrono di invocazione di una perizia privata, non è stato assolto in primo grado.⁷ Tanto più che la paventata incapacità si risolve nel ricorso alla non troppo chiara figura dell'«immaturità affettiva», si da richiedere a maggior ragione un accertamento psichiatrico serio e coscienzioso. L'introduzione delle nuove domande insomma non è supportata dalle risultanze istruttorie e non presenta una corrispondenza col *decisum* neppure nell'individuazione del soggetto responsabile della supposta nullità.

In secondo luogo, la motivazione del provvedimento palesa l'*onerosità dello smaltimento delle cause pendenti in Rota*. Le presumibili lungaggini derivanti dall'ampliamento del *petitum* nel giudizio *de quo* si ripercuotono inoltre sul già *pesante carico del Tribunale*. Il decreto *coram* Jaeger non fa mistero dell'abbondanza del lavoro e delle aspettative di giustizia demandati alla Rota Romana: «patet tribunalis decisionem (...) non solum interesse partium in eadem, de qua agitur, causa considerare debere, sed etiam iustitiae postulationes aequitatisque erga ceteras partes inter quas eidem tribunali ius sit dicendum, quaeque per tempus adhuc longius exspectarent si Tribunal Hoc appellationis, nimio numero causarum cum sit oneratum, id sibi faciendum sine ulla necessitate arbitretur quod Tribunal inferius facere posset».⁸ Ta-

⁶ La scienza e coscienza dei giudici sono la più sicura salvaguardia del retto operare del Tribunale.

⁷ Cfr. art. 203 § 1 DC.

⁸ Per un riscontro dell'ingente attività del Tribunale Apostolico cfr. anche *L'attività della Santa Sede nel 2010*, p. 622. Dalla verifica degli ultimi volumi si ricava che le cause pendenti superano il migliaio rispetto alle circa trecento petizioni annuali. M. Calvo Tojo, con note

le considerazione del provvedimento sembra dunque adombrare una certa difficoltà nell'assolvere con solerzia alle proprie incombenze. L'esemplarità richiesta al Tribunale Apostolico riguarda anche la giusta tempistica nell'amministrazione della giustizia.⁹ L'aggravio disavveduto d'attività istruttoria e procedimentale pregiudicherebbe insomma gli interessi di altre persone (non tanto potenziali quanto reali). L'effettività della situazione giudiziaria ecclesiale non può chiaramente determinare la soluzione della questione nel caso di specie (l'ammissione o meno dei nuovi capi), ma non può non tenerne minimamente conto nella valutazione dell'opportunità dell'accettazione dell'estensione della *causa petendi*.

Per quanto concerne la *durata del processo*, emerge chiaramente che a fronte di una convivenza matrimoniale durata meno di tre anni, *la causa si protrae da oltre dieci anni*. Non è dato conoscere il motivo per cui, emessa la sentenza di primo grado il 9 novembre 2004, la nuova richiesta è stata proposta solo il 21 marzo 2011, cioè sei anni e quattro mesi dopo. Il riferimento al presunto collegamento dell'istanza col memoriale del 10 marzo 2011 parrebbe ascrivere all'attrice le more dell'appello.¹⁰ Sta di fatto che il giudizio risulta pendente da oltre due lustri.¹¹ L'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche non può non considerare anche il diritto del convenuto a giungere in tempi ragionevoli ad un accertamento sicuro e stabile.

forse di eccessiva criticità, riguardo al Tribunale della Rota Romana, sulla scorta degli elementi relativi alle cause inoltrate, risolte e pendenti evidenzia: «La conclusión es patente: el plazo señalado en el canon 1453 de seis meses para sustanciar la segunda (y ulteriores) instancias queda en letra muerta» (*Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca 1999, p. 149). Utili rilievi sui ritardi nei processi canonici sono riportati anche da L. SABBARESE, *Semplicità e celerità nel processo matrimoniale canonico*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione «Dignitas connubii»* (Associazione Canonistica Italiana, xxxviii Congresso Nazionale di Diritto Canonico, 4-7 settembre 2006), Città del Vaticano 2007, pp. 269-270.

⁹ L'art. 126 PB non esplicita il ruolo esemplare dell'organo giudiziario ma si desume chiaramente dal contesto che il primo modo di aiutare i Tribunali inferiori è lo stesso rigore del *modus procedendi* della Rota. I Romani Pontefici frequentemente hanno richiamato con parole di stima e apprezzamento il valore di guida e modello del funzionamento del loro Tribunale per tutti gli operatori giudiziari. Anche la celerità dei processi, subordinata chiaramente alla giustizia e alla verità, è peraltro un bene costantemente sottolineato nei Discorsi dei Papi alla Rota Romana (cfr. ad es. PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 1978, «AAS», 70 [1978], p. 182; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 gennaio 1998, «AAS», 90 [1998], p. 784; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, «AAS», 97 [2005], p. 166; BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, «AAS», 98 [2006], p. 138).

¹⁰ Cfr. n. 3 Decreto. La circostanza, se effettiva, non sarebbe del tutto priva di influenza.

¹¹ Per un'analisi della durata media dei processi e degli indici tendenziali al riguardo cfr. anche M. DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005: "vecchi" dati e "nuove" tendenze*, in H. FRANCESCHI - M.Á. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2009, pp. 461-466.

3. LA POTESTÀ DEL GIUDICE IN MERITO ALL'AMMISSIONE DI NUOVO CAPO DI NULLITÀ

Il *principio di diritto* che presiede la definizione della questione è la *discrezionalità del Giudice* in ordine all'ammissione del nuovo capo: «Se nel grado di appello si adduca un nuovo capo di nullità del matrimonio, il tribunale lo può ammettere e su di esso giudicare come se fosse in prima istanza». ¹² La previsione, com'è noto, introduce una consapevole e motivata eccezione alla delimitazione del giudizio d'appello e ai principi generali degli ordinamenti processuali. ¹³ L'ammissione dell'ampliamento della *causa petendi* è rimessa al prudente apprezzamento del Tribunale. L'espressione «potest» attribuisce infatti all'interprete la verifica dell'adeguatezza dell'aggiunta. L'orientamento assunto dal Collegio rotale tra l'altro prende le distanze dalla supposta impostazione seguita dalla *Dignitas connubii*. ¹⁴ Il decreto *coram* Jaeger, in linea coll'indirizzo concordemente fissato dai Prelati Uditori, contribuisce a chiarire la piena compatibilità della posizione rotale col sindacato del Giudice sulla convenienza dell'introduzione del nuovo capo nel caso concreto. Sul punto, può essere utile considerare la lettura del disposto codiciale offerta dall'*Instructio* e dalla Delibera rotale per poi individuare i parametri e le argomentazioni, suscettibili di applicazione più generale, forniti dal provvedimento.

Nel riportare la prescrizione del can. 1683, l'art. 268 § 1 DC rinvia al contenuto di una serie di disposizioni: «servatis artt. 114-125, 135-137». Tra le citate norme, l'art. 136 (relativo al cambiamento della formula del dubbio) prevede la sussistenza del «grave motivo». Anche l'ammissione del *novum caput nullitatis* in appello *tamquam in prima instantia* risulterebbe quindi vincolata *ex gravi causa*. L'Istruzione pare così aver compiuto un'assimilazione giuridica della fattispecie *de quo* e esteso la clausola di salvaguardia della fissazione dell'oggetto del contendere. La lettura restrittiva dell'ampliamento del giu-

¹² Can. 1683 CIC (can. 1639 CCEO).

¹³ Cfr. can. 1639 § 1. L'apertura del giudizio di appello oltre i limiti del principio devolutivo costituisce un *unicum* nei sistemi processuali, giustificato da ragioni di celerità, concentrazione cognitoria ed economia processuale. C. de Diego-Lora più che un'eccezione la considera un'ulteriore singolarità del processo di nullità matrimoniale (*Comentario c. 1683*, in A. MARZOJA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA [a cura di], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, IV/2, Pamplona 2002, p. 1928), osserva tuttavia in conclusione al suo commento: «El fenómeno procesal no deja de ser atípico, pero son las consecuencias que se derivan de un precepto canónico que se vuelca en favor de una posible solución de justicia, sin otras dilaciones, aunque sea violentando la pureza estricta de un sistema procesal regido sólo por leyes lógicas formales» (p. 1931).

¹⁴ Circa l'influenza e la portata dell'Istruzione cfr. J. LLOBELL, *La natura giuridica e la ricezione ecclesiale dell'istr. «Dignitas connubii»*, «*Ius Ecclesiae*», 18 (2006), pp. 344-354.

dizio pone un limite che evidentemente non si riscontra, almeno esplicitamente, nel dettato legale. Discutibile appare il criterio di collegamento e una sorta di aprioristica limitazione della facoltà concessa dal sistema. La dottrina più avveduta e buona parte della giurisprudenza dei tribunali diocesani e interdiocesani tuttavia non ritengono che il prescritto dell'art. 268 § 1 DC abbia modificato o irrigidito la formulazione legale.¹⁵ Stando a tale interpretazione, potendo l'integrazione della domanda avvenire in ogni momento del giudizio di appello, la menzione dell'art. 136 continuerebbe a riguardare solo l'ipotesi della modifica della formula del dubbio nel successivo corso del grado di giudizio.¹⁶

L'art. 55 § 2 delle *Normae* rotali dispone: «Quoties in causis matrimonialibus iuxta can. 1683 novum caput adducatur, item Turni erit decernere de eodem admittendo vel reiciendo». La natura intrinsecamente collegiale del Tribunale implica che presso la Rota Romana la valutazione sia rimessa al Turno. La citata norma suggella comunque la sussistenza di una valutazione discrezionale nell'introduzione del *novum caput* («decernere de eodem admittendo vel reiciendo»). Tale discernimento è affidato appunto al prudente giudizio del Collegio giudicante. La Delibera del Collegio dei Preti Uditori

¹⁵ Cfr. ad es. C. PEÑA GARCÍA, *Titulo XI: El envío de los autos al tribunal de apelación y la tramitación de la causa*, in C.M. MORÁN BUSTOS - C. PEÑA GARCÍA, *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción "Dignitas Connubii"*, Madrid 2007, pp. 496-497, J. LLOBELL, *Comentario art. 268 DC*, in M. DEL POZZO - J. LLOBELL - J. MIÑAMBRES (a cura di), *Norme procedurali canoniche commentate*, (in corso di prossima pubblicazione); M.T. ROMANO, *La trasmissione della causa al tribunale d'appello e la sua trattazione (artt. 263-268)*, in P.A. BONNET - C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii". Parte Terza. La parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, p. 591.

L'osservazione al riguardo di Gullo registra in buona misura la situazione esistente: «Non si vede invece il perché il "poter introdurre" un nuovo capo (can. 1683; art. 268 § 1 Instr. "Dignitas Connubii"), nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente, si risolva in un "dover accettarlo" (sempre nel caso che esista il *fumus boni iuris*), al punto di considerare *vim definitivae habens* il decreto con cui non si ritenga di accettare l'aggiunta del nuovo capo. La legge dice che il capo può essere ammesso *non deve*. Il parametro per la sua ammissione non può dunque essere solo il *fumus boni iuris*, ma anche quanto stabilito dal can. 1514 (similmente art. 136 Instr. "Dignitas Connubii"). Se una causa è matura per la decisione, non si vede perché si debba sospendere tutto, ammettere il nuovo capo, ricominciare una nuova istruttoria ecc. Né la non ammissione del nuovo capo in appello provoca alla parte alcun pregiudizio irreparabile; molto semplicemente, la parte potrà proporre il nuovo capo, se ha il *fumus boni iuris*, davanti al tribunale di primo grado competente» (C. GULLO - A. GULLO, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Città del Vaticano, 2009³, p. 294).

¹⁶ Lo stesso De Angelis, commentando la Delibera rotale, distingue tre ipotesi: «I casi di ammissione di un nuovo capo in concreto sono tre: – in primo grado dopo la *litis contestatio*; – in secondo o ulteriore grado prima della *litis contestatio*; – in secondo o ulteriore grado dopo la *litis contestatio*» (*Le Delibere del collegio rotale...*, p. 1410); stando all'interpretazione confermativa della disciplina vigente (nt. 15), il riscontro di una causa grave si riferirebbe solo all'ultimo caso.

del 24 luglio 2009 ha chiarito la prassi processuale di trattazione della fatti-specie presso il Tribunale Apostolico: «Se una parte richiede l'ammissione di un nuovo capo di nullità, il Turno, previo voto del Difensore del vincolo (art. 55 Norme RRT), decide sull'ammissione, per la quale non si richiede una grave causa *ex can. 1514* ma soltanto il *fumus boni iuris*, in quanto non si tratta della mutazione di un capo già concordato ma della semplice addizione di un nuovo capo». ¹⁷ La Rota ha dunque puntualizzato che il presupposto di legittimazione per l'ampliamento dell'oggetto del giudizio è quello della *non manifesta infondatezza dell'istanza* e non già la sussistenza di una causa grave. ¹⁸ La conseguenza è abbastanza chiara: la parte deve dimostrare il *fumus* della domanda ma non deve giustificare pure la stringente rilevanza della richiesta nella causa *de quo*. Il can. 1683 infatti non suppone la straordinarietà della modifica dell'oggetto concordato, ma consente un'ulteriore estensione *ex lege* dell'esame giudiziale.

Il decreto *coram* Jaeger si attiene alla Delibera rotale riportata, ¹⁹ nega però in concreto l'opportunità dell'accoglimento. L'astratta ammissibilità dell'integrazione dell'oggetto del giudizio, non esclude infatti la facoltà *in casu* di rigettare l'introduzione della domanda. ²⁰ Oltre la questione formale di legittimità, residua insomma la potestà discrezionale di adottare la soluzione più avveduta nell'economia della causa. ²¹

I motivi del diniego sono stati duplici: la *scarsa congruenza dei nuovi capi con il contenuto dell'accertamento già compiuto* e la *non economicità dell'ammissione in statu iudicii*. Difetta, in primo luogo, un minimo di attinenza o connessione tra i capi originari e quelli *ex novo* proposti in appello. Un certo legame e riferimento sarebbe stato congetturabile se si fosse invocato l'errore di persona o l'errore di qualità *ex can. 1097 §§ 1 e 2* o perfino gli stessi capi invocati (can. 1095 nn. 2 e 3) ma in riferimento alla stessa parte convenuta e non invece dell'altra parte (l'attrice). Nel caso di specie l'aggiunta non concerne la diversa denominazione o incidenza degli stessi fatti quanto un riscontro completamente distinto. ²² La circostanza si ripercuote chiaramente sulla ri-

¹⁷ DE ANGELIS, *Le Delibere del collegio rotale...*, p. 1409.

¹⁸ Circa il concetto di *fumus boni iuris* cfr. anche ROTA ROMANA, *coram* Bruno, decr. 23 maggio 1986, «RR Decr.», 4 (1986), pp. 72-78.

¹⁹ Espressamente citata nello stesso provvedimento (Decreto n. 11).

²⁰ La verifica del *fumus boni iuris* non è dunque sufficiente ad integrare gli estremi per l'ampliamento della *causa petendi*.

²¹ «(...) Turnis libertatem relinquens ampliorem eiusmodi instantias ad normam can. 1683 pro suo cuiusque iudicio admittendi vel reiciendi» (Decreto n. 11).

²² La valutazione operata dal Turno circa l'assimilabilità dei capi di nullità presenta elementi di affinità con il giudizio sulla conformità sostanziale delle decisioni *ex art. 291 § 2 DC*. Per un analitico riscontro dell'istituto cfr. J. LLOBELL, *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell'art. 291 della «Dignitas connubii»*, in H. FRANCESCHI e M.Á. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione...*, pp. 511-561.

levanza delle testimonianze e degli altri elementi di causa, in maniera tale da sconsigliare il cumulo delle azioni. In secondo luogo, il Turno ha rilevato l'insufficienza *a priori* dell'apparato probatorio. Qualora si ammettessero i nuovi capi, la cognizione giudiziale non soltanto si ampliirebbe, ma addirittura se ne invertirebbe la prospettiva (spostandosi da una parte all'altra), con il conseguente venir meno del vantaggio del cumulo delle domande. L'apprezzamento dello specifico contenuto dell'istanza e degli atti ha condotto quindi all'esclusione della convenienza dell'ammissione. Un'eccessiva larghezza nell'applicazione del can. 1683 finirebbe in pratica con lo snaturare il senso e l'utilità della concessione legislativa.²³

4. IL PRESUPPOSTO DELLA FACOLTÀ DI ADIRE IL TRIBUNALE DI PRIMA ISTANZA E LE CAUTELE PER LA TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA

Chiarito il fondamento del provvedimento, occorre anche evidenziare la *conseguenza della scelta operata*. La convenienza di adire il Tribunale di prima istanza per non appesantire l'accertamento in corso e aggravare improvvidamente il carico del Tribunale Apostolico non pregiudica il diritto d'azione della parte ma rinvia l'introduzione dell'istanza ad un *momento successivo all'estinzione del grado di giudizio*. Non vi è dubbio infatti che nella fattispecie si riscontrino gli estremi della *connessione*.²⁴ Tale istituto comporta dunque la necessaria attrazione della nuova domanda nella causa in corso.²⁵ Orbene,

²³ Appare dubbio, anche se l'apprezzamento chiaramente è opinabile, il fatto che la riunione *in uno processu* giovi effettivamente alla rapidità ed efficacia della cognizione della causa. Osserva in generale J. Llobell: «Il tribunale nel decidere se ammettere o meno la nuova domanda deve attenersi ai criteri dettati per l'introduzione della causa dagli artt. 114-125 (...) È però da ritenere che possa essere respinta anche nel caso in cui il tribunale rilevi (ad es., perché richiede una complessa perizia) che sia destinata a ritardare eccessivamente il corso del giudizio di secondo grado (ad es., quando il tribunale, malgrado abbia rinviato la causa all'esame ordinario, ritenga di poterla decidere in tempi brevi), salvo ovviamente il diritto della parte di riproporla in un processo autonomo davanti al tribunale competente per il primo grado di giudizio» (*Commento art. 268 DC*, cit.).

²⁴ Per le cause matrimoniali l'art. 15 DC prescrive: «Quando un matrimonio viene impugnato per più capi di nullità, questi, per ragione di connessione, debbono essere giudicati nello stesso processo da un solo e identico tribunale (cf. cann. 1407, § 1; 1414)». Espone chiaramente il problema: C. PEÑA GARCÍA, *El fuero da la conexión de causas en el proceso canónico de nulidad matrimonial*, «Estudios Eclesiásticos», 82 (2007), pp. 843-854. L'A. tuttavia, pur sottolineando l'estrema convenienza della riunione, esclude un obbligo assoluto di cumulare le cause connesse (p. 854). Non concordiamo con tale soluzione: la connessione si impone, oltre che per l'utilità del procedimento, per evidenti motivi di rigore logico e congruenza sostanziale.

²⁵ La contestualità di una diversa cognizione rischierebbe altrimenti di pregiudicare la coerenza e organicità del sistema processuale.

nel caso di specie, la condizione di ammissibilità della giurisdizione del Tribunale di primo grado non può che essere la rinuncia all'appello o la sentenza negativa della Rota. L'eventuale ritardo non inficia comunque la validità dell'apprezzamento complessivo dell'economia processuale: la facilità e la tempistica della trattazione non possono essere valutate formalisticamente e astrattamente ma secondo la coerenza del sistema e la ragionevolezza delle scelte.²⁶

Il presupposto dell'azionabilità dei nuovi capi (rinuncia o rigetto dell'appello) d'altronde è implicito ma chiaramente desumibile dal tenore del provvedimento. È utile anzi evidenziare le *cautele procedimentali adottate dal Ponente* prima di giungere alla decisione collegiale. A fronte dei dubbi circa l'opportunità di dar ingresso ai nuovi capi di nullità, il Prelato Uditore ha ritenuto di consultare il Promotore di giustizia sulla possibilità di avvisare la parte attrice della prerogativa di adire direttamente il Tribunale di prima istanza, menzionando espressamente l'ipotesi della non prosecuzione dell'appello («in casu appellatio haec poterit etiam non prosequi saltem "oeconomiae iudicialis" causa»²⁷). Ricevuto il benestare in tal senso del *Promotor iustitiae*, il Ponente esponeva al Patrono la facoltà di adire prontamente il Tribunale di primo grado, rinunciando all'appello. Persistendo però la parte nella precedente determinazione, la causa è stata appunto introitata per la decisione della questione incidentale. In pratica l'Istruttore con un atteggiamento propositivo e collaborativo, nel rispetto della legislazione vigente,²⁸ ha cercato di risparmiare un dispendio di tempo ed energie. La pronuncia *de quo* suppone dunque scientemente la mancata desistenza dall'impugnazione come antecedente logico del *decisum* («Tamen pars per Patronum de hac facultate – minime vero, ut patet, obligatione – certior facta instantiae non renuntiavit»²⁹).

Il Tribunale evidentemente ha ritenuto di dover rendere edotta la parte del possibile recesso dall'appello, ma non ha voluto far pressione o condizio-

²⁶ Il noto adagio *citius, melius ac minoribus sumptibus* evidenzia come dalla rapidità non possano essere disgiunte la qualità e rispondenza del procedimento. La praticità dell'immediatezza non può non tener conto dell'effettiva utilità e convenienza della misura per l'accertamento della verità sul concreto matrimonio.

²⁷ Decreto n. 5.

²⁸ Cfr. artt. 24 § 1, 26, 29 § 1 *Normae Romanae Rotae Tribunalis*. Spunti relativi al comportamento prudenziale da tenere nella determinazione dell'oggetto del giudizio possono venire anche dalle cautele adottate nella modifica della formula del dubbio (cfr. J. LLOBELL, *La modificación «ex officio» de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instr. «Dignitas connubii»*, «Ius Canonicum», 46 [2006], pp. 140-148). Precisa de Diego-Lora: «La amplitud con que están concebidos los cc. 1640 y 1691, permite al órgano judicial respetar las reglas de procedimiento a la vez que ingeniarse iniciativas que permitan salvar siempre el contradictorio y los derechos de las partes en relación con la nueva causa aducida» (*Comentario c. 1683*, p. 1930).

²⁹ Decreto n. 6.

narne le decisioni, rimettendosi al prudente giudizio dell'interessato circa la condotta da tenere. Una sottolineatura maggiore della circostanza abilitante alla presentazione immediata di un nuovo libello (rinuncia all'appello) avrebbe significato un'implicita e impropria destituzione del valore dell'appello *sub iudice* e l'indebita e prevaricatoria imposizione del comportamento da seguire. Il completo spostamento dei termini della controversia potrebbe evidentemente manifestare la coscienza di una certa debolezza nella posizione dell'istante tale da indurre a desistere dal proseguire l'impugnazione, non sarebbe stato lecito però al Giudice "liquidare" il merito dell'appello con pareri e apprezzamenti sommari.

L'*in iure* del decreto ha cura altresì di precisare la diversa natura della situazione soggettiva nella reiezione *in limine* del libello e nella mancata ammissione del nuovo capo di nullità.³⁰ Nel primo caso l'illegittimo diniego integra una lesione del diritto d'azione;³¹ nel secondo, l'inopportunità della trattazione in appello non preclude il successivo autonomo inoltro della tutela giudiziaria tardivamente richiesta. All'assolutezza del diritto naturale alla difesa o all'accertamento giudiziario, corrisponde la semplice facoltà processuale di chiedere l'ampliamento del giudizio. Alla tassatività e stringenza dei motivi di rigetto della domanda³² si oppone giustamente la valutazione della convenienza e ragionevolezza dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio.

Allo stato, la proposizione della nuova domanda (can. 1095, nn. 2 e 3 *ex parte actricis*) resterà quindi sospesa in attesa della decisione rotale definitiva, né d'altronde è possibile impugnare il decreto dal momento che non preclude il corso dell'azione.

5. LA CELERITÀ DELLA SOLUZIONE E L'ECONOMIA GIUDIZIARIA

L'univoca *ratio* della prescrizione legislativa di cui al can. 1683 e del provvedimento in oggetto è quella di assicurare la celerità e l'economia processuale. Vale la pena sottolineare che il decreto *coram* Jaeger è ispirato all'applicazione sostanziale del disposto codiciale. L'*oeconomia processualis* chiaramente non prescinde dalla concreta incidenza e complessità dell'accertamento richiesto; non è detto infatti che la riunione delle istanze giovi alla rapidità dell'esito della causa. L'esigenza di evitare l'ingiustificata protrazione di un giudizio di veloce soluzione o la complessità dell'istruttoria *ex novis capitibus* necessaria possono scongiurare l'appesantimento e la complicazione del processo.³³ La valutazione oltretutto deve esser compiuta tenendo conto

³⁰ Decreto nn. 10 e 11.

³¹ Costituirebbe un'evidente negazione del «Quodlibet ius (...) actione munitur» del can. 1491.

³² Cfr. art. 121 § 1 DC.

³³ I tempi dell'amministrazione della giustizia possono variare molto, oltre che per gli standard di lavoro del Tribunale, per l'onerosità e l'obiettiva difficoltà dell'accertamento ri-

delle reali possibilità e dei mezzi giuridici a disposizione dell'organo giudicante. Nella stima del caso bisognerebbe anche considerare l'interesse non trascurabile del convenuto a raggiungere una sicurezza, non assoluta ma autoritativamente definita, sul proprio stato matrimoniale.³⁴ Il Turno rotale ha adottato insomma un approccio decisorio argomentativo e pragmatico ad un tempo.³⁵

I nuovi capi proposti, come già rilevato, non si pongono in linea di continuità e consequenzialità con l'accertamento compiuto ma *mutano completamente il senso dell'indagine*. Fermo restando il fatto che l'esclusione del rilievo *de nominibus* della *causa petendi ex novo* proposta in appello non intende limitare all'aspetto puramente nominalistico la legittimazione di ulteriori motivi d'impugnazione del matrimonio,³⁶ illuminante appare il criterio della *congruenza e coerenza logica delle deduzioni*. Il diniego dell'ammissione è stato dunque il corollario di tale principio. Le prove e le argomentazioni di primo grado, vertenti su tutt'altro oggetto e persona, poco aiuterebbero infatti a inquadrare il preteso rovesciamento della prospettiva d'osservazione.³⁷ Tanto più che la supposta causa dell'incapacità consensuale dell'attrice (immaturità affettiva) non solo risulta piuttosto dubbia ed evanescente,³⁸ ma richiederebbe uno specifico e articolato riscontro tecnico.³⁹ In tale contesto l'*iter* processuale diviene davvero molto laborioso e intricato. L'appesantimento e la complicazione insomma non sarebbero virtuali e ipotetici ma comprovati e attuali.

chiesto. La linearità e la chiarezza della pretesa ad ogni modo sono sempre garanzia di speditezza e rigore del giudizio.

³⁴ Non di rado il tuziorismo difensivo o il non lasciare nulla di intentato costituisce un oltranzismo dilatorio, cfr. anche C. GULLO, *Ostruzionismo processuale e diritto di difesa*, in K. LÜDICKE - H. MUSSINGHOFF - H. SCHWENDENWEIN (a cura di), *Iustus Iudex*, Essen 1990, pp. 502-503. L'art. 219 § 2 dell'istr. *Provida Mater Ecclesiae* del 1936, che costituisce l'antecedente storico del can. 1683, non senza ragione, condizionava l'ammissione del nuovo capo alla mancata opposizione delle altre parti («nemine contradicente»).

³⁵ Al riguardo si possono anche richiamare i principi ermeneutici generali indicati da J. Hervada e P. Lombardía: «In conclusione, l'interpretazione del Diritto deve essere fatta con *realismo, senso della storicità e criterio teleologico*» (*Introducción al Derecho Canónico*, in *Comentario Exegético...*, I, p. 91).

³⁶ Decreto nn. 12 e 14.

³⁷ Osserva Romano a proposito dell'applicazione dell'art. 268 § 1 DC: «l'importante è badare, in questa fase, che l'oggetto del giudizio, rispetto a quello del primo grado non venga del tutto cambiato, altrimenti il tribunale di appello rischierebbe di diventare, relativamente o assolutamente, incompetente» (*La trasmissione della causa...*, p. 591).

³⁸ Giovanni Paolo II ha chiaramente denunciato l'ambiguità dell'impropria costruzione giurisprudenziale richiamata: «È ministero di carità verso la comunità ecclesiale, che viene preservata dallo scandalo di vedere in pratica distrutto il valore del matrimonio cristiano dal moltiplicarsi esagerato e quasi automatico delle dichiarazioni di nullità, in caso di fallimento del matrimonio, sotto il pretesto di una qualche immaturità o debolezza psichica dei contraenti» (*Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, «AAS», 79 [1987], p. 1458; rilievo espressamente ripreso nell'Allocuzione di Benedetto XVI del 29 gennaio 2009, «AAS», 101 [2009], pp. 124-128, spec. p. 125).

³⁹ *Supra* nt. 23.

Il testo del decreto adopera l'espressione "*oeconomia iudicialis*" ampliando il senso della comune dizione economia processuale. La figura delineata sottende il *funzionamento e l'efficienza complessiva del sistema giudiziario ecclesiastico*. L'economicità non s'intende pertanto limitata al singolo processo ma si estende anche alle aspettative di giustizia degli altri fedeli. Ogni oneroso aggravio di lavoro istruttorio chiaramente si ripercuote anche sulla tempistica delle cause già pendenti o prossimamente devolute allo stesso Tribunale. In tal senso una seria responsabilità è rappresentata dagli arretrati, dai ritardi e dalla difficoltà nello smaltire sollecitamente il carico giudiziario in atto da parte della Rota.⁴⁰ La "fisiologia" dell'organizzazione implicherebbe la conformazione al *principio di sussidiarietà*, cercando di promuovere le istanze locali e riservando al Tribunale Apostolico solo ciò che i Tribunali inferiori non possono o non riescono a compiere. La situazione contingente chiaramente non può alterare i principi dell'ordinamento. Il criterio enucleato non fornisce ovviamente una direttiva generale di "politica giudiziaria", riservata semmai al Legislatore,⁴¹ indica un ulteriore parametro di realismo nell'approccio al caso che vale a suffragare la conclusione raggiunta.

Nella linea dell'*economicità complessiva del meccanismo giudiziario*, il decreto commentato rileva anche che non è indifferente che il nuovo capo venga introdotto in primo grado o in appello (n. 17). La presentazione *ex novo* del libello consentirebbe, in caso di accoglimento, la ratifica della sentenza in sede locale, là dove in appello non si deroga alla competenza funzionale del Tribunale e al conseguente invio al Tribunale superiore.⁴² Nel caso di specie la Rota Romana sarebbe pertanto obbligata a trattare anche l'eventuale secondo grado dell'istanza.

Il decreto *coram* Jaeger statuisce in definitiva che il semplice riscontro del *fumus boni iuris* non basta ad autorizzare l'introduzione della nuova doman-

⁴⁰ «Basta leggere le sentenze rotali per rendersi conto che, ad onta dell'art. 96 § 1 NTra-PRR, dalla data di decisione a quella di pubblicazione della sentenza spesso passa più di un anno, qualche volta (raramente) anche due» (C. GULLO, *Celerità e gratuità dei processi matrimoniali canonici*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano 1997, p. 235). Anche i mezzi di comunicazione talora lamentano la lentezza e le lungaggini dei processi rotali.

⁴¹ La preoccupazione di preservare il ruolo del Tribunale Apostolico ha ispirato ad es. il disposto del m.p. *Sollicita cura* di Giovanni Paolo II del 26 dicembre 1987. Nelle premesse dell'intervento legislativo si legge: «col vivo desiderio che il tribunale apostolico della Rota Romana sia sempre più messo in evidenza nell'esercizio del suo compito nei confronti della Chiesa universale e possa svolgere questa funzione in modo più efficace, e perciò volendo che venga liberato dal trattare in grado di appello tutte le cause nelle quali si appella da una sentenza emessa in prima istanza dal Tribunale Regionale del Lazio» («AAS», 80 [1988], p. 123).

⁴² Cfr. art. 268 § 2 DC e J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus» per la scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato «tamquam in prima instantia» ex can. 1683. Sull'utilità della «conformitas aequipollens» per il decreto di «litis contestatio», «Ius Ecclesiae», 15 (2003), pp. 748-762.*

da, bisogna comunque valutare l'opportunità dell'estensione dell'oggetto del giudizio secondo criteri di rispondenza logica e di semplicità procedimentale. Il provvedimento ha inoltre inteso ampliare la considerazione dell'economia processuale, sarà pertanto molto interessante vedere se la pronunzia segnerà un indirizzo costante nell'orientamento della Rota Romana e in che misura tale avviso sarà seguito pure dai Tribunali periferici.⁴³ La riflessione sul documento riportato suggerisce comunque quantomeno un ripensamento critico della prassi della "quasi scontata" ammissione dei nuovi capi in molti Tribunali.⁴⁴

MASSIMO DEL POZZO

⁴³ In sede locale peraltro potrebbero non riscontrarsi gli ostacoli e le ragioni legate alla singolarità del Tribunale Apostolico.

⁴⁴ Cfr. *supra* nt. 15.

NOTE E COMMENTI

LECTIO MAGISTRALIS PRONUNCIATA
PER IL DOTTORATO HONORIS CAUSA
ALL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI BUDAPEST*

JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR

(...)

SONO onorato e riconoscente per il dottorato *honoris causa* conferitomi da questa Università Cattolica Pázmány Péter – *Pázmány Péter Katolikus Egyetem*.

Dovendo rispondere alla magnanima *laudatio* fatta dal Preside Prof. Anzselm Szuromi ho cominciato a riflettere da settimane su come dovessi farlo.

Tal volta anche cercando una risposta alla domanda scherzosa rivoltami dai colleghi, per cosa ti hanno dato questo dottorato? Ma qui non è come per altre onorificenze e riconoscimenti in cui chi li concede indica anche il preciso motivo. La causa però è l'onore; questo è ben espresso nel titolo materiale che in questo solenne atto mi viene consegnato. E basta.

Non è quindi difficile capire che il mio pensiero sia ritornato agli argomenti sui quali ho scritto qualcosa cercando di individuare uno che potesse servire allo scopo. Avendo ormai raggiunto l'età in cui si ha più tempo alle spalle che davanti (di che non mi rammarico sapendo che il meglio deve ancora arrivare), i ricordi sono affiorati con abbondanza. E mi son trovato ad annacquare tanti momenti e problemi che mi sono posto nella mia vita di professore, quasi per vedere quello che so e quello che saprei dire a voi oggi.

E mi viene in mente, come succederà forse ad altri miei colleghi, quel che diceva il filosofo: “so soltanto di non sapere nulla”; qualcuno aggiunge: “e questo lo so perché me l'hanno detto!”

La fortuna però mi è stata propizia, e come quel povero ladruncolo che così pregava: “Non darmi niente Signore, basta che tu mi metta dove ci sia qualcosa” anch'io sono capitato sempre tra gente sapiente che mi ha insegnato a imparare.

Le cose più importanti della vita ancorché siano piuttosto correnti, quelle che si spiegano dicendo ‘si sa’, non sappiamo né come né da chi le abbiamo imparate; forse nessuno ce le ha dette ma ci sono cadute addosso come la

* In A. SZUROMI (cur.), «Il quindicesimo anniversario dell'Istituto di Diritto canonico “ad instar Facultatis” dell'Università cattolica Pázmány Péter», Budapest 2011, p. 243-257. Per un errore di stampa è apparsa con il titolo *Diritto ecclesiastico dello Stato*.

pioggia. Di altre talvolta ricordiamo con più precisione un maggior numero di dettagli.

Sono trascorsi quasi quarant'anni dalla mia prima nomina come assistente alla Facoltà di canonico di Pamplona, poi sono diventato incaricato. In quei primi anni a Pamplona ho goduto della amicizia e della guida incoraggiante dei miei colleghi della Facoltà. Essendo allora giovane guardavo tutti con rispetto e ammirazione; con la loro vita mi hanno trasmesso oltre il sapere il *recta sapere*. Non mi è possibile menzionare qui tutti, ma di tutti conservo più che il ricordo l'amicizia.

Di Lombardía ho ammirato la sua grande umanità; sul piano scientifico, tra l'altro, la sua capacità di sintesi, di intuire i nodi sostanziali dei problemi, e il valore che lui stesso dava alla loro adeguata impostazione; ciò ha reso molto ricchi di suggerimenti i suoi scritti, ad esempio i suoi ultimi contributi: le *Lecciones de Derecho Canónico*,¹ e la Rassegna bibliografica che scrisse per il primo volume dell'*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* con il titolo *El concepto actual de Derecho Eclesiástico y su marco constitucional*.²

Da Hervada ho imparato, tra tante cose, che il diritto altro non è che il bene in quanto dovuto a qualcuno perché attribuitogli dalla natura o da altro titolo; che solo l'uomo è capace di diritti non fosse altro perché soltanto lui è capace di doveri, quindi di giustizia.³ In un mondo in cui persino nelle facoltà giuridiche si sente parlare di diritti degli animali e della natura non mi sembra poca cosa distinguere tra sensibilità, buoni sentimenti, legittime aspirazioni e il diritto e la giustizia.

DIRITTO ECCLESIASTICO DELLO STATO

È stato il prof. Fuenmayor a chiamarmi all'Università come suo assistente. Egli ha creduto che potevo diventare professore mentre io non ci avevo nemmeno pensato e intendevo fare l'avvocato. Era il Decano di canonico ma anche ordinario di Diritto civile. Con lui feci le due tesi, quella canonica e poi quella in Giurisprudenza sul matrimonio canonico nel diritto spagnolo. Presenziava alle mie prime lezioni e mi incoraggiava sempre. Quella di Navarra era allora l'unica Università spagnola dove esisteva la materia di Diritto ecclesiastico dello Stato, mentre nelle Università statali si insegnava solo Diritto canonico. Le sue lezioni erano state trascritte dagli studenti in forma di dispense che circolavano in fotocopie; le conservo ancora e mi sono servite per le mie lezioni fino a quando non mi trasferii in Italia. Nel programma delle mie lezioni traspare ancora la struttura di quelle dispense.

¹ Tecnos, Madrid 1984 (3ª reimpresión 1991).

² Pagine 623-675.

³ J. HERVADA, *Qué es el derecho*, EUNSA, Pamplona 2002. L. POLO, *La diferencia entre el hombre y el animal*: «Miscelánea poliana», 4, 2005, pp. 1-8: Polo, *Diferencia entre hombre y animal*. htm.

Nel 2007 il prof. González del Valle perché non venissero perse e per onorare la memoria del maestro, ebbe l'idea di pubblicarle⁴ e gentilmente me ne inviò una copia.

Sistemi matrimoniali

Nella elaborazione della tesi, nei primi anni '80, mi imbattei nell'analisi del sistema matrimoniale spagnolo, tema che il mio maestro riteneva della più grande importanza (difatti negli stessi anni egli guidò altre due tesi sullo stesso argomento quelle dei professori De Pablo e Ferrer⁵). Il concetto di *sistema matrimoniale* è stato introdotto nella ecclesiasticistica spagnola proprio per influsso di Fuenmayor.⁶ L'ho definito come "l'insieme combinato di regole di un ordinamento civile che stabiliscono l'efficacia in esso del matrimonio religioso";⁷ partendo da esso vengono definiti i profili teorici e le classificazioni dei vari sistemi matrimoniali, come archetipi in base ai quali si studiano i concreti ordinamenti matrimoniali statali.

Erano recenti all'epoca la Costituzione spagnola (1978), che all'art. 16 tratta della libertà religiosa e all'art. 32 del matrimonio, e l'Accordo giuridico con la Santa Sede il cui art. VI definiva il sistema matrimoniale riguardo al matrimonio canonico. A dare attuazione a tali norme venne la Legge del 7 luglio 1981 che tra l'altro introdusse anche il divorzio per tutti i matrimoni e non rispettava appieno l'accordo ecclesiastico, tant'è vero che vi furono Note di protesta della Nunziatura. Fu allora che scrissi una comunicazione ad un convegno che poi non inviai; i colleghi cui avevo chiesto un parere me lo scongiurarono.

Sostenevo in sintesi che se le cose stavano così non conveniva alla Chiesa pattuire sul matrimonio, poiché a questa parola corrispondono realtà non omogenee nel diritto civile e in quello canonico, il cui divario non poteva che crescere. Perché dunque confondere la gente, dando l'impressione che la Chiesa è d'accordo con quello che lo Stato reputa matrimonio?

I miei timori di allora sono stati superati dalla realtà, non potevo immaginare a quali varietà di unioni sarebbe stato dato in seguito il nome di matrimonio; la Chiesa però fa tutto il possibile affinché il matrimonio dei cattolici venga riconosciuto e abbia il sostegno del diritto statale, perciò su questa

⁴ A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Ed. Comares, Granada 2007.

⁵ P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial El nuevo sistema matrimonial español*, EUNSA, Pamplona 1985; J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canonico en el ordenamiento español*, EUNSA, Pamplona 1986.

⁶ A. DE FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, Madrid 1959; cf. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Prólogo* a A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, *Derecho eclesiástico del...*, cit., p. XI.

⁷ JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Rilevanza del matrimonio religioso nei paesi dell'Unione Europea*, «Matrimonio canonico e ordinamento civile», LEV. Città del Vaticano 2008, p. 126: btcadt.

materia talvolta preferisce un cattivo accordo a nessun accordo, anche se ha dovuto tante volte manifestare il suo dissenso a delle leggi che intaccano l'identità del patto matrimoniale.

Quegli anni a Navarra sono stati anche segnati dai lavori di commento al nuovo *Codex Iuris Canonici* in cui abbiamo collaborato tutti i professori della Facoltà.

Diritto ecclesiastico comparato

Nel 1984 mi sono trasferito a Roma insieme ai professori Arrieta ed Errázuriz per cominciare la Facoltà canonica di quella che oggi è la Pontificia Università della S. Croce. A noi il compito era chiaro: riprodurre a Roma l'ambiente di studio e di collaborazione vissuto a Pamplona. Da un punto di vista personale mi sono di colpo trovato professore 'anziano', così ho cominciato a imparare dai giovani che via via si aggiungevano al corpo docente della Facoltà. Dibattiti assai arricchenti si accendevano sui più svariati argomenti con occasione dei seminari per professori e altri incontri.

Il trasferimento inoltre comportava diverse sfide e interessanti problemi da affrontare. Il primo è che mentre a Navarra il diritto ecclesiastico dello Stato oggetto di studio era quello spagnolo, a Roma ciò non era auspicabile né possibile data la grande varietà di Paesi di provenienza degli studenti; nemmeno lo sarebbe stato prendere come riferimento unico il diritto ecclesiastico italiano.

Ho cercato allora di elaborare una sorta di diritto ecclesiastico in cui si parte dalle nozioni fondamentali tipiche di ogni branca del diritto, quali concetto e soggetti, i principi e le fonti, la libertà religiosa e l'obiezione di coscienza, la loro protezione internazionale; per affrontare poi lo studio pratico delle singole questioni (statuto civile delle confessioni e gli enti ecclesiastici, matrimonio religioso, insegnamento della religione, scuole, finanziamento delle confessioni, assistenza religiosa, ecc.) tenendo conto del diritto di ogni paese rappresentato in aula.

I principi del Diritto ecclesiastico dello Stato

La parte generale del programma riveste particolare interesse formativo dato che molti dei miei studenti non hanno studiato giurisprudenza; così il tema dei fondamenti del diritto ecclesiastico si rende necessario. Speciale rilievo ho dato ai principi guida della disciplina, seguendo la costruzione di questi fatta dal Viladrich.⁸ Essi definiscono la posizione, l'atteggiamento

⁸ P.J. VILADRICH, *Los principios informadores del derecho eclesiástico español*, «Derecho eclesiástico del Estado español» EUNSA, Pamplona 1980, p. 211-317. Il tema in modo o nell'altro viene trattata in tutti i manuali spagnoli, più di rado in quelli italiani che spesso si limitano alla considerazione delle pronunce della Corte Costituzionale.

dell'ordinamento civile nei confronti del fenomeno religioso; dimensione umana della quale lo Stato non è soggetto o protagonista e nemmeno detentore di diritti bensì di doveri.

Libertà e laicità

Seguendo l'autore citato ritengo che primo tra i principi del diritto ecclesiastico non può essere che quello di libertà religiosa in quanto fondato sul relativo diritto della persona.

La laicità, la neutralità o la separazione invece non sono in sé dei diritti (né della persona né dello Stato), ma principi che caratterizzano l'atteggiamento dello Stato nei confronti delle opzioni religiose dei cittadini e delle confessioni di cui questi fanno parte:⁹ devono servire come ulteriore garanzia della libertà religiosa e se non si riferiscono a questa smettono di aver senso o si trasformano in manifestazione di statalismo.

Tuttavia l'odierna esaltazione della laicità (dello Stato) sembra voler fare di questa una sorta di supremo valore civile pari se non superiore a quello della libertà (dei cittadini).¹⁰

Laicità è una parola ormai abusata, di senso non sempre chiaro.¹¹ Ciò è stato messo in rilievo, in concreto, da Dalla Torre quando, commentando la sentenza della Corte Costituzionale italiana che dichiara la laicità dello Stato come "uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale",¹² si domanda "se la nozione di laicità dello Stato (...) sia in realtà giuridicamente significativa ed univoca. Invero molte e giustificate perplessità, molti dubbi insorgono circa l'utilità di tale nozione",¹³ giacché la positiva promozione di questo principio "potrebbe, negli anni a venire, rappresentare una sorta di 'grimaldello' con cui progressivamente espungere dal nostro ordinamento norme ed istituti, nei quali si riflette attualmente la rilevanza giuridica del fatto religioso".¹⁴

Che questo non sia un pericolo ipotetico lo si evince anche da alcune note sentenze della Corte Europea, secondo cui la laicità statale dovrebbe attivarsi a servizio della cosiddetta libertà religiosa negativa; ciò che in fondo finisce per favorire una impostazione miscredente della vita pubblica come la più confacente ad una società democratica;¹⁵ mentre succede proprio il con-

⁹ Sulla laicità come atteggiamento personale davanti a Dio e al mondo *vid.* F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Torino 1992, p. 91-112.

¹⁰ *Vid.* Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) Sent. *Leyla Sahin c. Turchia*, 10 novembre 2005 (Opinione dissidente della Giudice Tulkens nn. 5-13).

¹¹ Cf. R. PALOMINO, *El laicismo como religión oficial*, btcaeg p. 5-20.

¹² Sent. 203 dell'11-12 aprile 1989.

¹³ G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza*, Studium, Roma 1992, p. 45.

¹⁴ *Ivi*, 37; cf. p. 68.

¹⁵ Una libertà religiosa che tutto favorisce tranne la vita religiosa; *vid.* CEDU, Sent. *Lautsi c. Italia*, 3 novembre 2009, nn. 56-58 (modificata dalla Grande Camera Sent. 18 marzo 2011).

trario, cioè che “quando lo Stato promuove, insegna, o addirittura impone, forme di ateismo pratico, sottrae ai suoi cittadini la forza morale e spirituale indispensabile per impegnarsi nello sviluppo umano integrale”.¹⁶

Che lo Stato si dica neutrale, laico o aconfessionale non può significare che il suo compito consista nel neutralizzare la vita religiosa, marginalizzarne le manifestazioni pubbliche o la presenza sociale delle confessioni. Come dice González del Valle, “che lo Stato sia aconfessionale non significa che possa partire dal presupposto che i cittadini non praticino alcuna religione o che la società in quanto tale è irreligiosa”,¹⁷ né pertanto può considerarsi investito di una missione secolarizzante o di diffusione dell’agnosticismo;¹⁸ “fondamentalismo religioso e il laicismo sono forme speculari ed estreme di rifiuto del legittimo pluralismo e del principio di laicità”.¹⁹

Questo accade o può accadere quando si dimentica il ruolo centrale della libertà religiosa, che non può essere semplicemente un rimasuglio della laicità, risultato accessorio della neutralità o separatismo statali; qualcosa che nella pratica si tollera ma non si apprezza positivamente. Al contrario, come dice Rhonheimer «la cosiddetta “neutralità” dello Stato si basa su una netta non neutralità rispetto a quei valori fondamentali che formano l’assetto costituzionale, innanzitutto i “diritti dell’uomo”». ²⁰ Se il bene comune e lo Stato si definiscono in funzione della persona, i principi dell’ordine statale non possono considerarsi autonomi o in concorrenza con i diritti di essa.

A mio avviso la neutralità o laicità dello Stato deve essere intesa come meccanismo di tutela della libertà religiosa per tutti: lo Stato non fa sua né

¹⁶ BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, n. 29. R. SPAEMANN da parte sua ricorda che la tolleranza non può essere fondata sul relativismo morale bensì sulla precisa convinzione della dignità di ogni uomo (*Concetti morali fondamentali*, Casale Monferrato 1993, p. 30).

¹⁷ *Confesiones religiosas*, «Derecho Eclesiástico del Estado español», 3ª ed., Pamplona 1993, p. 236.

¹⁸ Anche negli USA è per tempo prevalsa un’interpretazione massimalista della *non establishment clause*, che ha portato a considerare il separatismo come l’asse portante del sistema, con una tale rigidità da impedire non tanto un trattamento discriminatorio delle confessioni, o il troppo coinvolgimento dello Stato con qualcuna di esse, ma qualsiasi tipo di promozione o aiuto (diretto o indiretto, federale o statale) alla vita religiosa dei cittadini, quasi che lo sviluppo di questa o la soddisfazione degli interessi religiosi non possano in nessun modo contribuire al bene della convivenza sociale, mentre la realtà e la storia dimostrano il contrario. Certamente l’idea sul ruolo sociale della religione di coloro che introdussero il Primo emendamento, e la loro intenzione erano molto differenti: Cf. G. GOLDBERG, *Church, State and the Constitution*, Washington 1987; J.I. RUBIO, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, EUNSA, Pamplona 2011, in particolare pp. 68-69, 74 nota 56 e 111-143.

¹⁹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la Giornata mondiale della pace* (2011), n. 8

²⁰ M. RHONHEIMER, *Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta*: «Acta Philosophica», 1 (1992) p. 246. Cfr. J. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura*: «Persona y Derecho», 6 (1979) p. 203.

aderisce a nessuna confessione,²¹ proprio per svolgere il ruolo che gli spetta di promotore e garante della libertà religiosa senza differenze, interessandosi alla religione quale dimensione umana che esige libertà, sia nell'intimità dell'individuo che nelle manifestazioni pratiche, individuali e collettive; questo atteggiamento di favorire la libertà di pratica religiosa costituisce appunto manifestazione della laicità statale.²²

Tuttavia, il fatto che le leggi non debbano assumere direttamente criteri di ordine religioso e che i pubblici poteri non agiscano quali agenti di una certa confessione, non deve alimentare il mito illuminista della neutralità culturale, che non esiste. Alla base di qualsiasi ordinamento giuridico c'è sempre un concetto di uomo e di società, di bene, di male e di giustizia più o meno immediatamente collegati ad una religione: la vita non è neutra. Ispirandosi alla laicità, lo Stato deve recepire e dare attuazione ai valori sociali deducibili da una certa religione, secondo criteri secolari non fideisti, ossia non pronunciandosi sulla intrinseca verità o sull'origine trascendente di tali valori,²³ ma nella misura in cui essi, per ragioni storiche, culturali o sociologiche sono vivi e operativi nel corpo sociale, sentiti come importanti; da qui che "il contributo etico della religione nell'ambito politico" non vada "marginalizzato o vietato, ma compreso come valido apporto alla promozione del bene comune".²⁴

CONCORDATI

Con la collaborazione degli studenti che di volta in volta riempivano l'aula, a poco a poco ho raccolto molto materiale (oggi per lo più reperibile in internet) come le costituzioni e le leggi sulla libertà religiosa, ho preso a spiegare una sorta di diritto ecclesiastico comparato, che mi sembra abbastanza arricchente, servendomi anche dei concordati ed altri accordi che si occupano con certo dettaglio di tali materie. Ho finito così per pubblicare una Raccolta in due volumi che contiene i concordati dal 1950 ad oggi.²⁵

²¹ In fondo all'idea di laicità statale c'è il fatto che lo Stato, che oggi si configura come struttura impersonale, non è soggetto della religione né pertanto della libertà religiosa.

²² P.J. VILADRICH – J. FERRER ORTIZ, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, «Derecho Eclesiástico del...», 6ª ed., Pamplona 2010, pp. 94-100.

²³ Nella definizione della laicità come principio del diritto ecclesiastico italiano è significativa la Sent. della Corte Costituzionale del 12 aprile 1989, n. 203, nella quale essa viene considerata come una dei principi supremi dell'ordinamento, "principio che implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"; vid. anche la Sent. Corte Cost. n. 195 del 27 aprile 1993. Una analisi del concetto di laicità da essa emergente in L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul "principio supremo" di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*: «IDE» (1992) p. 86-112.

²⁴ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la Giornata mondiale della pace* (2011), n. 6.

²⁵ *Raccolta di concordati 1950-1999*, LEV, Città del Vaticano 2000; *I concordati dal 2000 al 2009*, LEV, Città del Vaticano 2010.

Ma soprattutto mi sono interessato all'istituto del concordato per diversi aspetti;²⁶ se nella prima metà del secolo xx la problematica sugli accordi con la Santa Sede era centrata sulla loro natura più o meno simile ai trattati internazionali, dopo il Concilio l'asse della discussione si spostò sulla compatibilità del sistema concordatario con le direttive conciliari; ancora oggi mi sorprende che non pochi esperti in materia preannunciarono la fine dei concordati, vincolandoli ad una lunga e faticosamente superata 'era costantiniana': nell'era della libertà religiosa essi non avrebbero più spazio né sarebbero confacenti ad una Chiesa ormai libera.²⁷ Eppure non c'è stata un'epoca della storia più abbondante di accordi concordatari come appunto quella che va dal Vaticano II ad oggi; nel frontespizio di questi nuovi accordi si trovano, una accanto all'altra, libertà religiosa e *libertas Ecclesiae*, quella come civile, secolare fondamento e garanzia di questa. Oggi i problemi circa la natura e carattere vincolante dei concordati sembrerebbero risolti, dal punto di vista teorico essi interessano piuttosto in come fonte del diritto ecclesiastico statale.²⁸

DIRITTO PUBBLICO ESTERNO E RAPPORTI CHIESA-STATO

Tra le varie materie di cui, oltre il Diritto ecclesiastico statale, ho dovuto farmi carico, quella che ho insegnato più a lungo si chiamava un tempo *Diritto pubblico esterno*, e oggi *Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile*. Così mi sono trovato professore allo stesso tempo di due materie che per certi versi tendono a confondersi: Diritto ecclesiastico e Rapporti Chiesa-Stato.

Nelle Facoltà di Diritto canonico il diritto ecclesiastico dello Stato abitualmente non fa parte del *curriculum* degli studi, per cui argomenti appartenenti al diritto civile sulla religione (quali la libertà religiosa, gli enti ecclesiastici, l'insegnamento della religione) vengono trattati a proposito dei rapporti Chiesa-Stato.

Nelle Facoltà giuridiche civili, invece, non pochi degli argomenti riguardanti questi rapporti vengono affrontati insieme allo studio del Diritto eccle-

²⁶ Tra gli altri: *Passato e presente dei concordati*: «Ius Ecclesiae» XII (2000) 613-660, btcafg; *Studio comparativo dei concordati tra la Santa Sede e gli Stati dell'Europa Centrale e Orientale*, in M. ŠMID, C. VASIL' (a cura di), «Relazioni internazionali giuridiche bilaterali tra la Santa Sede e gli Stati: esperienze e prospettive», LEV, Città del Vaticano 2003, p. 61-88.

²⁷ Cf. P.A. D'AVACK, *Rilevi preliminari sulla riforma del concordato lateranense*, «Studi per la revisione del concordato», Padova 1970, p. 9-15; J.M. SETIÉN, *Eclesiología subyacente a la teoría concordataria*, «Concordato y sociedad pluralista», Sígueme, Salamanca 1972, p. 19-49; P. COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico*, 2ª ed., Napoli 1984, p. 166-198; G. CAPUTO, *La funzione del sistema pattizio nella storia*: «ADEE» (1988) 39-45.

²⁸ J.T. MARTÍN DE AGAR, *La teoría concordataria desde el punto de vista del derecho canónico actual*, in J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (ed.), «Los concordatos: pasado y futuro», Comares, Granada 2004, p. 129-146, btcacs.

siastico statale, ad esempio la storia e i sistemi di relazioni tra la Chiesa e lo Stato (chiesa di Stato, confessionalismo, separazione, ecc.).

Trovandomi a insegnare entrambe le materie mi si pose il problema della loro autonomia; ma soprattutto dello statuto scientifico di quello che era il Diritto Pubblico Esterno della Chiesa e oggi il Diritto dei rapporti Chiesa-Stato. Si può dire canonica questa disciplina o per lo meno giuridica? Che senso ha la qualifica di esterno?

È noto che attorno al Concilio Vaticano II si produce una vera e propria crisi dello *Ius Publicum Ecclesiasticum Externum*;²⁹ si tratta di una debolezza antica, forse ignorata, della materia, che un cambiamento di nome non poteva risolvere;³⁰ sta di fatto che nessuno dei Codici canonici, malgrado non ne mancassero le richieste, ha voluto – direi potuto – occuparsene in modo sistematico. Si trovano nondimeno sparse nei canoni affermazioni più o meno normative sugli iura nativa e le altre prerogative della Chiesa,³¹ che Listl studiò con cura appena promulgato il CIC 1983, ritenendole un mosaico contenente le linee fondamentali dei rapporti Chiesa-Stato secondo la dottrina del Concilio.³²

Basta però leggere alcuni di questi canoni perché la domanda ritorni. Ad esempio, quando il c. 113 § 1 dice che la Chiesa e la Santa Sede sono persone morali *ex ipsa ordinatione divina*, a chi si rivolge? E lo stesso si dica di tutti gli altri canoni in cui si afferma che la Chiesa ha un certo diritto *proprio, nativo e indipendente da qualsiasi umana potestà*, anche quello che assegna alla Chiesa in modo proprio ed esclusivo le cause annesse alle cose spirituali (c. 1401, 1°): non è facile dire quali siano i destinatari e la portata di queste leggi.³³

A me sembra che a rispecchiare la realtà canonica nei rapporti con la comunità politica, siano piuttosto l'accettazione del diritto internazionale (c. 3, 362, 365) i richiami al rispetto delle leggi civili (ad es. in materia lavorativa

²⁹ È stata molto bene analizzata da C. SOLER, *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el Derecho Público Externo*, Pamplona 1993.

³⁰ A. DE LA HERA - CH. MUNIER, *Le droit public ecclésiastique a travers ses définitions*: «Revue de Droit Canonique» (1964) 32-63; P. LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II: «Apollinaris»* XL (1967) I, p. 59-112 (in spagnolo in ID., *Escritos de Derecho canónico II*, Pamplona 1973, p. 351-431).

³¹ Se ne è occupato di recente, J.-P. SCHOUPPE, *Les «iura nativa» de l'Église: un anachronique vestige iuspubliciste ou une exigence actuelle du droit divin*: J.I. ARRIETA (cur.), «Ius divinum», Venezia 2010, 1229-1248.

³² J. LISTL, *Die Aussagen des Codex Iuris Canonici vom 25. Januar 1983 zum Verhältnis von Kirche und Staat*: «Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche» vol. 19, Aschendorff 1985, anche in ID., *Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht*, Erster Halbband, Berlin 1996, p. 1032-1058. Mi sembra tuttavia significativo che mentre queste asserzioni trovano puntuale corrispondenza nel CIC 1917, molte invece non la trovano nel CCEO.

³³ L'ampiezza e astrattezza di questa dichiarazione, tipica dello *Ius Publicum* classico, rispecchia l'idea di una Chiesa la cui potestà giuridica si estende al mondo, all'orbe.

e di amministrazione dei beni, cc. 231 § 2, 1284 § 2) nonché i vari rinvii ad esse (tutela, adozione, prescrizione, contratti e pagamenti); quindi un *diritto interno sulle relazioni con altri ordinamenti*. Inoltre vi sono regole prettamente canoniche sui rapporti Chiesa-società tra le quali spiccano quelli sulla iniziativa e responsabilità dei fedeli –in particolare dei laici– nella evangelizzazione del mondo (cc. 215, 216, 225), la libertà religiosa (c. 748), e la libertà nelle questioni temporali (c. 277).

Seppur questo non risolve il problema dell'adeguata impostazione giuridica dei rapporti Chiesa-Stato, fa parte della soluzione in quanto mette la persona come ragion d'essere sia della libertà della Chiesa che della legittima laicità dello Stato.³⁴ Il dualismo cristiano, la distinzione tra ordine religioso e politico, ha pure un fondamento naturale.

DIRITTO MATRIMONIALE

La nomina a giudice nel Vicariato di Roma mi ha portato ad interessarmi anche di diritto matrimoniale. Una delle principali conclusioni cui sono arrivato è che si tratta di un diritto fatto di presunzioni legali, non solo nel campo del consenso: non potendo accontentarsi di apparenze o di mera forma, intende cogliere la sostanza, quel che accade nell'animo del soggetto, ma questo soltanto per indizi si può apprendere, con rischio di attribuire ad essi un valore che forse non sempre hanno.

Già le annose dispute fra Bologna e Parigi mostrano l'importanza che ha per il diritto della Chiesa stabilire i mezzi per ravvisare una vera volontà matrimoniale. La progressiva formalizzazione di questo discernimento, accanto a vantaggi ha potuto oscurare appunto la differenza che passa tra il consenso stesso e i requisiti legali del suo riconoscimento da parte dell'autorità.

Error iuris

A parte quelle sul c. 1095, alcune delle questioni cui ho tentato di dare risposta riguardano l'errore sulle proprietà essenziali del matrimonio.³⁵ Non è possibile svilupparle adesso, ho cercato tra l'altro di segnalare che essendo cambiata la normativa circa questo errore³⁶ non si poteva mantenere in piede il sillogismo secondo cui l'errore su tali proprietà, *etsi causa det contrac-*

³⁴ GS 76, DH 13, Pio XII, *Disc.* 23 marzo 1958: AAS (1958) 220.

³⁵ *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*: «Ius Canonicum» (1995) p. 117-141, anche in J.I. BAÑARES (a cura di), «Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial», EUNSA, Pamplona 1996, p.177-208, btcabd.

³⁶ *CIC 17 Can. 1084*: Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem. *CIC 83, c. 1099*: Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, dummodo non determinet voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem.

tui, è irrilevante³⁷ “*dummodo intendat facere vel recipere quod Ecclesia dat, quamvis credat nihil esse*”,³⁸ per poi presumere che chi desidera celebrare il matrimonio canonico vuole fare ciò che fa la Chiesa, cioè la conformità con la volontà divina sul matrimonio; una presunzione che prevarrebbe anche in presenza di un errore privato sul matrimonio.³⁹

Mi sembra, che all’errore *di pura ignoranza*, tipico degli acattolici, sia oggi subentrato l’errore *di opinione* (di dissenso) in cattolici che comunque vogliono le nozze in Chiesa; in questo caso la volontà gioca un ruolo: c’è un influsso tra l’intelletto e la volontà che aderisce a quello di cui erroneamente si è convinto; questo voler pensare come si pensa, ad esempio che il matrimonio è dissolubile, può determinare la volontà.⁴⁰

Convalida automatica del matrimonio

Alla domanda se possa esistere il consorzio matrimoniale descritto dal c. 1055 § 1 senza prima adempiere al c. 1057, sembra si debba rispondere negativamente: senza patto coniugale non c’è matrimonio.

Il Catechismo della Chiesa cattolica però dice “La comunità coniugale è fondata sul consenso degli sposi ... Un uomo e una donna uniti in matrimonio formano insieme con i loro figli una famiglia. Questa istituzione precede qualsiasi riconoscimento da parte della pubblica autorità; si impone da sé” (nn. 2201 e 2202).

Si distingue fra il patto coniugale (messo in atto dalla volontà delle parti) e il suo riconoscimento, il quale – dice Lombardía – “altro non è che l’inquadramento del matrimonio nell’insieme della struttura giuridica della Chiesa”.⁴¹

³⁷ Di fatti non mancano autori che considerano rilevante e innovativo lo spazio che il nuovo Codice dà all’errore di diritto, e hanno avvertito la necessità di approfondire i problemi teorici e pratici della figura, come M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice...*, «Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico», Padova 1984, p. 68-72; M. LÓPEZ ALARCÓN, *La Ignorancia y el error*, in M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, «Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado», Madrid 1984, p. 198-200; A. STANKIEWICZ, *Errore circa le proprietà e la dignità sacramentale del matrimonio*, «La nuova legislazione matrimoniale canonica», Città del Vaticano 1986, p. 126 s.

³⁸ *Summa Theol.*, Suppl. q. 51. a. 2, ad 2.

³⁹ STANKIEWICZ ritiene uno dei principi della revisione di questa materia l’abbandono “della presunzione sulla volontà generale di contrarre le nozze come le ha istituite il Signore” (*Errore circa le...*, cit., p. 125); egli si richiama ad una sentenza c. Ewers del 18 maggio 1908.

⁴⁰ Questa interazione tra intelletto e volontà in tema di errore è stata rilevata dalla filosofia della conoscenza, come segnala STANKIEWICZ (*L’errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica*, «Error determinans voluntatem», Città del Vaticano 1995, p. 73). Su questa distinzione tra errore-ignoranza ed errore di mentalità vid. J. HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in ID., «Vetera et nova» 2^a ed., Pamplona 2005, p. 340-341; V. DE PAOLIS: *L’errore che determina la volontà*, «Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico», Città del Vaticano 1995, p. 90 s.

⁴¹ “No consiste en otra cosa que en el encuadramiento del matrimonio en el conjunto de

La domanda allora potrebbe essere: se laddove un uomo e una donna si sono donati ed accettati mutuamente con patto nuziale irrevocabile (c. 1057 § 2), costituendo fra loro il *consortium totius vitae* di cui al c. 1055 § 1, esiste un vincolo matrimoniale suscettibile di essere riconosciuto dal diritto, purché non vi siano ostacoli insormontabili.

Insomma, qualsiasi realtà coniugale fondata su un impegno sponsale fra le parti è chiamata ad essere riconosciuta dall'ordinamento, e l'autorità dovrebbe approntare i mezzi tecnici perché ciò avvenga nel maggior numero di casi possibile.

Così mi sono chiesto se questo riconoscimento non possa avere luogo automaticamente in taluni casi in cui esiste una vera e constatabile volontà coniugale, una volta sparito o rimosso l'ostacolo causante la nullità. Ciò potrebbe avvenire con certe unioni contratte con degli impedimenti, in cui esiste un consenso matrimonio legittimamente manifestato che si presume perseverare (c. 1107), una volta cessato o dispensato l'impedimento.⁴²

Ma potrebbe anche darsi in casi di difetto iniziale di consenso. Il c. 1159 § 1 dice che il matrimonio nullo per questo motivo si convalida *si pars quae non consenserat, iam consentiat*, il che in certi casi può avvenire privatamente, in segreto (§ 2), purché persista quello dell'altra.

Su questa premessa, di fronte alla rigida interpretazione del principio consensuale secondo la quale il consenso viziato o difettoso (anche in modo inconsapevole) è semplicemente inesistente, ritengo che ci sono incapacità, vizi e difetti iniziali del consenso che si possono considerare sanati dalla volontaria permanenza nella comunione coniugale. Sarebbe il caso di una immaturità iniziale quando l'armonia fra i coniugi dura nel tempo;⁴³ parimenti è probabile che colui che andò alle nozze sotto l'effetto dell'alcool o di droghe non diede un valido consenso, ma lo è pure che questo difetto iniziale si possa ritenere riparato dal comportamento coniugale susseguente quando è espressione inequivoca di una volontà veramente matrimoniale.

Qualcosa di simile può verificarsi in casi di timore o di dolo quando, cessato il primo o scoperto il secondo, la parte che ne fu vittima prosegue volentieri la convivenza;⁴⁴ lo stesso si può dire se chi era caduto in errore scopre la verità. E ancora in casi di simulazione, ad esempio se dopo avere inizialmente escluso la prole si accolgono i figli che di fatto arrivano, o se avendo

la estructura jurídica de la Iglesia", P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de relación entre consentimiento y forma*: «Derecho canónico», vol. II, Pamplona 1974, p. 133.

⁴² Cf. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 574-576.

⁴³ C'è infatti da chiedersi se queste immaturità solo si possano ritenere superate quando il soggetto viene autorizzato a celebrare nuove nozze.

⁴⁴ Nella redazione del CIC fu in effetti proposto che per la convalida *ex lege* la convivenza dovesse protrarsi per tre anni, ma non fu accettato: *Communicationes* (1973) 90.

escluso la perpetuità del vincolo si persevera di buon grado nell'unione forse anche sforzandosi per superare le difficoltà. Insomma mi sembra che il consenso insufficiente al momento delle nozze si possa, in certi casi, completare o perfezionare lungo la vita coniugale in modo inequivocabile⁴⁵ e a ciò si dovrebbe dare il dovuto rilievo oltre la *sanatio in radice* nei casi in cui è attuabile; ossia che tra il matrimonio *in fieri* e quello *in facto esse* non c'è per forza una relazione a senso unico.

Per non parlare poi delle nullità chiamate 'tecniche' per difetto di forma, tema in cui dottrina e giurisprudenza spesso si trovano lontane. La prima non vede difficoltà a ricorrere alla supplenza di giurisdizione laddove c'è stata una regolare celebrazione delle nozze senza che la mancanza di facoltà del teste qualificato sia stata avvertita da nessuno (spesso nemmeno da lui); la seconda invece ha introdotto tutta una serie di distinguo, condizioni e cavilli che finiscono per rendere inoperante la supplenza nei singoli casi⁴⁶, facendo così prevalere le formalità sulla volontà nuziale dei contraenti manifestata con certezza e come tale percepita dalla comunità.

Impedimenti

Anche degli impedimenti si può dire che in non pochi casi c'è un contrasto palese fra la loro ragion d'essere e la loro formulazione positiva come leggi inabilitanti. Tesi a proteggere beni certamente superiori (altrimenti non sarebbero legittimi ed efficaci per comprimere lo *ius connubii*) hanno un ruolo formativo, sono chiamati in pratica a dissuadere da certe relazioni o situazioni contrarie al bene pubblico (il che richiede che il soggetto ne sia consapevole), ad impedire la celebrazione nel caso ciò non avvenga (e ciò richiede che vengano scoperti prima) o infine a ostacolare la validità della celebrazione in presenza di un impedimento non dispensato previamente.

È questa la situazione cui soprattutto mi sono riferito. Certamente trattandosi di impedimenti non dispensabili l'effetto dirimente è inevitabile finché durano; ma sorge l'interrogativo se tale efficacia irritante si possa giustificare in altri casi, soprattutto di ignoranza e di buona fede, cioè quando l'impedimento (specie se già sparito o facilmente dispensabile), senza colpa di nessuno si scopre dopo la celebrazione, frustrato ormai l'effetto dissuadente

⁴⁵ Hervada distingue in proposito l'atto giuridico di consentire, per natura transeunte e la volontà matrimoniale che tale atto genera, che è proprio ciò che si presume persevera finché non sia revocata per un atto di volontà contraria (J. HERVADA, *La revocación del consentimiento matrimonial*: «Vetera et Nova», Pamplona 1991, p. 734-735; diversamente, P. PELLEGRINO, *La scientia aut opinio nullitatis nel nuovo Codice di Diritto canonico*: «Ius Ecclesiae» (2000) p. 209-222).

⁴⁶ Vid. A. NITA, *La suplencia de la facultad para asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana*: «Ius Canonicum» (1999) p. 661-708.

desiderato dal legislatore: in non pochi di questi casi la scoperta della nullità (forse in un momento di tensione fra i coniugi) serve solo come espediente per sfuggire ad un impegno liberamente accettato e a lungo mantenuto.⁴⁷

Ciò può accadere con l'età o una parentela ignota. Per questi e altri casi del genere si può anche pensare ad una sospensione *ex lege* dell'esito irritante o alla convalida automatica del matrimonio. In alcune situazioni come la disparità di culto fra i nubendi, sarebbero da rivedere i presupposti e se l'impedimento sia il mezzo più consono a proteggere eventualmente la fede della parte cattolica.

DIRITTI UMANI

Mi occupo anche, assieme al prof. Schouppe, di un corso di diritti umani. Vorrei concludere con alcune brevi riflessioni in proposito.

Sono gli stessi diritti della persona (e del cittadino) nella loro proiezione internazionale; sono naturali, cioè beni dovuti all'uomo per il fatto che è persona, ossia essere razionale con una dimensione spirituale oltre che biologica, tuttavia il loro fondamento e consistenza sono tutt'altro che pacifici.⁴⁸

Il fatto della loro internazionalizzazione è stato un bene: le tragedie che il loro disprezzo ha causato hanno fatto capire che la loro tutela o meno non è una questione interna agli Stati. E così, dalla Dichiarazione Universale ad oggi si sono moltiplicati gli strumenti, le organizzazioni e meccanismi di tutela dei diritti umani; soprattutto si è diffusa una maggiore sensibilità per il loro effettivo rispetto.

Di conseguenza si sono anche volgarizzati, e come succede un po' con la politica, l'economia, la religione o lo sviluppo ecosostenibile: tutti ci sentiamo capaci di proferire dotte disquisizioni, non perché abbiamo dedicato molto tempo a riflettervi ma perché ci riguardano, perché lo fanno i *mass media* e gli altri.

Così anch'essi sono diventati pervasivi, non c'è ormai ambito della vita sociale in cui i diritti dell'uomo non abbiano a che vedere.

E si sono moltiplicati: oltre alle successive infinite 'scoperte' di 'nuovi' diritti e 'generazioni' di essi, si moltiplicano pure le dichiarazioni e convenzioni dei diritti umani in favore di un certo ceto o tipo di persone (malati, bambini, giovani, anziani, donne, adulti, rifugiati, sfollati...)⁴⁹

Oltre che di banalizzazione c'è pure il rischio di perdita dell'universalità dei diritti, non solo formale ma anche sostanziale, nella misura in cui alla

⁴⁷ Conto tenuto che il c. 15 consente che l'ignoranza e l'errore possano impedire l'effetto irritante della legge in certi casi.

⁴⁸ J. BALLESTEROS, *Cristianesimo e diritti umani*, in A. RODRÍGUEZ LUÑO, E. COLOM (cur.), «Teologia ed etica politica», LEV, Città del Vaticano 2005, p. 63-77, btcabi.

⁴⁹ Cf. C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003, pp. 172-185.

base di tali documenti non si metta più la dignità della persona e si metta piuttosto la condizione o situazione specifica di quel particolare ceto.⁵⁰ Può succedere quel che accade con l'albero che non si pota: i rami crescono e si infoltiscono con grande apparenza di vitalità e freschezza, ma i frutti rimarranno scarsi e smunti. Se ciascun gruppo pretende che le sue aspirazioni, per quanto legittime e solidali possano apparire, diventino degli inalienabili e prevalenti diritti, corromperà pure questi perché necessariamente finirà per negare i diritti degli altri. Allora più che di pace i diritti della persona potrebbero divenire seme di disgregazione e di scontro.

Peraltro il loro radicamento nell'essere dell'uomo fa sì che ad essi si interessino antropologi, filosofi del diritto, costituzionalisti, sociologi, politici. In buona misura la contesa culturale e ideologica odierna si svolge nel campo dei diritti umani: si sono politicizzati.

Niente di strano se attorno ad essi si è sviluppata ed è in crescita, specie a livello internazionale (ma non solo), una congerie di organismi, comitati e uffici, gruppi e organizzazioni, governative e no, indipendenti o meno, ciascuno con inclusa la propria burocrazia. Non di rado sono autoreferenziali, pretendono di rappresentare il bene dell'umanità e i diritti dei più deboli, possibilmente con l'oggettiva neutralità e indipendenza occorrenti a rendere infallibili -quindi incontrastabili- le loro proposte; in questo modo promozione e difesa dei diritti dell'uomo possono divenire una scorciatoia per acquistare potere politico, senza dover passare il vaglio di noiose ed incerte elezioni democratiche.

Forse la cosa non ha in sé niente di scandaloso, succede sempre che accanto al potere legittimo ci siano poteri fattuali: enti (talvolta ufficiali), gruppi d'interesse o ideologici che si attribuiscono la rappresentanza di certi valori diffusamente sentiti e implicitamente di tutti coloro che li condividono, "e intendono promuovere pseudovalori con il pretesto della pace, dello sviluppo e dei diritti umani".⁵¹ Ciononostante, la strumentalizzazione politica dei diritti e delle libertà fondamentali ha in sé qualcosa di inquietante, e ci dovrebbe servire per tenere a mente che la libertà come la verità non si possono mai dare per scontate.⁵²

Köszönöm Szépen! Grazie!

⁵⁰ Talune situazioni possono senz'altro esigere delle misure speciali per tutelare e agevolare l'esercizio di certi diritti, che comunque spettano a tutti ma che nelle loro circostanze rischiano di vedersi compresi o addirittura negati; ma a ben guardare anche questo altro non è che la retta applicazione del principio di uguaglianza, che esige trattare in maniera specifica le situazioni particolari, al fine di assicurare a tutti - in modo efficace - la possibilità di esercitare i loro diritti.

⁵¹ BENEDETTO XVI, *Messaggio* per la Giornata mondiale della pace (2011), n. 12.

⁵² E. GILSON, *Il filosofo e la Teologia*, Morcelliana, Brescia 1966, pp. 148-149.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

THE CASE FOR MARRIAGE*

KEYWORDS: Marriage. Essence. Same-sex “marriage”. Interdisciplinary. Robert P. George.

PAROLE CHIAVE: Matrimonio, Essenza, “Matrimonio” Gay, Interdisciplinare, Robert P. George.

1. INTRODUCTION

OVER the years, certain segments of Western society have been gradually called upon to recognize that homosexuality represents just one more type of sexual orientation.¹ Any attempt to consider homosexuality a psychological disorder or disease has been frowned upon if not vehemently rejected. Some are of the view that the time has come when society’s attitude towards homosexuality can no longer be reduced to mere tolerance. There would be a pressing need to recognize the fact that homosexuality belongs to our present reality, and that homosexuals, therefore, have a right to be treated in the same way as heterosexuals. According to this current of thought, to act otherwise would amount to unjust discrimination. It is argued that heterosexuality is, in fact, no more than just another type of sexual orientation. Hence, if the law permits heterosexuals to marry legally, homosexuals should also have the same legal right: same-sex unions should, consequently, be legally recognized as marriage.

There is an ongoing public debate on whether or not this claim is justified. Some have posed the queries: Are we denying homosexuals their fundamental natural right to enter into marriage? Hasn’t the time come for the law on marriage and the family to take into account recent cultural changes by re-

* Commentary on Robert P. George and Jean Bethke Elshtain, eds. *The Meaning of Marriage: Family, State, Market, and Morals*. Dallas (TX): Spence Publishing Company, 2006.

¹ The issue of homosexuality and the moral evaluation of homosexual acts has increasingly become a matter of public debate, even in Catholic circles. The Magisterium of the Catholic Church has consequently felt the need to reiterate the traditional teaching as summarized in the *Catechism of the Catholic Church*, n. 2357-2359. It has also sought to provide arguments – drawn not only from faith but also from reason – in four documents published by the Congregation for the Doctrine of the Faith: “Declaration on Certain Questions Concerning Sexual Ethics, *Persona humana*” of December 29, 1975, “Letter to the Bishops of the Catholic Church on the Pastoral Care of Homosexual Persons, *Homosexualitatis problema*” of October 1, 1986, “Some Considerations Concerning the Response to Legislative Proposals on the Non-Discrimination of Homosexual Persons” of July 23, 1992, and “Considerations Regarding Proposals to give Legal Recognition to Unions between Homosexual Persons” of June 3, 2003.

vising the definition of marriage so as to include same-sex unions? Still others raise the question: given that our society is characterized by a pluralism of cultures, shouldn't the state refrain from endorsing a specific view with regard to this institution? Should the law be neutral? ... The list is endless.

Be that as it may, many authors have also acknowledged that in the past eighty years there has been a movement away from a sound understanding of marriage as a true conjugal partnership toward a conception of marriage as a sexual, romantic, domestic partnership in which children are just a matter of subjective preference. In this kind of relationship everything boils down to emotional union, and the sexual-bodily dimension in its rich significance disappears. Others consider that it is because marriage has declined to this point that you have a demand for same-sex "marriage". If the conjugal conception of marriage were secure in people's minds, nobody would think that same-sex "marriage" was marriage at all.

From the foregoing, it is evident that the publication of a book on marriage and its meaning has never been timelier.²

Robert P. George, prominent Professor of Jurisprudence and Politics at Princeton University, America's most influential conservative Christian public intellectual, and one of the editors of the book which I present in this note, is currently at the forefront of the debate on marriage. George holds that the only way to correctly respond to the queries raised hitherto is to discern the true essence of marriage, to appreciate what marriage truly is.

The second author of the book is Jean Bethke Elshtain, the Laura Spellman Rockefeller Professor of Social and Political Ethics at the University of Chicago. Elshtain is also a senior fellow of the Witherspoon Institute.

"*The Meaning of Marriage: Family, State, Market, and Morals*" brings together essays presented to an audience of scholars, journalists, public policy experts, and other professionals at a conference at Princeton University sponsored by the Witherspoon Institute. The Institute is an independent research centre located in Princeton and it works to enhance the public understanding of the moral foundations of free and democratic societies.

The authors are among the most eminent contemporary authorities on

² Other pertinent and important works on marriage have also been published in the recent past. Outstanding among them is Sherif Girgis, Robert P. George and Ryan T. Anderson. "What is marriage?" *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34 (2010): 245-287. Others include: John M. Finnis, *Collected Essays*. Vol. III, *Marriage: A Basic and Exigent Good* (New York: Oxford University Press, 2011); Robert P. George and Gerard Bradley. "Marriage and the Liberal Imagination." *Georgetown Law Journal* 84 (1995): 301-320; Patrick Lee and Robert P. George. "Quaestio disputata: What Male-Female Complementarity makes possible: Marriage as a two-in-one-flesh union." *Theological Studies* 69 (2008): 641-62 and Patrick Lee and Robert P. George. *Body-self Dualism in Contemporary Ethics and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2008.

marriage and public policy in the English-speaking world. They constitute the best of scholarship on marriage from a variety of disciplines: history, ethics, economics, law and public policy, philosophy, sociology, psychiatry, and political science.

These thorough yet accessible studies aim, as the introduction to the book affirms, to “rethink and re-present the case for marriage as a positive institution and ideal that is in the public interest and serves the common good”. In so doing, these studies create a basis for the justification of marriage as a legal institution. The authors address the status of marriage in twenty-first century America. They seek to examine marriage in a context that is broader than the immediate same-sex debate as they sustain that marriage as an institution was already in crisis in the American society much before the rise of the same-sex marriage debates.

2. CONTENT

In the first essay entitled “Sacrilege and Sacrament”, Roger Scruton, a philosopher, begins by discussing the two perspectives from which an institution may be observed: the external and the internal. He points out that marriage is one of those institutions that we spontaneously see both from the outside, in terms of its social function, and from the inside, in terms of the moral and spiritual condition that it creates. Scruton then makes a brief historical presentation of the institution of civil marriage, its sacralization and desacralization. Following which, he examines the nature of contracts and vows so as to bring out the difference between marriage and the new kind of civil union. He concludes by considering the present situation as concerns same-sex marriage in light of what he has developed in the essay. Scruton shows that traditional marriage is justified both from the external and the internal perspective but that the political climate hinders the public recognition of this truth. The essay is rich in references to the thought of ancient philosophers and classical literary works which makes it at once academically persuasive and pleasant to read.

The second essay deals with three issues which the authors, Don Browning and Elizabeth Marquardt, sustain arise from the question regarding whether our present society should allow persons who believe that they have a homosexual orientation the privileges and responsibilities of civil marriage. The essay, “What About the Children? Liberal Cautions on Same-Sex Marriage,” addresses the character of our present society (modernization), the meaning of civil marriage and the nature of same-sex attraction. Browning, a scholar on marriage and the family, and Marquardt, an expert on family studies, observe that these three issues have often been ignored in recent discussions on same-sex marriage. Their approach is that of religious and

political liberals. In the essay, they argue that same-sex marriage is most particularly an infringement on the rights of children, whose voices are often neglected.

When examining the issue of modernization, Browning and Marquardt point out that the question of same-sex marriage should not be approached as a single issue isolated from a wide range of social trends. Modernization leads to increasing dependency on market, state, formal education, and peer groups, which tends to replace the traditional patterns of mutual dependency based on husband-wife and parent-child relationships. According to the authors, modernization has led to the introduction of a variety of separations and disjunctions into the complex range of goods that the institution of marriage legally and religiously has intended to integrate and hold together. As a result, the idea and reality of marriage has been reduced to an affectionate sexual relationship of tentative commitment and uncertain duration. The market, medicine and reproductive technology as well as the law are some of the areas where this disconnection among certain goods of the institution of marriage takes place. The authors illustrate this using examples.

While acknowledging that marriage is a complex social phenomenon, Browning and Marquardt state that the history of marriage has seen an exaltation of its unitive values at the expense of the procreative ones. Indeed, the present debate over same-sex marriage is in a way about whether the former values should now become almost completely separated from the latter, and yet still enjoy the legal privileges and protections of traditional marriage.

Next, Browning and Marquardt discuss four strategies for coping with the tensions between marriage and modernization, the last one being the position that the authors represent: "critical familism". By promoting a reconstructed view of gender and work-family relations in modern marriage, critical familism tries to retain the historic alignment of sex, affection, generativity, child care, and mutual assistance accomplished by the institution of marriage.

The authors then tackle the meaning of marriage. Using historical references, they demonstrate that philosophical and naturalistic views of marriage can be found in the Western religious marriage theory. This theory is said to have brought both religious and legal support to the consolidation of "kin altruism". This consolidation preserves the good of marriage, whether seen as a philosophically conceived intrinsic good or a religious sacrament or covenant.

After discussing the strategy proposed by Jonathan Rauch and Martha Fineman, Browning and Marquardt propose a two-part solution. The first one seeks to retain the historic child-centered view of marriage at the heart

of law and public policy as well as the consideration of other legal and cultural changes that help support marriage (apart from advocating the denial of legalized same-sex marriage). The second part is a proposal to meet the dependency needs of other classes of individuals through appropriately targeted legal contracts and social programs.

Finally, the authors discuss the concept of homosexual orientation. After briefly revisiting critical familism, they conclude by pointing out that the definition, renewal and reconstruction of marriage should be primarily in the hands of the institutions of civil society.

Economic historian, Harold James, in his essay "Changing Dynamics of the Family in Recent European History" looks at the interaction of the family, the state and the market from a historical perspective. In his opinion, the interplay of these three factors is characteristic of the last two or three centuries. A lot has been said concerning the efficient and just operation of the state and the market. The family has however, often times, been left out. In the rest of the essay, James examines the role of the family in the state and the market. In his words: "The claim of this paper is that the family is the central, and indeed only, social institution that is capable of assuring inter-generational and inter-temporal equity. The family is not only a source of stability, but also of dynamism, creativity and innovation; and its capacity to produce or stimulate innovation depends on its stability-generating functions. The paper tries to explain why this is the case."

The author starts by looking at the relation between family and enterprise. He focuses on family firms which he believes represent, in many national cultures, the most common form of enterprise. He points out that over three quarters of registered companies in the industrialized world are family businesses. The pros and cons of family businesses have been debated upon over the centuries. What James deduces from the examination he carries out is that the story of economic development is best understood as the narrative of the interplay of families, states and markets, and of the differing ways in which they understood themselves and each other.

In the last section of his three part essay, James discusses the nature of marriage. He begins by citing the widely accepted modern view of marriage as a search for satisfaction, for happiness. Children are considered a nuisance because the key relationship is that of the married partners. This interpretation does not, however, take into account what was at the core of the traditional view: that marriage is a particular kind of relationship which lasts until death and that it is concerned with reproduction.

Jennifer Roback Morse in "Why Unilateral Divorce Has No Place in a Free Society" seeks to show that unilateral divorce is not consistent with minimal government. The author, an economist, considers this the main reason why libertarians must discard the "laissez-faire" argument in favor of unilateral

divorce. It is also why the free choice argument in favor of gay marriage should be done away with, she adds.

Marriage is an organic social, pre-political institution that arises spontaneously in any society. As such it has its own intrinsic informal methods of enforcement. It is not a creation of the state. In fact it is the conception of marriage as a legalistic institution that leads to an increased interference by the government in its enforcement. The functioning of a minimal government presupposes the formation of social institutions, without which the individual would find himself naked and isolated before the state and completely dependent upon it. In addition, the stability of these institutions lowers the social costs of resolving private conflicts.

Morse discusses the undermining of the sanctity of the marriage contract in today's society. Nevertheless, she is of the opinion that considering marriage a contract is an incomplete view.

After stating – what for her is a well-established fact – that most divorces are initiated by women, she examines the reasons why women choose divorce. The author concludes by stating that to bring about a culture of life-long marriage, women need to see marriage in a more positive light.

Professor of Law, David F. Forte in “The Framers’ Idea of Marriage and Family”, examines the thought of the American founding fathers with regard to the family and marriage. He considers that although the founders seldom dealt with the family explicitly, they acknowledged the important social functions both the family and marriage have in the society. The silence of the founders is attributed to the fact that the family was the accepted substratum of society. They saw the family as the context in which the person grew in the virtues necessary for a free republic. Forte carries out a study of the sources the framers drew upon to understand the connection between family virtues and civic virtues: Aristotle and the Christian view, and later on, the inheritance of the Scottish enlightenment and a Protestant notion of the role of a providential God. The author concludes by pointing out that the family is the most important conflict-resolution mechanism in society, which is the reason why well-functioning families are so successful for forming persons possessing virtues necessary for the stability of the society.

The institution of marriage cannot be insulated from any attachment to the laws, or to the policy marked by those laws. This is what Hadley Arkes puts forth in his essay “The Family and the Laws”. Against those who seek to detach marriage from the civil law, he explains how the relationship between marriage and law has been relevant since the time of the Greeks, from the very time there have been laws. Marriage cannot therefore be relegated to the domain of the personal and private; it has a moral and public import in society. Consequently, neither can sexuality be purged of its legal and moral dimensions. The political scientist and professor of American institutions

observes that even those who are in favor of a new regime of marriage seek to have restrictions put into place once these new set-ups are included within the definition of the institution of marriage. He shows how the legalization of homosexual marriage threatens to vitiate nearly any regulation of sexuality. The author supports the traditional family structure; in this endeavor he acknowledges the importance of social scientific data but goes further to examine the principles at the base of his position.

“What’s sex got to do with it? Marriage, Morality, and Rationality” is the title of the essay written by Robert P. George, legal philosopher, and professor at Princeton University. George explores the topic of marriage from a practical philosophical viewpoint. He bases his thought on Aristotelian-Thomistic philosophy and draws from his own school of thought, the New Natural Law Theory. Given that the person chooses and acts in light of intelligible goods that provide basic reasons for choice and action, George concludes that philosophical reflection is necessary so as to capture the nature of these goods and reasons, understand their relationship and hence appraise social practices. Marriage is an intelligible good which, because it is an end-in-itself, is an intrinsic good, a basic human good. Understanding marriage in this way constitutes the starting point of practical reasoning. People have intelligible reasons for respecting its norms of permanence, exclusivity and sexual complementarity because marriage is a basic human good. Moreover, the one-flesh unity of marriage is not a merely instrumental good; it is also an intrinsic good. It is understood to be the central defining good of marriage. The fact that marriage is a one-flesh communion of persons shows that marriage is inherently heterosexual and monogamous. This two-in-one communion of persons is only made possible by the biological, emotional, and spiritual complementarity shared between man and woman.

With regard to the role of the law and the government in defining marriage, George affirms that they should not be neutral. Governments should embody in their laws and policy the soundest understanding of the institution of marriage. The justification for this is that the law is a teacher and the culture it creates is not indifferent to the concept of marriage held in a society.

In this essay, George presents an excellent succinct account of the philosophical arguments on which he bases his claim that same-sex marriage violates not only tradition but also human reason.

Seana Segrue, a political theorist, in her essay entitled “Soft Despotism and Same-Sex Marriage” seeks to establish that same-sex marriage will contribute to the demise of political liberty. This she attributes to the fact that the growing jurisprudence of privacy rights serves to augment state regulation in domains in which it is not fit to rule. To illustrate her thesis, Segrue examines the role of three institutions of civil society that mediate between

the individual and the state, and in so doing support the former's liberties. These institutions are the market, the family and religion. She makes a brilliant exposition on the nature and role of an institution of civil society. Concurrently, Sugrue shows the consequences of an excessive intervention by the state in these three institutions; most importantly, it leads to usurpation of the institution's power of self-governance and a gradual weakening of the freedom of the individual. In support of her argument, the author makes reference to two significant figures in the history of the American nation: John Locke (widely regarded as the philosopher of the American founding) and Alexis de Tocqueville.

Maggie Gallagher is the author of "(How) Does Marriage Protect Child Well-Being?" In this essay, using social science evidence, the writer looks into whether married heterosexual parents are important to child well-being. Gallagher also examines the social science literature on gay parenting. She concludes by discussing how and when marriage protects child well-being. Social scientists are in agreement that children do better, on average, when their parents get and stay married so long as those marriages are not high-conflict or violent. Citing a study carried out recently, Gallagher enumerates a number of the positive outcomes of marriage for children and adults. She mentions that there is a contradiction between evidence on social science consensus on family structure and evidence from social science literature on sexual orientation and parenting. In an attempt to resolve this inconsistency, the author shows, using examples, that reviews of the latter have led to the detection of serious scientific limitations. Gallagher makes it clear that the benefits of marriage are not a consequence of its existence as a legal institution. These flow from the very nature of marriage.

In "The Current Crisis in Marriage Law, Its Origins, and Its Impact" legal theorist, Katherine Shaw Spaht carries out a historical study of family and marriage in the United States. She records the development of the judicial and legislative approach to marriage. Using key court cases, Spaht shows how the institution of marriage has been changing in the American society both from a cultural and a legal point of view. She points out that those who have been at the forefront of this transformation are legal scholars, judges and lawyers rather than the populace. Spaht examines the historical impact of the law on the three main characteristics of traditional marriage: permanency, sexual complementarity and mutual fidelity. She holds that permanency was the first to be rejected by the law and the other two are currently under threat. Spaht concludes on a positive note by briefly making reference to different indications in the present society of attempts to safeguard and re-establish the traditional meaning of marriage. The essay is well-structured and gives a good overview of the milestones of family and marriage law in the United States. The author employs numerous bibliographical references

which, though they attribute scientific weight to the essay, may nevertheless make its reading slightly tedious.

W. Bradford Wilcox in "Suffer the Little Children. Marriage, the Poor and the Commonwealth" begins by considering that marriage not only serves private goods but also functions as a public institution with important public purposes. Marriage thus not only promotes social order by regulating sexual and emotional relations but also bestows considerable benefits to society, but especially, to children. The sociologist, on examination of studies carried out, concludes that a strong marriage culture protects the poor. He also looks into the consequences of the introduction of the contraception pill and the legalization of abortion on marriage, the family and the society as a whole. To support his thesis Wilcox has recourse to research findings of Robert Michael, economist at University of Chicago, George Akerlof, Nobel-prize winning economist and professor at University of California, Berkeley, and Sara McLanahan, a sociologist at Princeton University.

3. CONCLUSION

The essays published here were intended to bring about the rethinking and re-presentation of the case for marriage as a positive institution. The authors sought to convince their audience that marriage is an ideal that is in the public interest and serves the common good. Have they achieved this goal? I believe that the response to this question depends on the perspective from which it is addressed.

These studies could be examined from the point of view of the impact they have had on public opinion, and consequently on the public debate. If one were to consider the fact that since 2006, the year of the publication of this book, same-sex marriage has been legalized in at least six states in the U.S.A. and six countries in the world, their efficaciousness could be questioned. Moreover, arguments in favor of, and the social pressure for, granting marital legal status to homosexual couples are gaining strength and popularity not only in America but also in other countries across the globe. The situation is exacerbated by the gradual weakening of the institution of marriage and the family. One, nevertheless, cannot overlook the fact that, to date, about thirty states in America have introduced clauses in the state constitution that prohibit gay marriage.

From the viewpoint of its academic contribution, however, this volume brings together well-seasoned intellectual arguments. The essays focus on marriage from different perspectives thus giving the reader an all-round vision of marriage. The studies were aimed at examining the American society; consequently, this is the context in which the authors develop their thought. Their considerations and conclusions are, nonetheless, relevant

and applicable to any social order due to the fact that they are founded on universal principles of social, political and legal philosophy, sociology and law.

I am of the opinion that, even though these arguments may not have an immediate resonance in the public debate, they constitute a good foundation for further research which could serve to diagnose the problems facing marriage today and prescribe effective long-term solutions. Further investigation could be carried out, for instance, in the field of social sciences as this would serve to strengthen the arguments in favor of the social function of marriage. In addition, it is my view that a more thorough examination of the historical and philosophical understanding of marriage will contribute to a better comprehension of the essence of marriage. The enquiry into the canonical roots of marriage is another aspect that cannot be overlooked in this endeavor. In fact to be able to appreciate the essence of the Anglo-American marriage law, it is vital to appreciate its origin and roots in the law of the Catholic Church.

This book will prove to be useful for a wide range of readers: politicians, university professors and students, public policy makers, sociologists, historians, jurists, philosophers, journalists and religious leaders.

JENNIFER WAMUYU GITAHU

Recensioni

ANNE BAMBERG, *Procédures Matrimoniales en droit canonique*, Ellipses, Paris 2011, pp. 126.

IL s'agit d'une oeuvre de divulgation scientifique destinée en premier lieu aux étudiants en droit canonique et aux praticiens du droit (juges, avocats, défenseurs du lien) et qui se veut également accessible à un public non-juriste éventuellement susceptible d'engager une procédure matrimoniale. Publié dans la collection «mise au point», l'ouvrage est une synthèse claire des connaissances essentielles nécessaires pour traiter une cause matrimoniale. Il a le mérite d'être concis sans prétendre être exhaustif, raison pour laquelle il conviendra très bien à qui veut connaître les mécanismes fondamentaux des procédures matrimoniales avant d'affronter un traité de droit canonique plus complexe. Il se présente comme un vade-mecum des procédures matrimoniales qui explique les principales étapes d'une procédure. L'ouvrage n'insiste pas sur les voies de recours ou les procédures incidentes qui viennent se greffer sur ces procédures, ni sur les plaintes en nullité ou la réintroduction de la cause car, si la méthode de travail préconisée en introduction est bien suivie, le lecteur doit pouvoir être capable de trouver les ressources nécessaires dans les normes et articles cités. Il s'agit avant tout d'un guide de lecture qui facilite l'étude de la matière.

Il permet une première approche des procédures matrimoniales qui aura besoin d'être complétée par une recherche plus approfondie, ce que préconise l'auteur dans sa conclusion: «ce parcours a été conçu pour donner une

première approche dynamique qui pourra être complétée par des études d'approfondissement et prolongée par des recherches en droit processuel et en jurisprudence canonique» (p. 115). Le renvoi en fin de chaque chapitre à des articles de doctrine et aux sentences de la Rote Romaine facilite ce travail de recherche. L'auteur explique aussi clairement en conclusion que cette approche ne dispense pas d'une formation initiale sérieuse (p. 115).

Afin de faciliter l'étude, l'auteur propose en introduction une méthode de travail selon laquelle la lecture de l'ouvrage doit être accompagnée de celle des chapitres correspondants dans le Code de droit canonique, la *Dignitas connubii* et la *Pastor Bonus* «pour les lire dans les textes et leur contexte» (p. 7).

La première partie présente les procédures et instances compétentes. Elle décrit les instances qui interviennent au procès (les tribunaux ecclésiastiques et les dicastères de la curie romaine), puis les acteurs du procès canonique, avant de proposer une première approche de la jurisprudence. Pour faciliter la compréhension des décisions judiciaires canoniques, l'auteur situe d'abord rapidement les principaux motifs de nullité de mariage, avant de proposer le schéma d'une sentence ecclésiastique type. Etant donné la difficulté d'accéder aux décisions judiciaires canoniques, l'auteur propose également des références de publication des principaux recueils et revues qui publient ces sentences. Un dernier point est consacré à une brève description des diverses procédures matrimoniales.

La deuxième partie présente le déroulement des différentes phases du procès

en nullité de mariage et traite successivement de l'introduction, l'instruction, la discussion et la sentence, et la fin du procès.

L'explication de chaque thématique est accompagnée d'extraits des discours des papes Jean-Paul II et Benoît XVI à la Rote Romaine qui illustrent le chapitre et qui permettent surtout de comprendre l'esprit de la loi. Ils resituent les procédures matrimoniales dans leur contexte et leur donne tout leur sens, ce qui évite ainsi de tomber dans un pur formalisme juridique et de faire de la procédure un simple instrument technique, déconnecté de la recherche de la vérité sur le lien matrimonial. Par exemple, le chapitre v sur l'introduction du procès est suivi d'un extrait du discours de Benoît XVI à la Rote Romaine du 28 janvier 2006 qui resitue le procès canonique: «*Le processus canonique de nullité du mariage constitue essentiellement un instrument pour trouver la vérité sur le lien conjugal. Son but constitutif n'est donc pas de compliquer inutilement la vie aux fidèles et encore moins d'en exacerber l'esprit de litige, mais seulement de rendre un service à la vérité. Du reste, l'institution du procès en général n'est pas en soi un moyen pour satisfaire un intérêt quelconque, mais bien un instrument qualifié pour répondre au devoir de justice de donner à chacun ce qui lui est dû*». Ces extraits permettent d'ouvrir la réflexion sur les thématiques abordées.

A première vue, le livre peut paraître succinct et, donc, ne pas susciter l'intérêt des praticiens déjà formés en la matière qui préféreraient un traité de procédures matrimoniales plus précis et plus complet. En réalité, ses multiples renvois aux normes et articles de doctrine en font un instrument très utile pour retrouver facilement les concepts fondamentaux de la matière, ainsi que les

principales références doctrinales. De plus, l'auteur donne, à la suite de chaque chapitre, quelques indications pour permettre d'aller plus loin dans la réflexion et prendre connaissance des problématiques qui ont fait l'objet de débats en doctrine. Elles sont intitulées «*Pour prolonger l'étude*». S'adressant essentiellement à un public de langue française, les références privilégient les travaux dans cette langue en les indiquant en première position, tout en citant également de nombreuses publications en langues espagnole, italienne et anglaise. Elles sont accompagnées de renvois aux principales décisions du Tribunal de la Rote Romaine publiées en langues latine ou vernaculaire.

Il comprend également un index des textes législatifs (index des canons du Code de droit canonique, index des articles de *Dignitas connubii*, index des articles de *Pastor Bonus*), ainsi qu'un index thématique sommaire, ce qui permet un usage facile et pratique du livre.

L'ouvrage permet plusieurs niveaux de lecture. Un premier niveau de lecture permet de prendre connaissance de la matière pour acquérir une bonne vue d'ensemble par une simple lecture du texte proposé, sans entrer dans des considérations trop techniques. Il convient donc à un large public, même non-juriste. Un second niveau de lecture permet d'approfondir les thématiques par une lecture du texte proposé accompagnée de la lecture du Code, des commentaires aux canons, des normes applicables (*Dignitas connubii*, *Pastor Bonus*) et des articles et sentences proposés à la fin de chaque chapitre. La compréhension des articles cités suppose déjà une certaine formation, ce que l'auteur prend pour acquis. Si le texte du livre s'adresse effectivement à un public lar-

ge, la compréhension des articles et des sentences est toutefois réservée à un public spécialisé possédant déjà une bonne formation théologique et juridique.

Le parcours proposé mène tout naturellement à l'approfondissement personnel. Comme rappelle l'auteur en conclusion, le traitement de ces procédures doit être prolongé par «une recherche authentique de la vérité, sans laxisme ni formalisme juridique» (in fine).

BÉNÉDICTE BERNARD

ISABELLA BOLGIANI, *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative*, Vita e Pensiero, Milano 2012, pp. 176.

LA monografia di Isabella Bolgiani, ricercatrice di diritto canonico ed ecclesiastico all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, costituisce un'agile e puntuale ricognizione sullo stato del diritto regionale ecclesiastico italiano. Si tratta di un ambito di studio piuttosto negletto, vuoi perché in Italia la produzione legislativa regionale ha una storia ancora relativamente recente, vuoi perché l'attenzione degli studiosi tende a concentrarsi sulla normativa bilaterale concordata fra lo Stato e le confessioni religiose e sulle disposizioni unilaterali di derivazione pattizia elaborate a livello centrale.

Il lavoro si articola in quattro capitoli. Il primo individua il fulcro del diritto ecclesiastico nella tutela degli interessi religiosi dei cittadini, in forma individuale e collettiva, superando la tentazione di un approccio puramente formale, che lo confinerebbe in una prospettiva meramente interordinamentale. Applicando a esso il principio di sussidiarietà, si definisce poi la competenza delle regioni e degli altri enti locali a intervenire in

ordine alla tutela delle esigenze religiose della popolazione, promuovendo nel proprio territorio di competenza lo svolgimento di attività di interesse locale.

Il secondo capitolo approfondisce in senso diacronico l'evoluzione della normativa regionale in materia. Sin dagli anni Ottanta dello scorso secolo si è diffusa la consapevolezza che, se le regioni intendono proporsi come soggetti capaci di incidere sulla rappresentazione del proprio patrimonio culturale, non possono tralasciare la dimensione religiosa, che di esso è parte qualificante. Tra i filoni più coltivati, spiccano l'edilizia di culto e l'assistenza spirituale nelle strutture sanitarie, i beni culturali di interesse religioso, il volontariato e il diritto allo studio, a cui si sono progressivamente aggiunti il turismo religioso, gli oratori, le disposizioni contro la discriminazione per motivi religiosi e le norme sui riti funebri. Altri ambiti, come la legislazione sul diritto alla vita, la bioetica, il dialogo interculturale e l'integrazione, si pongono piuttosto in un'area di confine, affrontando questioni che toccano propriamente la tutela degli interessi spirituali del cittadino, pur avendo una certa attinenza con la dimensione religiosa. Bolgiani osserva che tale approccio espone al rischio di trasformare il diritto ecclesiastico regionale in una "formula generale in bianco" (p. 43), pronta a colorarsi, di volta in volta, a seconda che nella materia affrontata emergano elementi di ecclesiasticità: l'esito è un vero e proprio "magma normativo". Il nuovo riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le regioni, definito nel 2001 dalla riforma del titolo v della Costituzione, riserva alla competenza esclusiva dello Stato i "rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose" e la "determinazione dei livelli essenziali delle

prestazioni relative ai diritti civili". In forza dell'ampia autonomia legislativa riconosciuta oggi alle regioni, esse sono divenute titolari di una competenza funzionale, che le legittima a intervenire ogni qual volta nella regolamentazione di una materia di loro spettanza sorga la necessità di soddisfare profili di interesse religioso connessi con le esigenze della comunità territoriale di riferimento. Ne deriva che "ai fini della definizione della legittimazione delle regioni, quello che rileva non è tanto la materia in sé considerata, quanto, da un lato, la circostanza che essa presenti nel caso concreto profili di interesse religioso e, dall'altro, la dimensione locale degli interessi che le afferiscono" (p. 51).

Il terzo capitolo analizza nel dettaglio i principali ambiti di intervento regionale in ambito ecclesiastico: l'edilizia di culto, l'assistenza spirituale nelle strutture sanitarie, il turismo religioso, i servizi alla persona da parte di soggetti confessionali. Viene evidenziata e criticata, in particolare, la tendenza a riconoscere il diritto all'interlocuzione istituzionale alle sole confessioni religiose che hanno stipulato un'intesa con lo Stato o a quelle riconosciute a norma di legge. Va detto, però, che il legislatore locale, in mancanza di una legge sulla libertà religiosa, sconta l'assenza a livello nazionale di criteri legali precisi, che definiscano i caratteri delle confessioni religiose in quanto tali.

Il quarto capitolo presenta in maniera sintetica i principali accordi regionali e locali stipulati con le confessioni religiose, *in primis* con la Chiesa cattolica, di gran lunga prevalente quanto a consistenza numerica dei fedeli e a diffusione territoriale. Il tema era già stato affrontato con competenza dall'autrice nell'ampio saggio introduttivo alla rac-

colta della normativa pattizia *La Chiesa cattolica in Italia*, da lei curata nel 2009 per i tipi di Giuffrè. In conclusione, si osserva che l'adozione di accordi periferici fra enti pubblici e confessioni religiose non è finalizzata a offrire particolari garanzie di tutela al diritto di libertà religiosa, compito proprio del legislatore, ma si muove piuttosto nell'ambito del comune impegno per un miglior esercizio, in concreto, di tale diritto di libertà.

Il lavoro è preciso e accurato. L'architettura d'insieme denota il possesso sicuro della materia, mentre l'apparato delle note attesta una notevole conoscenza non solo delle fonti, ma anche della dottrina, con attenzione anche a tematiche di diritto costituzionale. Va apprezzato l'equilibrio nell'espone le diverse posizioni, che non vela la chiarezza circa la tesi di fondo, che insiste sulla sostanziale inadeguatezza del diritto ecclesiastico regionale italiano, incapace di centrare gli obiettivi che lo qualificano e giustificano, nonostante la proliferazione di disposizioni tanto unilaterali quanto pattizie. La monografia si raccomanda come introduzione alla tematica e costituirà in futuro un punto di riferimento sicuro per i cultori della materia.

MAURO RIVELLA

WILLIAM DANIEL (ed.), *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. Official Latin with English Translation*, Collection Gratianus Series, Section Research Tools, Wilson & Lafleur, Montréal 2011, pp. xx + 776.

NELLA collana *Gratianus Series* – della quale fu data notizia in questa rivista,

sul volume XXIII (2011), pp. 149-153 –, e come contributo della sezione *Research tools*, è stata pubblicata la prima raccolta contenente decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica che offre, insieme alla versione originale di ogni documento, la traduzione in lingua inglese.

Le pagine iniziali del volume comprendono una presentazione (*Foreword*) scritta dal Prefetto della Segnatura Apostolica, Card. Raymond L. Burke, seguita da una prefazione del prof. Ernest Caparros, editore della collana, e dall'introduzione dell'opera, riservata a William Daniel, traduttore-curatore dello strumento messo a disposizione dei lettori e degli studiosi. Questi primi testi introduttivi illustrano la motivazione del lavoro e i passaggi eseguiti per giungere alla pubblicazione; in essi appaiono anche i nomi delle diverse persone che hanno contribuito in modo rilevante alla realizzazione di *Ministerium Iustitiae*. Emergono le diverse cause concorrenti alla pubblicazione del presente *research tool*, fra le quali, l'interesse della Segnatura Apostolica per far conoscere la propria giurisprudenza. Il compimento di tale interesse, che è stato espresso in diversi momenti, si è visto ostacolato ripetutamente dal cumulo di lavoro indilazionabile del Dicastero. Fortunatamente, al desiderio della Segnatura, condiviso dalla scienza canonistica, è venuto incontro la volontà di collaborare attuata da un settore universitario dotato di valide potenzialità editoriali.

Dopo le pagine introduttive, l'opera si presenta suddivisa in tre parti, corrispondenti ai settori di competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica previsti dalla costituzione apostolica *Pastor bonus* (artt. 122-124 PB) e confermati dalla *Lex propia* della Se-

gnatura Apostolica (artt. 33-35 LpSA).

Nella prima parte (*Strictly Judicial Function*, pp. 9-84), vengono riportate tre decisioni della Segnatura in relazione a tre cause giudiziali (di nullità matrimoniale), vale a dire, un decreto definitivo del Collegio dei Giudici riguardante una causa che conteneva sia la querela di nullità sia la richiesta di restituzione in integro contro delle decisioni della Rota Romana; in secondo luogo, una sentenza definitiva concernente una querela di nullità contro una sentenza definitiva della Rota Romana e, in fine, un decreto del Prefetto della Segnatura, emanato in Congresso, sulla richiesta di nuova proposizione della causa avverso una decisione della Rota Romana.

La seconda parte (*Contentious-Administrative Function*, pp. 85-637) è quella che contiene un numero maggiore di decisioni, delle quali, alcune non erano state precedentemente pubblicate. Essendo la parte più lunga, è stata utilmente articolata in base a quattro divisioni tematiche (A. *Religious Institutes and Their Members*, B. *Parish Priests and Priestly Ministry*, C. *Parishes and Sacred Places* e D. *Miscellany*). All'interno delle quattro sezioni si succedono le diverse decisioni che riguardano materie differenti: vari tipi di provvedimenti rivolti a singoli religiosi (dimissione ordinaria e straordinaria, escaustrazione imposta, incardinazione e diritti connessi di un sacerdote già religioso), atti che modificano la situazione giuridica degli istituti (diritto di proprietà sui beni mobili, unione estintiva di alcune province di un ordine), interventi concernenti lo statuto del chierico (esercizio del ministero sacerdotale, revoca delle facoltà ministeriali) o la titolarità degli uffici ecclesiastici (trasferimento e rimozione di parroci, rimozione dall'ufficio di professore in una università

pontificia), pronunce relative a persone giuridiche (soppressione di una parrocchia o di una associazione di fedeli), ad edifici di culto (rinnovamento di chiese, demolizione, riduzione a uso profano non sordido di esse) e anche questioni concernenti sanzioni penali, conflitti di competenza fra dicasteri della Curia romana, oppure vigenza di diritti acquisiti, sempre collegati ad atti amministrativi singoli.

La terza parte (*Disciplinary-Administrative Function*) presenta ventinove decisioni con natura di provvedimento amministrativo ma con contenuti e portata diversi: disposizioni relative alla competenza dei singoli tribunali (attraverso la concessione o meno di commissioni pontificie o l'attribuzione o il diniego della competenza per giudicare in prima o seconda istanza cause determinate), risposte particolari che rivestono un significato speciale a livello di prassi (in materie come il libero stato delle persone che intendono contrarre matrimonio o come la necessaria probità di vita richiesta a chi svolge la professione di avvocato o procuratore nell'ambito canonico), interventi volti a correggere dei comportamenti errati da parte di alcuni organi giudiziari della Chiesa, nonché pronunce con efficacia generale di diverso tipo – dichiarazioni, circolari, decreti generali – che interessano differenti argomenti (questioni forensi relative a matrimoni misti, tutela del diritto di difesa, contributo dei periti durante il processo canonico, le presunzioni) in rapporto con la missione della Segnatura.

Le ultime pagine del volume corrispondono all'indice delle materie e all'indice dei canoni dei Codici di Diritto canonico (latini, del 1917 e del 1983, e *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*,

del 1990). I numeri marginali che il lettore trova nelle pagine del volume hanno come scopo poter sistemare adeguatamente questi efficaci indici.

Nell'insieme, l'opera costituisce un passo in avanti nella pubblicazione delle decisioni della Segnatura Apostolica poiché in un solo volume si offrono in modo ordinato pronunce appartenenti alle tre aree di lavoro del Dicastero giustiziale, con doppia versione – ufficiale latina (tranne una decisione in italiano) e la traduzione in inglese, che gode della garanzia di essere stata rivista dai superiori del Supremo Tribunale –. I sommari che precedono le decisioni più articolate risultano assai utili, così come le note che compaiono saltuariamente per offrire alcuni chiarimenti o apportare qualche elemento addizionale efficace.

Più precisamente, nella parte contenziosa amministrativa è da segnalarsi la novità costituita dalla pubblicazione di ben dodici abbinamenti Decreto del Congresso-Decreto definitivo del Collegio dei Giudici di altrettante cause. In tutte queste cause o il Decreto del Congresso o quello del Collegio dei Giudici non era stato ancora pubblicato. È interessante conoscere decisioni fino adesso inedite ma, anche, seguire l'evoluzione dal Decreto del Congresso fino al Decreto del Collegio.

Va notato che, a differenza dell'abituale dispositivo "negative" dei decreti definitivi pubblicati, invece, dalle sentenze di contenzioso amministrativo presenti nella raccolta (undici), la maggior parte conclude "affirmative" (otto), mentre si trovano soltanto tre negative: due nelle quali è presente l'avverbio latino "negative", alla fine della sentenza, e la sentenza del 4 maggio 1996, prot. 23737/92, che appare pubblicata senza il dispositivo (compare invece l'espressione "omissis"), pur

essendo sempre negativa, come si può constatare dalla pubblicazione di essa curata da *Il Diritto Ecclesiastico* nel 1997.

Merito del volume è anche quello di porsi come contributo con la capacità di suscitare nuove raccolte di decisioni della Segnatura Apostolica. La prossima dovrebbe essere l'edizione in lingua francese di questo stesso volume, auspicata dal direttore della Collana nella prefazione; essa sarà pure di grande utilità e rientrerà nella tradizione della *Gratianus Series*, di offrire la medesima opera sia in francese che in inglese. Tuttavia, per proiettarsi nel futuro, acquista enorme interesse la dichiarazione del Prefetto della Segnatura contenuta nel *foreword* relativa alla riunione plenaria del Dicastero del 15-16 novembre 2007, in cui ci fu una forte enfasi sulla necessità di disporre la pubblicazione regolare della giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Il Card. Burke aggiunge che, sebbene tale tipo di diffusione sia un desiderio del Tribunale, tuttavia la realizzazione di siffatta aspirazione necessiterà ancora di tempo e dipenderà dall'assunzione, da parte del Dicastero, di un membro dello *staff* cui assegnare la responsabilità della pubblicazione.

Nel frattempo, le raccolte di decisioni che seguiranno a quella effettuata da W. Daniel ora commentata, saranno certamente ben accolte. Non dovrebbe meravigliare che un prossimo volume, contenente risoluzioni della Segnatura, venisse preparato da un curatore italiano, e che tale apporto riuscisse a incorporare altre pronunce inedite, fra le quali decreti e sentenze di data successiva all'anno 2008, che applichino quindi la *Lex propria*.

È da augurarsi che siffatti contributi – l'inizio della pubblicazione regolare

delle decisioni e altre nuove raccolte di pronunce con traduzione in lingue moderne – possano vedere la luce entro il cinquantenario del moderno processo contenzioso amministrativo nel Diritto canonico.

JAVIER CANOSA

GUILLAUME DERVILLE, *La concélébration eucharistique. Du symbole à la réalité*, Wilson & Lafleur, Montréal 2011, pp. 120.

Ad alcuni decenni dall'inizio della riforma liturgica promossa dal Concilio Vaticano II, da varie parti emerge l'esigenza di rivedere alla luce dei documenti dello stesso Concilio alcune prassi, fra le quali appunto quella della concelebrazione eucaristica, alla quale è dedicato questo volume di Mons. Guillaume Derville. Si tratta di un'operazione molto delicata, anzitutto perché qui si tocca il tema oggi assai discusso dell'interpretazione autentica dei testi dell'ultimo Concilio ecumenico. Ma lo è anche perché dalla fine del Vaticano II si sono registrati e tuttora si registrano tensioni e contrasti in ambito ecclesiale proprio attorno ai vari aspetti della celebrazione di quello che è il *sacramentum unitatis*; e uno di tali aspetti è la prassi della concelebrazione eucaristica invalsa. Si deve dunque anzitutto riconoscere all'A. il merito e anche il coraggio di aver affrontato un argomento tutt'altro che marginale e pacifico.

Il volume qui recensito – edito nella collezione *Gratianus* dalla Wilson & Lafleur anche in lingua inglese – è nato da un articolo pubblicato nel 2009 sulla rivista *Annales Theologici*, che si è successivamente arricchito di contenuti una volta che quel testo è divenuto un libro in spagnolo e, poi, in inglese e francese (al

momento è in preparazione la versione portoghese).

Il fatto che sia apparso inizialmente su una rivista di teologia e che ora venga pubblicato in una collezione di diritto canonico fa di per sé già comprendere l'ampia prospettiva con cui il tema viene trattato. Come giustamente rileva il Card. Antonio Cañizares nella prefazione, l'A. non si è limitato a considerazioni di ordine pratico, ma ha voluto affrontare la questione alla luce dei principi. Infatti, le varie questioni connesse alla prassi della concelebrazione eucaristica, in ultima analisi, trovano diversa soluzione in base alla comprensione che si ha della sacra liturgia, del sacramento dell'Eucaristia, del ministero ordinato e del rapporto che intercorre fra i due sacramenti e fra il sacerdozio comune e quello ministeriale. Nel volume la comprensione che di tutto ciò ha l'A. emerge in tutta chiarezza, ed essa appare contrassegnata dalla fedele adesione al Magistero della Chiesa, a cominciare da quello del Vaticano II, il quale vede la concelebrazione come modalità per manifestare l'unità del sacerdozio ministeriale.

A questo riguardo, nel primo capitolo, Mons. Derville ci presenta le indicazioni conciliari sulla concelebrazione, inquadrandole nella prassi liturgica dei secoli precedenti e mostrando lo sviluppo normativo successivo al Vaticano II. La storia testimonia che per sedici secoli la concelebrazione è avvenuta sempre in particolari, straordinarie circostanze e di norma attorno al vescovo, mentre non esiste una tradizione di concelebrazione fra preti soltanto, magari quotidiana. L'A. espone poi accuratamente la genesi e il contenuto dei testi conciliari che si riferiscono alla concelebrazione, soprattutto SC 57. Rispetto a tale dettato con-

ciliare, i successivi interventi normativi fino ai due Codici hanno comportato un progressivo allargamento dei criteri e delle modalità della concelebrazione, specialmente per quanto riguarda la sua frequenza e il numero dei concelebranti.

Molto appropriate sono le considerazioni del secondo capitolo volte a chiarire il tema dell'unità del sacerdozio ministeriale e del rapporto che intercorre fra tale unità e la concelebrazione eucaristica. Giustamente, l'A. ricorda che l'unità ontologica del sacerdozio ministeriale esiste già in Cristo Capo, al quale i presbiteri sono configurati dall'Ordine sacro, e, quindi, precede e fonda le sue manifestazioni, compresa la stessa concelebrazione. Inoltre, egli richiama il fatto che il sacerdozio ministeriale è al servizio del sacerdozio comune dei fedeli, per cui la pratica della concelebrazione non dovrebbe né andare a detrimento del bene spirituale dei fedeli né condurre ad una clericalizzazione dell'assemblea liturgica, come nel caso in cui il numero dei concelebranti risulti troppo elevato. Si tratta in sostanza di preservare la verità di quel segno che è la concelebrazione, in modo che nell'azione liturgica si manifesti davvero il mistero della Chiesa.

Nel capitolo finale Mons. Derville si sofferma a considerare la pratica attuale della concelebrazione eucaristica, soprattutto per quanto riguarda le grandi liturgie e la tendenza alla concelebrazione quotidiana. L'A. richiama due principi-guida, che vanno considerati non separatamente, ma insieme: il rapporto personale del sacerdote con Cristo che si realizza durante la Santa Messa e la pienezza di quel segno che è la concelebrazione stessa.

Quanto al primo criterio, l'A. giustamente ricorda il costante invito della

Chiesa al sacerdote perché celebri ogni giorno il Sacrificio Eucaristico e, conseguentemente, la libertà di celebrare singolarmente. Al riguardo, sarebbe stato opportuno discutere con maggior ampiezza la posizione di coloro che, per ovviare alla frequenza della concelebrazione o a liturgie eucaristiche quasi esclusivamente clericali e rifiutando però anche la moltiplicazione delle celebrazioni individuali senza popolo, suggeriscono che il sacerdote partecipi alla Santa Messa, eventualmente con vesti che ne indichino la dignità sacerdotale, ma senza concelebrazioni (è la posizione esposta, ad esempio, in un articolo di Goffredo Boselli, che l'A. pure cita più volte nel primo capitolo; al riguardo, si sarebbero potute ampliare le risposte date nella nota 204 alle obiezioni sollevate da Robert Taft). Ci sembra che questa proposta se può favorire la chiarezza del segno che è la concelebrazione, tuttavia non appare in consonanza con la ricordata raccomandazione della Chiesa al sacerdote affinché celebri ogni giorno per mantenere vivo il suo particolare legame con Cristo.

A proposito della chiarezza del segno, Mons. Derville rileva come essa rischi di appannarsi specialmente nei casi di concelebrazioni molto numerose, come, del resto, ha rilevato anche lo stesso Benedetto XVI. L'A. individua alcuni aspetti che concorrono a rendere eloquente il segno che è la concelebrazione (quali la posizione dei concelebbranti durante la Messa, la loro prossimità all'altare, le loro vesti liturgiche e la sincronicità delle parole consacratrici), e offre, poi, le sue indicazioni per una scelta se concelebrazioni o meno, scelta che dev'essere dettata dal vero bene spirituale del sacerdote e dei fedeli. Anche in questa parte le considerazioni svolte dall'A. sono di diverso

ordine – liturgico, dogmatico, canonico, spirituale e pastorale -, ma ci sembra, che talvolta in questo molteplice approccio, peraltro opportuno, le differenti prospettive non siano sempre presentate abbastanza distintamente e nella concatenazione logica con le altre.

La conclusione dell'A. è un invito ad un riaggiustamento della prassi della concelebrazione eucaristica nel senso di una moderazione della sua frequenza e del numero dei concelebbranti che sia più conforme alla corretta ermeneutica del Concilio Vaticano II.

Davvero questo volume aiuta a comprendere cosa in ultima analisi sia in gioco nella prassi della concelebrazione: è l'Eucaristia stessa, che va celebrata secondo la volontà di Colui che l'ha istituita. È, quindi, la realtà di questo sacramento, colta mediante le fede ecclesiale, che deve informare e determinare le modalità della sua celebrazione, e non altri fattori, ad esempio, di ordine soggettivo o meramente pratico.

ANTONIO GUIDO FILIPAZZI

ANTONIO GUIDO FILIPAZZI, *Gli inizi della Rappresentanza Pontificia in Indonesia (1947-1955)*, Giakarta 2012, pp. 115.

LA seconda metà del secolo XX vide una forte espansione della rete diplomatica della Santa Sede. Risultano eloquenti due dati, fra gli abbondanti particolari forniti da un'opera precedente di Mons. Antonio G. Filipazzi (*Rappresentanze e rappresentanti pontifici dalla seconda metà del XX secolo*, Città del Vaticano, 2006): da una parte, le rappresentanze diplomatiche della Santa Sede, che nell'anno 1945 erano poco più di cinquanta, nell'anno 2005 superavano le duecento; e, ancora, se nell'anno 1945 un'elevata

percentuale delle menzionate rappresentanze era costituita da delegazioni apostoliche (22 delegazioni apostoliche rispetto a 30 nunziature o internunziature), e quindi, con il solo compito di rappresentare la Santa Sede presso le chiese particolari di una nazione e non invece davanti alle autorità statali, nel 2005 l'insieme delle rappresentanze diplomatiche della Santa Sede constava soprattutto di nunziature (173), mentre il numero delle delegazioni apostoliche (12) era sensibilmente inferiore. In tal espansione non può non riflettersi la qualità del servizio diplomatico offerto dalla Santa Sede vuoi come strumento di comunione con il successore di Pietro, all'interno della Chiesa, vuoi quale artefice di pace, libertà e salvaguardia dei diritti nell'ambito della comunità internazionale degli stati e delle organizzazioni intergovernative.

Se alla prospettiva generale appena esposta dovesse fare seguito un'ulteriore illustrazione specifica a partire da alcuni casi emblematici concernenti lo stabilimento e lo sviluppo delle concrete rappresentanze pontificie, si potrebbero considerare i processi istitutivi di talune di esse durante l'epoca contemporanea, verificatisi nelle differenti aree geografiche o nei diversi momenti storici della seconda metà del secolo xx. L'opzione temporale, ad esempio, porterebbe a distinguere la creazione di nuove delegazioni apostoliche o nunziature durante periodi quali gli anni cinquanta, successivi all'immediato dopoguerra, o la fase del Concilio Vaticano II, oppure i decenni settanta e ottanta o, infine, gli anni dopo la caduta del muro di Berlino. Un modello capace di illustrare il primo dei periodi accennati lo si ritrova nello studio degli inizi della rappresentanza della Santa Sede in Indonesia, fra gli anni

quaranta e i cinquanta del secolo scorso e in coincidenza con il conseguimento dell'indipendenza da parte del nuovo stato asiatico.

Il volume *Gli inizi della Rappresentanza Pontificia in Indonesia (1947-1955)* guida il lettore nella conoscenza delle circostanze che hanno propiziato l'avvio dei rapporti diplomatici fra la Santa Sede e l'Indonesia, ma soprattutto, descrive l'attività del primo rappresentante pontificio. Dopo l'introduzione, che l'autore, Arcivescovo titolare di Sutri e attuale Nunzio Apostolico in Indonesia, ha voluto significativamente datare nel primo anniversario della sua ordinazione episcopale, il capitolo iniziale traccia le coordinate storiche dell'avvio della rappresentanza pontificia a Giakarta, (allora Batavia), descrivendo brevemente la situazione politica dell'area in questione e la condizione della Chiesa cattolica nell'arcipelago indonesiano, come pure la presenza della Santa Sede in Asia all'epoca. Nel secondo capitolo viene presentato il profilo biografico del primo rappresentante pontificio in Indonesia, l'arcivescovo belga Georges de Jonghe d'Ardoye (Saint-Gilles-les-Bruxelles, 1887 – Bruxelles, 1961), con particolare attenzione alla sua esperienza missionaria maturata in Cina, paese in cui, inviato quale membro della *Société des Missions Étrangères de Paris*, aveva collaborato strettamente con il primo Delegato Apostolico *in loco*, Mons. Celso Costantini, e dove, più tardi, era divenuto Vicario Apostolico in Yunnanfu (1933). Per motivi di salute, Mons. de Jonghe d'Ardoye dovette rientrare in Europa e dare le dimissioni dal Vicariato, ma, una volta ristabilito dalla malattia, Pio XI lo nominò Delegato Apostolico in Iraq (1938), dove ebbe inizio quindi la sua esperienza come rappresentante pontificio. Termina-

to il conflitto mondiale, fu considerata l'ipotesi di nominarlo Rappresentante Pontificio proprio in quella Cina, che era rimasta profondamente nel suo cuore; tuttavia – e in ciò si può riscontrare un'ideale connessione storica col primo arrivo del cristianesimo in Indonesia, avvenuto con la visita che nell'anno 1323 compì il francescano beato Odorico da Pordenone nell'isola di Sumatra, prima di conoscere e di trattarsi per alcuni anni in Cina —, de Jonghe d'Ardoye nel luglio 1947 venne nominato da Pio XII primo Delegato Apostolico in Indonesia, dove operò per quasi otto anni, finché, nel 1955, divenne Internunzio Apostolico nella Repubblica Araba d'Egitto. Ancora motivi di salute furono la causa che costrinse Mons. de Jonghe d'Ardoye a dare le dimissioni già l'anno seguente.

I capitoli terzo e quarto ripercorrono le tappe iniziali della storia della rappresentanza della Santa Sede in Indonesia, vale a dire, il periodo della Delegazione Apostolica (1947-1950) e il primo quinquennio della Internunziatura Apostolica.

L'autore ha voluto aggiungere una conclusione allo studio svolto, in cui vengono indicate sinteticamente alcune tappe significative della storia delle relazioni fra la Santa Sede e l'Indonesia fino al momento attuale.

Completano il volume ulteriori elementi che contribuiscono a fornire al lettore una maggiore familiarità con i protagonisti della narrazione: alcune fotografie e un'utile appendice composta dai documenti fondamentali relativi agli inizi della Rappresentanza Pontificia in Indonesia, le notizie biografiche dei quattordici rappresentanti pontifici che si sono susseguiti dal 1947 fino al presente e gli elenchi sia dei collaboratori della Rappresentanza Pontificia in Indone-

sia sia dei rappresentanti dell'Indonesia presso la Santa Sede.

Dalla lettura del libro emerge il considerevole ruolo avuto dal primo rappresentante pontificio nell'ex-colonia olandese, Mons. de Jonghe d'Ardoye, il quale seppe incarnare le qualità richieste per tale ufficio. Di recente, Benedetto XVI, nel discorso ai superiori ed alunni della Pontificia Accademia Ecclesiastica del 10 giugno 2011, si è soffermato sulle caratteristiche di ogni rappresentante pontificio: "Egli, in primo luogo – come si è sottolineato più volte – è un sacerdote, un vescovo, un uomo, che ha già scelto di vivere al servizio di una Parola che non è la sua. Infatti, egli è un servitore della Parola di Dio, è stato investito, come ogni sacerdote, di una missione che non può essere svolta a tempo parziale, ma che gli richiede di essere, con l'intera vita, una risonanza del messaggio che gli è affidato, quello del Vangelo. Ed è proprio sulla base di questa identità sacerdotale, ben chiara e vissuta in modo profondo, che si viene ad inserire, con una certa naturalezza, il compito specifico di farsi portatore della parola del Papa, dell'orizzonte del suo ministero universale e della sua carità pastorale, nei confronti delle Chiese particolari e di fronte alle istituzioni nelle quali viene legittimamente esercitata la sovranità nell'ambito statale o delle organizzazioni internazionali. Nello svolgimento di tale missione, il diplomatico della Santa Sede è chiamato a mettere a frutto tutte le proprie doti umane e soprannaturali. Ben si capisce come, nell'esercizio di un ministero tanto delicato, la cura per la propria vita spirituale, la pratica delle virtù umane e la formazione di una solida cultura vadano di pari passo e si sostengano reciprocamente. Sono dimensioni che permettono di mantene-

re un profondo equilibrio interiore, in un lavoro che esige, fra l'altro, capacità di apertura all'altro, equanimità di giudizio, distanza critica dalle opinioni personali, sacrificio, pazienza, costanza e talora anche fermezza nel dialogo verso tutti. D'altro canto, il servizio alla persona del Successore di Pietro, che Cristo ha costituito quale principio e fondamento perpetuo e visibile dell'unità della fede e della comunione (cfr. Conc. Vat. I, *Pastor Aeternus*, Denz. 1821 (3051); Conc. Vat. II, *Lumen Gentium*, 18), consente di vivere in costante e profondo riferimento alla cattolicità della Chiesa. E laddove c'è apertura all'oggettività della cattolicità, lì c'è anche il principio di autentica personalizzazione: la vita spesa al servizio del Papa e della comunione ecclesiale è, sotto questo profilo, estremamente arricchente".

Tuttavia, la persona coraggiosa, leale e consapevole della sua alta missione ha bisogno dell'istituzione giuridica affinché non vada perduto il suo operato, specialmente allorché si svolge un ministero pubblico. L'intreccio fra persona e istituzione, e nella fattispecie, fra il rappresentante pontificio e la rappresentanza, va integrato con una terza componente, che è la missione, la quale colloca l'attività diplomatica della Santa Sede all'interno del mandato affidato alla Chiesa. Questo legame fra persona, istituzione e missione, se è reso particolarmente chiaro sin dal principio, diviene indubbiamente un punto di forza per un servizio di qualità, che è normale aspettarsi da ogni rappresentanza pontificia. Penso che tale convincimento sia stato uno dei motivi che hanno spinto l'autore a scrivere questo libro e a pubblicarlo proprio agli inizi della sua esperienza come Nunzio, che, da queste pagine, auguriamo molto proficua.

JAVIER CANOSA

WOJCIECH GÓRALSKI, *L'errore circa una qualità della persona e la nullità del matrimonio canonico (can. 1097 § 2 CIC)*, Istituto Editoriale di Płock, Płock 2012, pp. 334.

IL nuovo libro pubblicato dal prof. W. Góralski – un eminente canonista polacco – riguardante il diritto matrimoniale, è un'eccellente monografia sul can. 1097 § 2, cioè sull'errore circa una qualità della persona che causa la nullità del matrimonio canonico. Il libro è stato pubblicato dall'Istituto Editoriale di Płock.

La monografia è stata divisa in due parti. La prima porta il seguente titolo „La formazione della dottrina, della giurisprudenza e della legislazione riguardante l'*error facti*” e comprende sei capitoli (pp. 17-180) dedicati ai singoli periodi di sviluppo della canonistica matrimoniale, in cui si formavano e si scontravano diverse tendenze interpretative; invece la parte seconda comprende soltanto tre capitoli ed è intitolata „Can. 1097 § 2 CIC – l'aspetto sostantivo e probatorio (pp. 181-302)”, include un'analisi giuridica della norma canonica esaminata, e tratta l'argomentazione riguardante l'*error qualitatis directe et principaliter intentae*. Ciascuno dei nove capitoli comprende un'introduzione e delle osservazioni finali; anche le due parti della monografia sopra citate iniziano con una breve introduzione. Inoltre la monografia è composta anche di: l'Indice (pp. 5-7), l'Elenco delle abbreviazioni (p. 8), l'Introduzione (pp. 9-14), la Conclusione (pp. 303-310) e un'ampia Bibliografia (pp. 311-330). Alla fine la pubblicazione vi è anche l'Indice in italiano (pp. 331-334).

Nell'Introduzione alla pubblicazione leggiamo, tra l'altro, che nell'ambito

del diritto canonico matrimoniale, l'argomento centrale rimane il consenso matrimoniale, che costituisce la causa efficiente dell'alleanza tra uomo e donna. „La mancanza oppure i difetti del consenso coniugale, tra l'altro costituiscono gli errori riguardanti il fatto o il diritto (*facti vel iuris*), precisati nei cann. 1097-1099 del vigente CIC. Agli errori riguardanti il fatto appartengono: l'errore circa la persona (can. 1097 § 1 CIC), l'errore circa una qualità della persona direttamente e principalmente intesa (can. 1097 § 2 CIC) ed anche l'errore circa una qualità della persona che può disturbare gravemente la comunità di vita coniugale, causato da dolo (can. 1098). D'altra parte il can. 1099 CIC è dedicato al così detto errore giuridico, il cui oggetto possono essere: l'unità, l'indissolubilità, oppure la dignità sacramentale del matrimonio” (p. 9).

Successivamente il prof. W. Góralski ha rilevato che la prima parte della sua monografia ha un carattere storico, comprendente alcune fasi, precisamente dal Decreto di Graziano al Codice del 1983, riguardanti il formarsi della dottrina, della giurisprudenza e della legislazione sull'influsso dell'errore circa una qualità della persona sulla validità del matrimonio canonico, e allo stesso tempo ha rivelato che i suoi studi si sono basati sulle precedenti ricerche di un altro autore (vedi S. Zvolenský, „*Error qualitatis dans causam*” e „*error qualitatis directe et principaliter intentae*”. Studio storico della distinzione, Roma 1998).

La seconda parte della pubblicazione invece è stata dedicata all'aspetto sostantivo e processuale del can. 1097 § 2 CIC. „Lo studio, dunque ha un carattere storico-dogmatico-giuridico, in cui ci si riferisce sia alla dottrina che alla giurisprudenza rotale” (p. 14).

Il Capitolo I, “Il Periodo classico (XII-XIII sec.)” presenta l'originario pensiero canonistico in oggetto dell'errore circa una qualità della persona in un determinato periodo di tempo (pp. 17-42). In seguito il prof. W. Góralski nel suo studio ha presentato le idee del maestro Graziano, di Pietro Lombardo, dei decretisti e dei decretalisti, di S. Tommaso d'Aquino, di S. Bonaventura, di Riccardo di Mediavilla, per poter concludere con il pensiero giuridico delle Decretali di Gregorio IX e della decretalistica classica.

Il Capitolo II, “Il Periodo post-classico (dalla metà del XIV sec. alla fine del XVI sec.)” continua a presentare il pensiero canonistico relativo all'oggetto della monografia (pp. 43-69). Ci sono state presentate le idee che sviluppano i successi riguardanti l'errore circa una qualità della persona, dei seguenti autori: Antonio di Asti, Raniero Giordani da Pisa, Alberico da Rosate, Sant'Antonino di Firenze, Angelo da Chivasso, Giovanni Battista Trovamala, Giovanni Cagnazzo, Silvestro Mazzolini, Domenico Soto, Giovanni Medina, e in generale dei canonisti della fine del XVI secolo.

Il Capitolo III (pp. 70-105) e il successivo Capitolo IV (pp. 106-125) presentano le idee canonistiche sull'errore circa una qualità della persona rispettivamente nel diciassettesimo e diciottesimo secolo. Tra gli autori del diciassettesimo secolo sono stati citati i pensieri di Tommaso Sánchez e di Basilio Ponce de León, invece se si tratta delle idee degli autori del secolo diciottesimo, il prof. W. Góralski ha individuato i seguenti tre argomenti: le opinioni sulla mancanza dell'efficacia invalidante dell'errore circa una qualità della persona, le opinioni sull'efficacia invalidante dell'errore circa una qualità della persona, ed infine la dottrina di Sant'Alfonso de Liguori.

Il Capitolo v porta il titolo „L'Evoluzione della dottrina e della giurisprudenza riguardo al valore giuridico dell'*error qualitatis* dalla metà del XIX secolo al CIC del 1917". Più precisamente, questo capitolo (pp. 126-152) analizza il periodo precedente alla codificazione del 1917, la legislazione del Codice di Diritto Canonico del 1917, e in particolare il can. 1083 § 2 nr. 1, e la sua ricezione nella dottrina e nella giurisprudenza rotale.

Il Capitolo vi, l'ultimo della prima parte della monografia (pp. 153-180), è intitolato „Dalla sentenza c. Canals (21.04.1970) al can. 1097 § 2 CIC del 1983" e commenta proprio la suddetta sentenza *coram Canals*, le sue ripercussioni sulla successiva giurisprudenza rotale e la formazione dell'attuale can. 1097 § 2 nei lavori della Pontificia Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico.

Il capitolo successivo della monografia, cioè il primo della seconda parte, comprende un'analisi dell'attuale can. 1097 § 2 (pp. 183-216). Essa è stata inclusa nei seguenti argomenti: l'errore, l'oggetto dell'errore, la mancanza dell'efficacia invalidante dell'*errore causam dans*, l'efficacia invalidante dell'errore circa una qualità intesa direttamente e principalmente.

Il capitolo successivo (pp. 217-261) porta il seguente titolo „La fonte dell'efficacia invalidante dell'errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa e il meccanismo invalidante" e in questo ambito presenta due argomenti. Il primo è l'esame della posizione della dottrina e il secondo – la presentazione della giurisprudenza rotale.

L'ultimo capitolo della monografia è stato dedicato alla prova dell'errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa (pp. 262-302). In questo

capitolo il prof. W. Góralski si è concentrato su due argomenti: il primo è l'oggetto e le modalità della prova, il secondo invece è l'indicazione dei problemi più importanti nel giudicare le cause *nullitatis matrimonii ex can. 1097 § 2* del CIC nella giurisprudenza rotale.

Nella conclusione della monografia, in riferimento al can. 1097 § 2 CIC, tra l'altro leggiamo che il legislatore post-conciliare universale „si è deciso all'annotazione, ai sensi della quale – in riferimento alla terza regola di Sant'Alfonso de Liguori – l'*error qualitatis*, anche se fosse la causa di contrarre matrimonio, non causa la nullità del matrimonio, a meno che la qualità sia stata intesa direttamente e principalmente" (p. 303).

Concludendo si deve constatare che abbiamo a che fare con uno studio del can. 1097 § 2 CIC di grande valore, basato sulle ricche fonti e sulla giurisprudenza della Rota Romana; bisogna anche sottolineare che è uno studio scientifico complessivo e chiaro metodologicamente di una specifica norma giuridica. Il tema scelto per la ricerca ha evidenziato chiaramente che solo la norma giuridica vigente dovrebbe essere riconosciuta come una giusta soluzione del problema presente da tempo nella dottrina e nella giurisdizione della Chiesa. La divisione della monografia in due parti: la parte di carattere storico-dottrinale e la parte di carattere giuridico-probatorio è indubbiamente ragionevole, perché come scrive lo stesso Autore, una ricca storia della formazione della dottrina in riferimento all'errore circa una qualità della persona mostra significativamente quanto importante fosse questo problema, che per secoli si è cercato di risolvere in modo giusto (p. 303). Senza dubbio la nuova monografia del prof. W. Góralski è un altro significativo contributo al-

lo sviluppo della canonistica polacca e nello stesso tempo costituisce un competente aiuto e un importante modello della ricerca scientifica per altri canonisti, e in particolare alla giurisdizione ecclesiastica per interpretare correttamente il can. 1097 § 2 del Codice di Giovanni Paolo II.

TOMASZ ROZKRUT

JORGE HORTA ESPINOZA, *Eccomi, manda me! Introduzione al libro III del Codice di Diritto Canonico. "La funzione d'insegnare della Chiesa"*, Antonianum, Roma 2011, pp. 176.

DOPO la promulgazione del Codice del 1983 non è stato facile trovare nella dottrina canonistica dei veri manuali di diritto del *munus docendi*. Difatti, come spiega il prof. Horta nella sua presentazione, quest'opera è frutto della preoccupazione per la trascuratezza con cui, fino ai tempi più recenti, i cultori del diritto canonico hanno trattato il Libro III del CIC.

Breve, ben curato e di scorrevole lettura, questo libro sarà sicuramente utile per gli studenti delle facoltà di diritto canonico. L'autore, docente della Pontificia Università Antonianum, aveva già pubblicato un'altro manuale nella stessa collezione, curata dall'ateneo romano (*Una legge fatta a misura dell'uomo. Introduzione ai Libri I e II del Codice di Diritto Canonico*, 2007). Dietro le pagine di questa nuova opera è facile scoprire un sincero e prolungato impegno docente, rivolto a trasmettere una visione giuridica e pastorale della funzione d'insegnare della Chiesa, così fondamentale per il suo carattere direttamente evangelizzatore.

La esperienza docente, e la conseguente riflessione personale dell'autore,

danno a questa opera anche una notevole unità interna. Al centro si trova la parola di Dio, la verità rivelata in Cristo Signore, quale dono che diventa compito per tutti i fedeli della Chiesa. L'insieme dei rapporti giuridici che esulano da questo approccio iniziale è ben inserito nella struttura dei titoli del Libro III, che vengono fedelmente seguiti nella esposizione.

Ancora dal punto di vista dell'esposizione, sorprende lo sforzo dell'autore per rispecchiare i profili giuridici di molti testi del Concilio Vaticano II, che si trovano alla base redazionale di non pochi canoni del libro sulla funzione d'insegnare della Chiesa. A nostro avviso, anche questo impegno, inserito nell'ambito docente, potrà essere molto utile nella formazione degli alunni, poiché li aiuterà a toccare con mano quell'obiettivo centrale dei lavori codiciali: accogliere nella normativa canonica la dimensione giuridica degli insegnamenti conciliari.

Il manuale è diviso in tre unità. La prima – Elementi generali – raccoglie i principali aspetti giuridici della funzione di insegnare e i punti fondamentali di intreccio tra la funzione d'insegnare e le funzioni di santificare e governare, così come una prima approssimazione del contenuto e delle fonti del Libro III. Qui incontriamo già la Chiesa, depositaria del dono della parola di Dio, come 'comunità inviata' e composta da una 'diversità di persone' chiamate a svolgere la comune missione evangelizzatrice, ognuna secondo la propria condizione (p. 17). In quest'analisi iniziale del contenuto dei canoni del Libro III troviamo un altro elemento che sarà presente in tutto il resto dell'opera, arricchendola considerevolmente: il riferimento ai canoni del CCEO relativi alle diverse materie

trattate, così come alla dottrina orientata prevalente su ogni argomento.

La seconda unità – Elementi teologici – si concentra sui canoni preliminari del Libro III (747-755). Sempre seguendo l'ordine codiciale, dopo l'analisi del diritto-dovere di annunciare il Vangelo, viene studiato il diritto di libertà religiosa. Nelle pagine di questa unità – e lungo tutta l'opera – si trovano diversi riferimenti al dialogo interreligioso e al dialogo ecumenico. In particolare, quest'ultimo argomento, così centrale per il *munus docendi Ecclesiae*, sarà oggetto di due appositi paragrafi: apertura all'ecumenismo (pp. 56-60) e dimensione ecumenica della catechesi (pp. 91-94).

All'interno di questa seconda unità, lo studio del Magistero si concentra sulla distinzione tra magistero infallibile e non infallibile, partendo da un quadro iniziale in cui vengono inseriti gli altri criteri di classificazione degli insegnamenti magisteriali (p. 37). Come è noto, è questo uno degli argomenti dove l'ordine dei canoni non è certamente didattico, il che richiede sempre un ulteriore sforzo chiarificatore nella esposizione orale e scritta. Rispettando pienamente la scelta dell'autore, a nostro avviso questo è uno dei pochi punti dell'opera in cui la intenzione docente avrebbe potuto consigliare un approccio diverso, soprattutto per facilitare la comprensione delle conseguenze giuridiche relative all'assenso richiesto da ogni modalità d'insegnamento.

Anche i punti principali della terza unità, intitolata 'La funzione d'insegnare nella Chiesa', seguono ordinatamente i corrispondenti titoli e capitoli del Libro III: predicazione, catechesi, azione missionaria, scuole e università cattoliche ed ecclesiastiche, mezzi di comuni-

cazione e libri e, in fine, professione di fede. Questa impostazione in relazione alla normativa codiciale non significa che il testo sia privo di realismo o di senso pastorale nel trattamento delle questioni. Anzi, quando è necessario – ad esempio nello studio dei diritti e doveri fondamentali nell'ambito scolastico –, l'autore si sofferma anche sul contesto giuridico civile nel quale si svolgono le diverse modalità di esercizio del *munus docendi* ecclesiale. In particolare, per quanto riguarda il rapporto tra Chiesa e mezzi di comunicazione sociale, vengono analizzati alcuni dei contenuti fondamentali del documento *Chiesa e Internet*, pubblicato nel 2002 dal Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali, facendo cenno ai possibili sviluppi futuri delle questioni giuridiche che tale rapporto presenta. D'altra parte, nel trattamento della regolazione delle università cattoliche è particolarmente ben riuscita la doppia prospettiva, latina e orientale, soprattutto per quanto riguarda l'intervento giuridico delle competenti autorità ecclesiastiche nei primi passi di queste istituzioni.

Lungo tutta l'opera il lettore potrà trovare alcune tavole e schemi che aiutano a fissare concettualmente i principali contenuti trattati nel testo scritto. Anche questo mezzo didattico si vede è frutto dell'attività docente dell'autore. Vorremmo infine ribadire che questo breve manuale sarà apprezzato da chi voglia avere una prima conoscenza dei principali aspetti giuridici della funzione di insegnare della Chiesa.

IÑIGO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire 1801-2010*, Cerf, Paris 2012, pp. 650.

L'ARCIVESCOVO di Digione, che aveva già dedicato al tema uno studio pubblicato nel 1983, offre una ricognizione completa e puntuale degli accordi stipulati negli ultimi due secoli tra la Santa Sede, gli Stati, i *Länder* e cantoni dei Paesi federali (Germania e Svizzera) e le organizzazioni internazionali. Vengono prese in considerazione tutte le intese di rango internazionale sottoscritte dalla Santa Sede, prescindendo dalla loro qualificazione formale, se cioè si tratti di veri e propri concordati, di accordi generali, di intese su questioni specifiche o di *modus vivendi*. Scopo dell'opera è misurare l'impatto sugli accordi concordatari delle dottrine professate ufficialmente dalla Chiesa cattolica circa la propria natura e il suo diritto all'indipendenza in rapporto agli Stati.

La prima parte del volume passa in rassegna in ordine cronologico i singoli patti, a partire dal concordato napoleonico del 1801 sino all'accordo di cooperazione sottoscritto nell'ottobre 2010 con l'Organizzazione per l'unità africana. Ciascuno di essi viene inquadrato storicamente e contestualizzato politicamente, indicandone i contenuti essenziali.

La seconda parte – centrale nell'economia del lavoro – analizza i riflessi dell'autocoscienza giuridica della Chiesa sugli accordi concordatari: nel sec. XIX e fino al Concilio Vaticano II, essa intende se stessa come una società sovrana, che esercita a pieno titolo un "potere spirituale". Secondo i presupposti del *ius publicum ecclesiasticum*, la Chiesa costituisce una società perfetta, dotata di

fini propri, di indole soprannaturale, e di mezzi autonomi per conseguirli. Per questa ragione, può porsi da pari a pari di fronte agli Stati, stipulando con essi accordi di diritto internazionale. Il suo potere spirituale giustifica e delimita l'ambito di giurisdizione di cui può rivendicare l'esercizio esclusivo, senza ingerenze da parte del potere politico. Pertanto, può elaborare un *corpus* legislativo indipendente dalle leggi degli Stati, al quale i fedeli sono obbligati. Tocca allo Stato cattolico – cioè quello in cui la maggioranza dei cittadini aderisce alla vera Chiesa – favorire l'applicazione e il rispetto della legislazione ecclesiastica. Merita, peraltro, di essere rilevata la *Realpolitik* costantemente praticata dalla Santa Sede: da un lato, essa è rigorosa nel rivendicare in linea di principio i propri diritti; di fatto, tollera e accetta anche patti di compromesso, quando il contesto storico e politico non consentono di ottenere di meglio, guidata dalla preoccupazione di tutelare il più possibile i fedeli e di permettere loro l'esercizio della vita cristiana e il conseguimento dei mezzi di salvezza.

Il Concilio Vaticano II rappresenta il momento di svolta nella dottrina e, conseguentemente, nella prassi pattizia: con i principi enunciati nella costituzione *Gaudium et spes* e nella dichiarazione *Dignitatis humanae* il presupposto delle relazioni con gli Stati diventa il diritto alla libertà religiosa, prerogativa della persona umana, rivendicato non solo per la Chiesa cattolica, ma per tutti gli uomini e per ogni confessione religiosa. Laddove tale diritto fondamentale e inalienabile della persona è assicurato a tutti, come singoli e in forma associata, esistono le condizioni perché la Chiesa possa organizzarsi correttamente e operare efficacemente. È compito degli Sta-

ti fare sì che ciò si realizzi. Il passaggio dal paradigma della sovranità spirituale a quello della libertà religiosa ha effetti notevoli e, in certo modo, paradossali: vengono progressivamente meno i privilegi di cui la Chiesa godeva in quei Paesi dove il cattolicesimo era considerato religione dello Stato; ciò, tuttavia, anziché comportare un danno all'azione ecclesiale, la rende più libera, perché taglia in radice la giustificazione della pretesa degli Stati di ingerirsi negli affari interni della Chiesa, anzitutto scegliendo, presentando o approvando i titolari degli uffici ecclesiastici più rilevanti e, in particolare, i vescovi, la cui elezione e nomina è ora rimessa alla piena autonomia della Chiesa. Crescono, inoltre, gli accordi fra la Santa Sede e Stati in cui i cattolici sono la minoranza e compaiono addirittura intese con nazioni islamiche. Il testo verifica puntualmente gli esiti dei due paradigmi, analizzando come i diversi accordi trattino alcuni nodi classici dei rapporti fra Chiesa e Stato: il riconoscimento di immunità reali e personali, l'esenzione dei chierici dal servizio militare e il privilegio del foro, la facoltà per la Chiesa di possedere beni temporali, la remunerazione del clero da parte dello Stato, la libertà di riunione e associazione, la libertà nella formazione del clero.

La terza parte prende in considerazione il modo in cui gli accordi affrontano le tematiche relative all'esercizio dei diritti di libertà della Chiesa, intesa come soggetto sociale: l'autonomia interna, la libertà di comunicazione, quella di organizzazione territoriale, l'assistenza religiosa alle forze armate, l'esercizio della carità, la nomina dei vescovi. Particolare attenzione viene riservata a due materie cosiddette "miste", cioè di comune interesse dello Stato e della Chiesa:

matrimonio ed educazione e scuola. In maniera sintetica, si può affermare che la progressiva distinzione fra le competenze dello Stato e della Chiesa, con l'abbandono del confessionalismo, se accompagnato da una giusta considerazione delle esigenze connesse all'esercizio del diritto di libertà religiosa, ha favorito il corretto dispiegarsi dell'azione ecclesiale, senza indebite ingerenze da parte degli Stati.

L'opera è assai meticolosa e di indubbio interesse per i cultori della materia, soprattutto perché permette di verificare puntualmente come siano stati affrontati e risolti nella prassi concordataria i temi nodali delle relazioni fra Chiesa e Stato. Colpisce il fatto che l'autore provenga dalla Francia, nazione separatista per eccellenza. Ciò spiega, forse, l'attenzione a cogliere e analizzare soprattutto la sostanza degli accordi, senza sopravvalutarne la qualificazione formale. Probabilmente un italiano o uno spagnolo, nel ripercorrere due secoli di storia concordataria, sarebbe stato più condizionato dalle soluzioni adottate in casa propria. La lettura del tomo ponderoso non solo ci conferma nella convinzione che la vicenda concordataria non appartenga al passato (basti pensare all'alto numero di accordi stipulati nell'ultimo ventennio: Minnerath parla in proposito di "esplosione concordataria"), ma anche che lo strumento pattizio, se utilizzato in maniera rispondente a corretti presupposti ecclesiologici e giuridici e accompagnato da una legislazione statale che riconosca a tutte le confessioni l'esercizio della libertà religiosa, è a tutt'oggi efficace per tutelare i diritti della Chiesa e consentirle di realizzare la sua missione in mezzo alle genti.

MAURO RIVELLA

CLAUDIO PAPALE, *Il Processo penale canonico*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 288.

LA materia del diritto penale della Chiesa è stata negli ultimi anni guardata con una certa diffidenza, così che è spesso poco conosciuta anche da chi sarebbe chiamato ad utilizzarla per il bene della comunità. Questa situazione fa sì che purtroppo possa aversi nella pratica un'errata applicazione del diritto penale quando se ne presenti una necessità non rinviabile. Necessità che si è presentata sempre più frequentemente negli ultimi anni per il moltiplicarsi dei delitti commessi da chierici nei confronti di minori.

Il volume di Claudio Papale risponde, dunque, a nuove esigenze di conoscenza e di approfondimento indubbiamente oggi necessarie per il buon governo della Chiesa.

Il libro, pubblicato lo scorso gennaio, è la seconda edizione, rivisitata, del Manuale edito nel 2007 e così aggiornato con la nuova normativa sui delitti riservati, introdotta dalla Congregazione della Dottrina della Fede, il 21 maggio 2010. La normativa ha rinnovato la parte sostanziale e procedurale di questa delicata materia precedentemente stabilita dal *motu proprio* "Sacramentorum sanctitatis tutela" del 2001.

Della prima edizione rimane l'impianto originario, con la divisione in sei Capitoli: il Primo è dedicato alle caratteristiche del diritto penale canonico, quelli seguenti ricalcano la divisione del codice, mentre l'ultimo Capitolo tratta dei diritti riservati. Interessanti, oltre che molto utili, anche le due Appendici che riportano la normativa sui delitti ri-

servati alla Congregazione della Dottrina della Fede.

Il Primo Capitolo tratta, in apertura, l'inquadramento del concetto canonico di fatto delittuoso, presupposto imprescindibile del processo, la cui descrizione è completata da un interessante excursus storico. Fanno poi seguito altri paragrafi ai fini di una corretta comprensione della materia. Sono soprattutto utili i paragrafi dedicati all'imputabilità e alle caratteristiche del processo penale canonico quale "strumento di ricerca del vero".

Aspetto, quest'ultimo, che si collega all'approfondimento che l'autore dedica alla via amministrativa attraverso cui possono essere irrogate le pene, cui sono dedicati i successivi Capitoli Secondo e Terzo. Si affronta così uno degli aspetti più attuali e bisognosi di maggiore conoscenza in campo penale canonico, reso ancor più contingente dalle nuove norme introdotte dalla Congregazione della Dottrina della Fede nel 2010, proprio per la rilevanza che in queste è stata data alla via amministrativa.

Tornando al Secondo Capitolo del libro di Papale, qui si analizza l'aspetto forse più delicato dell'irrogazione della pena attraverso la via amministrativa: l'"*investigatio praevia*". Che questa fase sia fondamentale è provato anche dal fatto che l'autore vi dedica il doppio delle pagine rispetto a quanto trattato nel Terzo Capitolo, quando descrive il processo amministrativo.

Il codice di diritto canonico non dedica all'indagine previa che pochi canoni, rivolti soprattutto alla tutela della buona fama dell'accusato (cann. 1717 § 2, 1455 e 1719 CIC); ma per l'indagato questa prima fase d'investigazione amministrativa – sottolinea l'autore – acquista un peso sempre più rilevante, soprattutto in con-

siderazione della preferenza che di fatto viene riconosciuta alla prosecuzione del procedimento in via extragiudiziale, dall'art. 21 delle norme della Congregazione della Dottrina della Fede del 2010.

L'approfondimento dell' *investigatio praevia*" si conclude con la lunga analisi del canone 1342 CIC. La scelta dell'Ordinario di seguire la via giudiziaria o quella amministrativa per irrogare la pena è – come la definisce Papale – il *punctum pruriens* per la complessità nel definire i termini di *iustae causae*. Di questa prima fase, l'autore individua anche altri aspetti delicati, come ad esempio il significato del valore probatorio da attribuire agli elementi raccolti nell'indagine, primo tra tutti quello relativo alla provenienza della denuncia di delitto. Si tratta di aspetti che, in particolare per la commissione dei *delicta graviora* legati alla pedofilia, devono essere attentamente valutati e approfonditi. Non poche, infatti, le note implicazioni di carattere economico in alcuni Paesi.

Nel Terzo Capitolo sul processo amministrativo penale vengono rilevate due problematiche centrali: la necessità di garantire il diritto di difesa per l'indagato e la questione dell'imparzialità dell'autorità chiamata ad emettere il giudizio.

È opportuno sottolineare come la parte storica, con il riferimento alla *denuntiatio* e *inquisitio* del CIC del 1917, fornisce anche qui un valido aiuto al corretto inquadramento delle problematiche connesse, dando al lettore, soprattutto se è un operatore di Curia, più di uno spunto di riflessione.

La parte centrale del volume è dedicata al processo penale giudiziale: se ne tratta nel Quarto Capitolo nel quale la divisione sistematica dei paragrafi e la parte dell'evoluzione storica costitui-

scono un indubbio sostegno per inquadrarne la *ratio*, e quindi per la corretta interpretazione delle norme attuali. Si pensi al mutamento del concetto della *correptio delinquentis* tra i due codici, o alla tutela della comunità dagli scandali che pone in essere l'Ordinario attraverso i provvedimenti cautelari e urgenti adottati ex canone 1722 CIC. Ancora una volta l'accento viene posto sull'effettiva realizzazione pratica, nel processo, del fondamentale diritto di difesa che l'accusato deve avere sempre garantito. Le varie fasi del processo – l'appello, il giudicato e la possibilità di *nova causae propositio* – sono descritte con chiarezza e approfondite in maniera esaustiva.

Fa seguito il Capitolo dedicato all'azione del risarcimento danni (cann. 128 e 1729 CIC). Il concetto di parte lesa e il rapporto tra l'azione penale principale e l'azione per danni trova qui un approfondito esame, con la puntualizzazione – non da poco conto – che il venir meno della responsabilità penale non esclude che il giudice possa comunque agire per danni (*ex can. 1730 § 2 CIC*). L'autore lascia intuire che un adeguamento della normativa attuale si rende necessario quando, come sottolineato nell'ultimo paragrafo di questo Capitolo, viene introdotto il concetto di risarcimento dei danni nei casi di compimento di delitti riservati alla competenza della Congregazione della Dottrina della Fede. Siamo in un campo molto delicato, complesso e in continua evoluzione, soprattutto quando si tratta di situazioni che hanno come oggetto casi di pedofilia. Opportuno risulta quindi il breve cenno che viene fatto alla distinzione tra danno patrimoniale e danno morale, in cui rilevano i rapporti con la dottrina civilistica, molto più sviluppata sotto questo aspetto di quella canonica.

L'ultimo Capitolo, come detto sopra, è dedicato ai *delicta reservata*. Qui l'autore ne mette in evidenza sia l'evoluzione storica sia i cambiamenti intercorsi tra le norme del m.p. *Sacramentorum Sanctitatis tutela* e la Lettera della Congregazione della Dottrina della Fede del 2010. Dopo aver descritto con precisione la configurazione delle diverse fattispecie di questi gravi delitti, nell'ultimo paragrafo vengono ripresi gli aspetti procedurali. Per orientarsi meglio e bene con le norme da poco introdotte questo paragrafo risulta essere di indubbia utilità. Completano questa parte dedicata ai *delicta reservata* due Appendici che riportano le norme del 2010, con numerose e preziose note al testo: un vero aiuto per la loro stessa comprensione.

Degna di nota è anche l'ampia bibliografia che accompagna il libro, che consente al lettore un successivo approfondimento della materia.

In conclusione, questo Manuale si può considerare un valido strumento non solo a livello di studio ma soprattutto per gli operatori di diritto che cercano una base valida per una conoscenza approfondita, sistematica e aggiornata del procedimento penale canonico. Manuale il cui pregio, inoltre, è quello di evidenziarne chiaramente gli aspetti più problematici, e quindi bisognosi di un adeguamento ulteriore della normativa.

Vogliamo anche ricordare che questo Volume è completato da un altro utile e interessante libro dello stesso autore, *Formulario commentato del processo penale canonico*, pubblicato sempre nel 2012, ad aprile: per gli operatori del diritto questo traduce in atti pratici la normativa del Manuale che abbiamo appena trattato.

I due Volumi, quindi, si completano e si integrano fino a fondersi per dar vita a un valido strumento che consente di

rispondere alla necessità di una corretta e completa informazione in questa materia, sia da parte degli studiosi del diritto canonico sia per gli operatori dello stesso.

ANTONIO INTERGUGLIELMI

CARMELA VENTRELLA MANCINI,
Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo, Giappichelli, Torino 2012, p. 230.

IL volume delinea attraverso lo studio delle fonti e dei testi patristici ed ecclesiastici di maggior rilievo il "percorso identitario" che ha portato la fede della Chiesa a configurare il tempo e gli stili di vita dai primordi fino all'avvento della *res publica christiana*. L'idea madre della profonda incidenza della scansione liturgica del tempo nella conformazione e nel riconoscimento della comunità credente conferisce particolare attualità allo scritto. In un'epoca in cui l'offuscamento dell'identità spirituale e della pratica religiosa ha portato a banalizzare e impoverire il tempo festivo il richiamo serio e documentato alle radici storiche appare molto stimolante e quasi provocatorio. La conquista civile oltre che religiosa della domenica ha suggellato la crescita e la maturazione del popolo di Dio, la rinuncia alla sacralità del *dies Domini*, cui purtroppo si assiste in maniera disarmante oggi, significa allora "svendere" indebitamente il patrimonio soprannaturale e umano ereditato dalle prime generazioni di cristiani. La fedele riproposizione del passato, oltre ad un indubbio merito scientifico e culturale, avvalorato dall'enorme peso della tradizione nell'elaborazione canonistica, invita dunque a riscoprire l'autenticità e coerenza della fede.

L'opera rappresenta l'ultima acquisizione della sezione canonica (n. 43) della collana di studi canonistico-ecclesiasticistica curata dal prof. Bertolino che, in poco più di un ventennio, ha già sfornato più di settanta titoli, segnalandosi come uno dei maggiori apporti alla ricerca giuridico-ecclesiale contemporanea. L'inserimento nella prestigiosa collezione è già di per sé garanzia di serietà e rigore scientifico per l'indubbia esperienza e competenza dell'emerito Direttore. La monografia tra l'altro è parte di un più esteso progetto di ricerca che mira a sviscerare l'essenza del dover essere e del simbolismo cristiano attraverso l'evoluzione dei costumi e della normativa. Carmela Ventrella Mancini, docente presso l'Università di Bari, si è già segnalata, oltre che per apprezzati contributi di carattere amministrativistico e penalistico, per parecchi lavori sul fattore simbolico e identitario relativo alle festività. L'Autrice unisce alla formazione civilistica e canonistica una buona competenza ecclesiasticistica e dimostra una notevole familiarità e dimestichezza con le fonti romanistiche, con i Padri della Chiesa e gli scrittori ecclesiastici, soprattutto latini (cfr. ad es. il suo contributo *Identità religiosa e popolo cristiano in Tertulliano, Ambrogio e Agostino*). Lo studio è insomma un lavoro complesso e integrato che compendia una profonda e sedimentata conoscenza del tema e una qualificazione ricca e articolata.

Tempo divino e identità religiosa si articola in quattro Capitoli (ciascuno suddiviso in tre ampi paragrafi) ed è corredato da un ricco apparato di note e citazioni (com'è abbastanza scontato in questo genere di opere, le 630 note, in molti casi piuttosto estese, superano ampiamente il corpo dell'esposizione).

Il *Capitolo Primo* è dedicato alla "co-

struzione del tempo cristiano" e alla percezione del linguaggio simbolico. Ventrella Mancini delinea la reinterpretazione cristiana delle festività giudaiche e la prepotente emersione della domenica, della Pasqua e della Pentecoste come fattore di unità e nucleo essenziale di riconoscimento della santa assemblea. L'aspetto religioso e spirituale, almeno nei primordi, è sicuramente prevalente su quello sociale. L'attenzione poi si amplia alla sacralità della rappresentazione numerica. L'aritmologia in Filone, Origene, Clemente, ma soprattutto in Agostino, ha un notevole valore simbolico. L'ultimo paragrafo illustra la funzione pedagogica e commemorativa dell'introduzione della memoria dei martiri e dell'elaborazione dei primi calendari (es. cronografo filocaliano). La memoria *martyrum* richiama la centralità del sacrificio di Cristo ed ha un valore di edificazione e incoraggiamento per la comunità credente.

Il *Capitolo secondo* (*Otium religioso e dimensione pubblica del rito*) traccia la progressiva emersione, anche civile, delle feste cristiane e la congruità del comportamento richiesto. Il riconoscimento della domenica giungerà dopo Costantino alla statuizione di un tempo religioso ufficiale con sanzioni in caso di inottemperanza. La ricercatrice pugliese dedica una certa attenzione all'interpretazione del significato dei *votiva* della costituzione del 321. Molto interessante è l'atteggiamento assunto nei confronti di conviti, spettacoli e giochi che porterà ad un progressivo distacco e distanziamento. All'originaria concentrazione domenicale seguirà l'ampliamento del calendario festivo e la distribuzione degli eventi con l'introduzione di nuove feste (es. Natale) e la diffusione di pratiche penitenziali (es. quattro tempora e gior-

ni di digiuno e astinenza). La rilevanza civile del riposo cristiano ha una matrice culturale ma, differenziandosi dal costume giudaico, si delinea pure come impegno fattivo e operativo.

Ricorrenze sacre e riconoscimento civile (Cap. III) si sofferma prevalentemente sui *provvedimenti di grazia ricollegabili alle festività religiose*. L'antico *privilegium paschale* del popolo ebraico (emblematica è la proposta di Pilato nel processo di Gesù) si cristianizzò nell'*abolitio paschalis* per una parte degli inquisiti e dei condannati in concomitanza della Pasqua (l'atto arrivò a trasformarsi in una sorta di amnistia). Il gesto di clemenza escludeva comunque i reati più gravi (omicidio, adulterio, idolatria, ecc.). L'indulgenza dell'autorità si coniugava con il ravvedimento e la non recidività del colpevole (conservò sempre un fondamento morale e religioso). L'analisi si sofferma sulla natura e sui presupposti (non sempre troppo chiari) dei provvedimenti adottati, sottolineando anche il concorso comunitario nella penitenza pubblica e nella *manumissio in Ecclesia*.

L'ultimo Capitolo (*Ruolo rappresentativo dei Concili*) esamina in maniera abbastanza rapida il contenuto dei *Concili del IV secolo*, dei *Sinodi dei sec. V-VI* e della *legislazione concordata dei sec. VII-VIII*. In corrispondenza di ciascuno di questi periodi si sottolinea abbastanza acutamente l'istanza prevalente: l'appartenenza religiosa e l'organizzazione culturale, la dimensione sociale delle festività e, infine, l'edificazione universalistica del tempo. I diversi documenti esaminati affrontano problematiche piuttosto ampie ed eterogenee (il precetto domenicale e pasquale e il contegno festivo, le pratiche quaresimali e penitenziali, la condotta da tenere nelle assemblee liturgiche, il comportamento delle donne, la

differenziazione rispetto alle tradizioni ebraiche, la riforma del clero, la lotta contro i residui di paganesimo, ecc.) accomunate dal riferimento al fattore temporale. Il susseguirsi delle disposizioni ecclesiastiche e imperiali aiuta a comprendere l'attenzione e la preoccupazione prestata dall'autorità per la radicazione del messaggio evangelico e la pregnanza dei precetti ecclesiastici.

L'*indice delle fonti* evidenzia *ictu oculi* la preponderanza dei testi patristici o di autori ecclesiastici (*in primis* S. Agostino, poi Tertulliano, S. Leone Magno, S. Ambrogio e parecchi altri), l'abbondanza dei riferimenti conciliari e sinodali (vd. *Concilia* e *Synodi*) e infine l'attento riscontro delle fonti romanistiche (soprattutto il *Codex theodosianus* ma anche il *Corpus iuris civilis*) e altri documenti. L'analisi è insomma ampia e piuttosto estesa, ma puntuale e ben circostanziata.

Il volume è sicuramente apprezzabile per la *serietà e documentazione dei dati*, la trattazione è anche più copiosa di quanto il numero di pagine possa indicare. Lo studio chiaramente costituisce un esame della concezione ed evoluzione del tempo sacro cristiano attraverso documenti pubblicati e non un'edizione critica dei numerosissimi testi citati. In alcuni casi comunque si propongono interpretazioni o chiavi di lettura abbastanza perspicaci e convincenti (ad es. a proposito dei *votiva*). La specificità e univocità dell'oggetto e del taglio conferiscono organicità e completezza all'impianto dell'opera. Il pregio principale resta la presentazione complessiva e composita dell'incidenza del fattore cronologico nella costruzione dell'identità religiosa della Chiesa, armonizzando le norme e prescrizioni canoniche con la dottrina e il magistero dell'epoca. Il taglio espositivo della trattazione tra l'al-

tro rende accessibile il libro anche agli storici della Chiesa e ai liturgisti.

Illuminante è la *tesi di fondo* della *valenza essenzialmente culturale* e della *specificità del costume cristiano*: «Le pratiche culturali quali strutture visibili del credo manifestano in tutti gli aspetti, l'originale concezione del 'tempo'. Le festività esprimono, infatti, lo sviluppo coerente della dottrina cristiana in quanto evocative della concretezza storica dell'incarnazione del Figlio di Dio» (*Premessa*, p. vii). La celebrazione del mistero pasquale è il nucleo dell'ordine della nuova legge. L'*otium religioso* assume poi un peculiare contenuto spirituale e uno spiccato carattere personalistico: all'astensione ebraica e ai ludi pagani si contrappone il riposo fattivo e l'edificazione individuale e sociale.

La secolarizzazione delle festività cui assistiamo attualmente indotto, come rileva altrove Carmela Ventrella Mancini, dal passaggio dall'*otium religioso* al *negozio civile* induce ad auspicare il completamento della linea di ricerca tracciata ed esplorare le conseguenze della profonda frattura segnata dalla Rivoluzione francese. La cultura odierna del tempo libero è un misero surrogato dell'emancipazione umana e cristiana della festa. Nella storia c'è spesso la spiegazione del presente o una preziosa indicazione per la soluzione dei problemi attuali. Il riferimento alle origini, ben descritto in questo libro, resta ad ogni modo il caposaldo di ogni avveduta indagine scientifica e dell'impegno di rievangelizzazione del nostro tempo.

MASSIMO DEL POZZO

DOCUMENTI

ATTI DI BENEDETTO XVI

*Discorso alla Rota Romana, 21 gennaio 2012, «AAS» 104 (2012) 103-107.**

Cari Componenti del Tribunale della Rota Romana!

È PER me motivo di gioia ricevervi oggi nell'annuale incontro, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario. Rivolgo il mio saluto al Collegio dei Prelati Uditori, ad iniziare dal Decano, Mons. Antoni Stankiewicz, che ringrazio per le sue parole. Un cordiale saluto anche agli Officiali, agli Avvocati, agli altri collaboratori, e a tutti i presenti. In questa circostanza rinnovo la mia stima per il delicato e prezioso ministero che svolgete nella Chiesa e che richiede un sempre rinnovato impegno per l'incidenza che esso ha per la *salus animarum* del Popolo di Dio.

Nell'appuntamento di quest'anno, vorrei partire da uno degli importanti eventi ecclesiali, che vivremo tra qualche mese; mi riferisco all'*Anno della fede*, che, sulle orme del mio venerato Predecessore, il Servo di Dio Paolo VI, ho voluto indire nel cinquantesimo anniversario dell'apertura del Concilio Ecumenico Vaticano II. Quel grande Pontefice – come ho scritto nella Lettera apostolica di indizione – stabilì per la prima volta un tale periodo di riflessione «ben cosciente delle gravi difficoltà del tempo, soprattutto riguardo alla professione della vera fede e alla sua retta interpretazione». ¹

Riacciandomi a una simile esigenza, passando all'ambito che più direttamente interessa il vostro servizio alla Chiesa, oggi vorrei soffermarmi su di un aspetto primario del ministero giudiziale, ovvero l'interpretazione della legge canonica in ordine alla sua applicazione. ² Il nesso con il tema appena accennato – la retta interpretazione della fede – non si riduce certo a una mera assonanza semantica, considerato che il diritto canonico trova nelle verità di fede il suo fondamento e il suo stesso senso, e che la *lex agendi* non può che rispecchiare la *lex credendi*. La questione dell'interpretazione della legge canonica, peraltro, costituisce un argomento assai vasto e complesso, dinanzi al quale mi limiterò ad alcune osservazioni.

Anzitutto l'ermeneutica del diritto canonico è strettamente legata alla concezione stessa della legge della Chiesa.

* Vedi alla fine del discorso la nota di E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*.

¹ Motu pr. *Porta fidei*, 11 ottobre 2011, 5; *L'Osservatore Romano*, 17-18 ottobre 2011, p. 4.

² Cfr can. 16, § 3 CIC; can. 1498, § 3 CCEO.

Qualora si tendesse a identificare il diritto canonico con il sistema delle leggi canoniche, la conoscenza di ciò che è giuridico nella Chiesa consisterebbe essenzialmente nel comprendere ciò che stabiliscono i testi legali. A prima vista questo approccio sembrerebbe valorizzare pienamente la legge umana. Ma risulta evidente l'impoverimento che questa concezione comporterebbe: con l'oblio pratico del diritto naturale e del diritto divino positivo, come pure del rapporto vitale di ogni diritto con la comunione e la missione della Chiesa, il lavoro dell'interprete viene privato del contatto vitale con la realtà ecclesiale.

Negli ultimi tempi alcune correnti di pensiero hanno messo in guardia contro l'eccessivo attaccamento alle leggi della Chiesa, a cominciare dai Codici, giudicandolo, per l'appunto, una manifestazione di legalismo. Di conseguenza, sono state proposte delle vie ermeneutiche che consentono un approccio più consono con le basi teologiche e gli intenti anche pastorali della norma canonica, portando ad una creatività giuridica in cui la singola situazione diventerebbe fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale nel caso concreto. La misericordia, l'equità, l'*oikonomia* così cara alla tradizione orientale, sono alcuni dei concetti a cui si ricorre in tale operazione interpretativa. Conviene notare subito che questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assurge a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico. Manca il senso di un diritto oggettivo da cercare, poiché esso resta in balia di considerazioni che pretendono di essere teologiche o pastorali, ma alla fine sono esposte al rischio dell'arbitrarietà. In tal modo l'ermeneutica legale viene svuotata: in fondo non interessa comprendere la disposizione della legge, dal momento che essa può essere dinamicamente adattata a qualunque soluzione, anche opposta alla sua lettera. Certamente vi è in questo caso un riferimento ai fenomeni vitali, di cui però non si coglie l'intrinseca dimensione giuridica.

Esiste un'altra via, in cui la comprensione adeguata della legge canonica apre la strada a un lavoro interpretativo che s'inserisce nella ricerca della verità sul diritto e sulla giustizia nella Chiesa. Come ho voluto far presente al Parlamento Federale del mio Paese, nel *Reichstag* di Berlino,³ il vero diritto è inseparabile dalla giustizia. Il principio vale ovviamente anche per la legge canonica, nel senso che essa non può essere rinchiusa in un sistema normativo meramente umano, ma deve essere collegata a un ordine giusto della Chiesa, in cui vige una legge superiore. In quest'ottica la legge positiva umana perde il primato che le si vorrebbe attribuire, giacché il diritto non si identifica più semplicemente con essa; in ciò, tuttavia, la legge umana viene valorizzata in quanto espressione di giustizia, anzitutto per quanto essa

³ Cfr *Discorso al Parlamento Federale della Repubblica Federale di Germania*, 22 settembre 2011: *L'Osservatore Romano*, 24 settembre 2011, pp. 6-7.

dichiara come diritto divino, ma anche per quello che essa introduce come legittima determinazione di diritto umano.

In tal modo, si rende possibile un'ermeneutica legale che sia autenticamente giuridica, nel senso che, mettendosi in sintonia con il significato proprio della legge, si può porre la domanda cruciale su quel che è giusto in ciascun caso. Conviene osservare, a questo proposito, che per cogliere il significato proprio della legge occorre sempre guardare alla realtà che viene disciplinata, e ciò non solo quando la legge sia prevalentemente dichiarativa del diritto divino, ma anche quando introduca costitutivamente delle regole umane. Queste vanno infatti interpretate anche alla luce della realtà regolata, la quale contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica.

In tale prospettiva realistica, lo sforzo interpretativo, talvolta arduo, acquista un senso e un obiettivo. L'uso dei mezzi interpretativi previsti dal Codice di Diritto Canonico nel canone 17, a cominciare dal «significato proprio delle parole considerato nel testo e nel contesto», non è più un mero esercizio logico. Si tratta di un compito che è vivificato da un autentico contatto con la realtà complessiva della Chiesa, che consente di penetrare nel vero senso della lettera della legge. Accade allora qualcosa di simile a quanto ho detto a proposito del processo interiore di Sant'Agostino nell'ermeneutica biblica: «il trascendimento della lettera ha reso credibile la lettera stessa». ⁴ Si conferma così che anche nell'ermeneutica della legge l'autentico orizzonte è quello della verità giuridica da amare, da cercare e da servire.

Ne segue che l'interpretazione della legge canonica deve avvenire nella Chiesa. Non si tratta di una mera circostanza esterna, ambientale: è un richiamo allo stesso *humus* della legge canonica e delle realtà da essa regolate. Il *sentire cum Ecclesia* ha senso anche nella disciplina, a motivo dei fondamenti dottrinali che sono sempre presenti e operanti nelle norme legali della Chiesa. In questo modo, va applicata anche alla legge canonica quell'ermeneutica del rinnovamento nella continuità di cui ho parlato in riferimento al Concilio Vaticano II, ⁵ così strettamente legato all'attuale legislazione canonica. La maturità cristiana conduce ad amare sempre più la legge e a volerla comprendere ed applicare con fedeltà.

Questi atteggiamenti di fondo si applicano a tutte le categorie di interpretazione: dalla ricerca scientifica sul diritto canonico, al lavoro degli operatori giuridici in sede giudiziaria o amministrativa, fino alla ricerca quotidiana delle soluzioni giuste nella vita dei fedeli e delle comunità. Occorre spirito di docilità per accogliere le leggi, cercando di studiare con onestà e dedizione la

⁴ Cfr Esort. ap. postsinodale *Verbum Domini*, 30 settembre 2010, 38: AAS 102 (2010), p. 718, n. 38.

⁵ Cfr *Discorso alla Curia Romana*, 22 dicembre 2005: AAS 98 (2006), pp. 40-53.

tradizione giuridica della Chiesa per potersi identificare con essa e anche con le disposizioni legali emanate dai Pastori, specialmente le leggi pontificie nonché il magistero su questioni canoniche, il quale è di per sé vincolante in ciò che insegna sul diritto.⁶ Solo in questo modo si potranno discernere i casi in cui le circostanze concrete esigono una soluzione equitativa per raggiungere la giustizia che la norma generale umana non ha potuto prevedere, e si sarà in grado di manifestare in spirito di comunione ciò che può servire a migliorare l'assetto legislativo.

Queste riflessioni acquistano una peculiare rilevanza nell'ambito delle leggi riguardanti l'atto costitutivo del matrimonio e la sua consumazione e la ricezione dell'Ordine sacro, e di quelle attinenti ai rispettivi processi. Qui la sintonia con il vero senso della legge della Chiesa diventa una questione di ampia e profonda incidenza pratica nella vita delle persone e delle comunità e richiede una speciale attenzione. In particolare, vanno anche applicati tutti i mezzi giuridicamente vincolanti che tendono ad assicurare quell'unità nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi che è richiesta dalla giustizia: il magistero pontificio specificamente concernente questo campo, contenuto soprattutto nelle Allocuzioni alla Rota Romana; la giurisprudenza della Rota Romana, sulla cui rilevanza ho già avuto modo di parlarvi;⁷ le norme e le dichiarazioni emanate da altri Dicasteri della Curia Romana. Tale unità ermeneutica in ciò che è essenziale non mortifica in alcun modo le funzioni dei tribunali locali, chiamati a confrontarsi per primi con le complesse situazioni reali che si danno in ogni contesto culturale. Ciascuno di essi, infatti, è tenuto a procedere con un senso di vera riverenza nei riguardi della verità sul diritto, cercando di praticare esemplarmente, nell'applicazione degli istituti giudiziari e amministrativi, la comunione nella disciplina, quale aspetto essenziale dell'unità della Chiesa.

Avviandomi alla conclusione di questo momento di incontro e di riflessione, vorrei ricordare la recente innovazione – a cui ha fatto riferimento Mons. Stankiewicz – in forza della quale sono state trasferite ad un Ufficio presso codesto Tribunale Apostolico le competenze circa i procedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra Ordinazione.⁸ Sono certo che vi sarà una generosa risposta a questo nuovo impegno ecclesiale.

Nell'incoraggiare la vostra preziosa opera, che richiede un fedele, quotidiano e impegnato lavoro, vi affido all'intercessione della Beata Vergine Maria, *Speculum iustitiae*, e volentieri vi imparto la Benedizione Apostolica.

⁶ Cfr Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, 6: AAS 97 (2005), pp. 165-166.

⁷ Cfr *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 2008: AAS 100 (2008), pp. 84-88.

⁸ Cfr Motu pr. *Quaerit semper*, 30 agosto 2011: *L'Osservatore Romano*, 28 settembre 2011, p. 7.

LA REALTÀ DISCIPLINATA
 QUALE CRITERIO INTERPRETATIVO GIURIDICO DELLA LEGGE

1. *L'allocuzione del Papa alla Rota del 2012*

QUESTA volta l'annuale appuntamento della Rota romana con il Papa non ha avuto come oggetto del discorso pontificio un tema ascrivibile al diritto matrimoniale o processuale, ma «un aspetto primario del ministero giudiziale» quale è l'interpretazione della legge. L'argomento, come riconosce esplicitamente il Romano Pontefice, è «assai vasto e complesso», ragione per cui si limita ad «alcune osservazioni», le quali però toccano la sostanza del problema dell'interpretazione giuridica.

Infatti, il Papa incentra il suo discorso sulla convinzione che per svolgere il compito di interprete occorra partire da una concezione del diritto collegata con la giustizia. Scarta quindi la visione piatta, di stampo positivistico, tendente ad «identificare il diritto canonico con il sistema delle leggi canoniche» che arriverebbe all'«oblio pratico del diritto naturale e del diritto divino positivo», come pure priverebbe l'interprete «del contatto vitale con la realtà ecclesiale».

In seguito Benedetto XVI denuncia la corrente di pensiero, la quale, con l'intento di superare il legalismo ora descritto, pretende di convertire la singola situazione nel «fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale», ricorrendo ai concetti di misericordia, equità ed *oikonomia*. Il Papa fa notare che «questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assurge a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico», e richiama la necessità di *sentire cum Ecclesia* anche nell'attività ermeneutica giuridica.

In modo positivo il Romano Pontefice fa vedere che, essendo il vero diritto inseparabile dalla giustizia, l'«ermeneutica legale che sia autenticamente giuridica» deve porsi «la domanda cruciale su quel che è giusto in ciascun caso». Ne deriva la necessità di «guardare alla realtà che viene disciplinata», al punto di ridimensionare l'interpretazione letterale.

Allo scopo di trovare la verità giuridica, Benedetto XVI richiama la necessità di svolgere il compito interpretativo «nella Chiesa», dichiarando espresamente che «va applicata anche alla legge canonica quell'ermeneutica del rinnovamento nella continuità di cui [ha] parlato in riferimento al Concilio Vaticano II». In questa ottica si inserisce la necessità di applicare «tutti i mezzi giuridicamente vincolanti che tendono ad assicurare quell'unità nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi che è richiesta dalla giustizia: il magistero pontificio specificamente concernente questo campo, contenuto soprattutto nelle Allocuzioni alla Rota Romana; la giurisprudenza della Ro-

ta Romana, sulla cui rilevanza ho già avuto modo di parlarvi; le norme e le dichiarazioni emanate da altri Dicasteri della Curia Romana».

Certamente il discorso del Papa non può essere considerato un trattato sul complesso tema dell'interpretazione giuridica della legge, sebbene, come dicevo in apertura a questo commento, le osservazioni proposte tocchino il cuore del problema. Da parte mia, mi limiterò ad evidenziare solo qualche considerazione su alcuni dei punti trattati dal Romano Pontefice che, a mio avviso, hanno una maggiore rilevanza nella situazione attuale della prassi giudiziaria ecclesiastica e della scienza del diritto canonico.

2. Il concetto di interpretazione giuridica e la concezione della legge

Per interpretazione si intende comunemente l'operazione intellettuale volta a cogliere il vero nocciolo di un messaggio, capire cioè il senso attraverso un simbolo. L'operazione intellettuale dell'interpretazione è qualcosa in più che la mera comprensione di un testo: la meta dell'operazione ermeneutica non è capire il significante ma il significato. La legge è in un certo qual modo un messaggio, poiché è una norma positiva, vale a dire posta dal legislatore, il quale deve comunicare alla comunità la regola stabilita. Nel caso della legge il simbolo da interpretare è costituito da un testo scritto, ma il testo è solo l'espressione della legge, ma non la legge stessa. Confondere la legge con il testo legale equivarrebbe a prendere il significato per il significante. Per il resto, lo aveva già avvertito il giurista romano: «scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem».¹

Questa idea di interpretazione spiega la portata riduttiva (l'"interpretazione restrittiva") che la canonistica ha solitamente dato al brocardo *in claris non fit interpretatio*, nel senso di dare a tale principio il significato di impedire la modificazione di una "legge chiara" attraverso un'"interpretazione", ma riconoscendo sempre la possibilità, anzi la necessità di interpretare un "testo chiaro" per cogliere la legge, anche quando una siffatta operazione giunga abitualmente a confermare la chiarezza del testo.²

Penso che in questa materia la codificazione abbia influito negativamente sulla canonistica, dal momento che il Codice ha voluto premettere, al modo delle preleggi dei codici civili, delle norme sulle norme, tra cui le regole per interpretarle. A parte il fatto che anche i canoni da 16 a 18 sono delle leggi positive necessitanti pure esse di interpretazione, la formula del can. 17, che presenta come regola ermeneutica principale il significato testuale mentre gli altri criteri (i luoghi paralleli, le circostanze, la finalità e la mente del legislatore) sarebbero sussidiari per i casi in cui il testo non fosse chiaro,

¹ Dig. 1.3.17 (CELSUS).

² Cfr., per esempio, G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 1, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, pp. 516-517.

ha potuto contribuire ad un'impastazione dell'interpretazione della legge ecclesiastica eccessivamente legata al testo. Non sono mancati autori che hanno dichiarato espressamente che in realtà i criteri sussidiari sono da tenere presente in ogni caso (operando quindi un'interpretazione correttiva del can. 17), ma è rimasta l'idea di privilegiare il significato testuale su qualsiasi altro elemento.³

In ogni caso, non essendo possibile identificare la legge con il suo testo, il significato con il significante, si rende necessario orientare il lavoro interpretativo. A questo punto occorre far notare che per giungere al significato, cioè alla legge, bisogna prima chiarire che cosa si intenda per legge. Infatti, l'idea di interpretazione dipende dalla concezione che si ha della legge:⁴ se lo scopo dell'operazione interpretativa non è individuare il significato testuale perché bisogna arrivare alla legge stessa, occorrerà sapere che cosa sia la legge per identificare l'obiettivo del lavoro ermeneutico.

Se la legge non fosse altro che una proposizione logica o un giudizio deontologico, allora l'esame del significato testuale sarebbe definitivo. Infatti, se si partisse da una concezione fenomenica della legge che non vede in essa altro che una formula (un giudizio ipotetico per alcuni, un giudizio deontologico per altri) creatrice di una norma giuridica perché emanata dall'autorità competente, l'interpretazione della legge si dovrebbe limitare alla ricerca dell'esatto senso grammaticale o logico del testo legale. Anzi, per il legalismo positivista, l'interpretazione dottrinale (che viene vista con sospetto, come qualcosa che può appannare la sicurezza giuridica conquistata con la norma positiva) consiste soltanto nella "conoscenza" della legge per individuare le possibili applicazioni della norma, negando quindi la vera natura dell'attività ermeneutica, mentre l'interpretazione autentica (vincolante) sarebbe un atto della volontà che applica e crea il diritto, proprio perché vincolante.⁵

³ La proposta di redigere il vigente can. 17 in modo che «omnes fontes interpretationis ut principales, aequo iure, nominentur, nec ulli sint subsidiarii» fu rifiutata (cfr. *Communicationes*, 16 [1984], p. 150). Tuttavia la canonistica tende ad interpretare il can. 17 nel senso di dare maggiore importanza al senso letterale, ma senza trascurare il ricorso agli altri criteri, almeno per confermare la presunzione di certezza delle parole (cfr. G. MICHELS, *Normae generales...*, p. 517). Sul tema, vid. J. OTADUY, *Los medios interpretativos de la ley canónica (y su relación con las distintas doctrinas de la interpretación)*, in IDEM, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona 2002, pp. 269-270.

⁴ Mi sono già riferito a questa idea in *Interpretación de la ley y equidad canónica en el arte jurídico*, in *Ius et iura. Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del profesor Juan Fornés*, a cura di M. Blanco et alii, Granada 2010, pp. 87-101.

⁵ È noto come per Hans Kelsen tutte le sentenze avrebbero carattere costitutivo (cfr. *La dottrina pura del diritto*, ed. italiana a cura di M.G. Losano, Torino 1990, pp. 267-276), mentre l'interpretazione dottrinale deve semplicemente far vedere tutti i significati possibili della legge (*ibidem*, pp. 381-390). Per un commento critico a questa posizione, cfr., per esempio, C.J. ERRÁZURIZ M., *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Pamplona 1986, pp. 269-277.

Se invece si intende per legge la volontà posta dal legislatore mediante un testo, allora il lavoro dell'interprete si incentrerà nello scoprire tale volontà. Dipendendo dal tipo di volontarismo dal quale si parta, la volontà da rinvenire sarà quella della persona fisica che ha legiferato (*voluntas legislatoris*) oppure quella oggettivata nel testo legale (*voluntas legis*) con la quale si vuole raggiungere un preciso scopo, concorde con il resto delle leggi e della finalità generale dell'ordinamento.

Tuttavia, non mi sembra che sia neanche questa la concezione della legge che sta alla base del discorso pontificio commentato. Il richiamo alla necessità di «guardare alla realtà che viene disciplinata» non si concilia con un'idea di legge intesa come mero risultato di un atto della volontà. Infatti, il Papa afferma chiaramente che «la legge umana viene valorizzata in quanto espressione di giustizia, anzitutto per quanto essa dichiara come diritto divino, ma anche per quello che essa introduce come legittima determinazione di diritto umano». Invero, non v'è chi non veda in queste parole un riferimento alla dottrina tomista della legge umana in relazione con la legge divina, che in base all'idea agostiniana secondo cui la legge umana è giusta nella misura in cui riflette il giusto naturale,⁶ afferma che la legge umana deriva dalla legge naturale, sia come conclusioni di principi comuni sia attraverso delle determinazioni delle regole naturali.⁷

La forza giuridica della legge (la sua capacità di obbligare in virtù della giustizia) non può quindi provenire dalla volontà del legislatore, ma dal fatto che la legge poggia sul giusto naturale, ben inteso che fa parte dei doveri imposti dalla giustizia naturale il rispetto dell'ordine (volontariamente) stabilito da colui che ha la funzione di regolare la vita sociale. La considerazione della fonte dell'efficacia giuridica della legge fa luce sull'essenza medesima della legge. Poiché viene rifiutato il principio *iustum quia iussum*, dal momento che la giustizia promana dalla determinazione della legge naturale o dalle conclusioni dei suoi principi anziché dalla sola volontà del legislatore, la legge non può essere vista solo come un *iussum*, bensì soprattutto come un ordine necessario per raggiungere il bene della comunità posto da chi ha il ruolo di dirigerla sulla base dell'ordine naturale.⁸ Ne segue che l'obiettivo

⁶ Cfr. SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*, 1, c.5, 11, in PL 32, col. 1227.

⁷ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *S. Th.*, I-II, q.95, a.2. Per l'Aquinate le regole stabilite per determinazione «ex sola lege humana vigorem habent», fermo restando però il principio «inquantum habet de iustitia, intantum habet de virtute legis». Ed egli spiega così il fondamento del dovere giuridico imposto dalla legge umana: «in rebus autem humanis dicitur esse aliquid iustum ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae [...] Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur» (*ibidem*).

⁸ Così è stata concepita da San Tommaso nella sua celebre definizione di legge, peraltro seguita comunemente dalla canonistica («rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui cu-

dell'interpretazione della legge non può essere altro che quello di cogliere l'ordine stabilito dal legislatore al momento di determinare o presentare le conclusioni dell'ordine naturale.

Penso che alla luce di queste considerazioni si capisca meglio il passo del discorso commentato in cui si afferma «che per cogliere il significato proprio della legge occorre sempre guardare alla realtà che viene disciplinata, e ciò non solo quando la legge sia prevalentemente dichiarativa del diritto divino, ma anche quando introduca costitutivamente delle regole umane. Queste vanno infatti interpretate anche alla luce della realtà regolata, la quale contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica».

Una volta identificato l'oggetto dell'interpretazione della legge, occorre aggiungere che l'aggettivo "giuridica" apposto all'interpretazione significa che l'obiettivo dell'operazione ermeneutica sarà la ricerca dell'ordine stabilito in quanto è fonte di diritti e dei correlativi doveri. Poiché «la legge umana viene valorizzata in quanto espressione di giustizia», Benedetto XVI conclude che «si rende possibile un'ermeneutica legale che sia autenticamente giuridica, nel senso che, mettendosi in sintonia con il significato proprio della legge, si può porre la domanda cruciale su quel che è giusto in ciascun caso». ⁹ La ricerca del giusto legale nell'interpretazione della legge rafforza la necessità di guardare alla realtà regolata «la quale contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo». ¹⁰

ram communitatis habet, promulgata»: S. Th., I-II, q.90, a.4). Prescindendo qui dal dibattito filosofico tra l'intellettualismo e il volontarismo, cioè se l'operazione di ordinare faccia capo all'intelletto o alla volontà, e al di là della questione suscitata da qualcuno se la legge ecclesiastica non debba essere definita come *ordinatio fidei* anziché *rationis*, interessa sottolineare che, trattandosi di un ordine, esso deve essere necessariamente adeguato alla realtà ordinata, caratteristica conosciuta come la razionalità della norma. Sul tema cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, 1992, pp. 303-374.

⁹ Va peraltro ricordato che compito del giurista non è solo quello di interpretare la legge per poi "applicarla" dall'esterno alla fattispecie concreta mediante un'operazione logica che muove dalla regola generale verso il caso concreto, come vorrebbe una concezione normativista del diritto, ma è quello di identificare ciò che è giusto in una situazione concreta, sebbene, per arrivare a ciò, abbia bisogno di chiarire previamente l'eventuale titolo legale dei diritti. Che l'arte giuridica non si limiti all'applicazione logica della legge si nota soprattutto, ma non solo, al momento di giudicare un caso concreto retto da una legge in cui compaiono dei concetti giuridici indeterminati (quale buona fede, causa giusta, grave incomodo, ecc.).

¹⁰ È proprio questa interpretazione veramente giuridica quella che consente in casi limite di trovare la soluzione equa superando il giusto legale o talvolta, addirittura, dichiarando la nullità del valore giuridico di una norma. La fiaba medievale, resa poi celebre dalla commedia di Shakespeare *Il mercante di Venezia*, può far luce su quanto ora affermato. Davanti alla pretesa del creditore di rendere esecutivo il contratto in cui si stipulava che in caso di mancato pagamento egli avrebbe avuto diritto a ricevere una libbra della carne del debitore, l'avvocato di costui "interpreta" testualmente la clausola contrattuale riconoscendo che il

3. *La realtà ordinata e il testo legale*

Il riferimento alla realtà disciplinata come criterio ermeneutico può apparire una novità se non addirittura quasi in contrasto con quanto tassativamente stabilito dal can. 17. Se si considera poi che, oltre al citato canone, in seguito alla promulgazione del primo Codice di diritto canonico la Santa Sede emanò delle norme precise in cui si imponeva l'esegesi del Codice come metodo di insegnamento del diritto della Chiesa,¹¹ creando di conseguenza un modo di costruire la scienza canonica molto legato al testo legale, il richiamo alla «realtà complessiva della Chiesa, che consente di penetrare nel vero senso della lettera della legge» offre sicuramente un notevole ampliamento di vedute al compito canonistico.¹²

Un discorso di questo tipo può facilmente provocare inquietudine in quanto presuppone di abbandonare, almeno parzialmente, l'oggettività e la sicurezza del testo legale. Esiste infatti il timore che il momento interpretativo diventi l'occasione di allontanarsi dalla legge per imporre il punto di vista dell'ermeneuta, sicché, per evitare un tale rischio, si obbliga l'interprete a rimanere nel significato proprio del testo legale. Certamente il fenomeno della codificazione, con la conseguente pretesa di poter razionalizzare perfettamente l'intera vita sociale e racchiuderla in un unico testo legale, il quale sarebbe l'unico elemento capace di dare sicurezza giuridica ai membri della società, ha contribuito a creare anche nell'ambito canonistico una mentalità favorevole all'esaltazione del testo legale. Ma qui occorre subito fare due considerazioni. Anzitutto, la sicurezza è un valore giuridico nella misura in cui è un diritto l'aver certezza circa l'esistenza dei diritti, ma il valore primordiale rimane sempre la giustizia, cioè il rispetto dei diritti (tra cui quello di essere sicuri su determinate posizioni giuridiche); a poco

creditore può prendere quello che gli corrisponde, cioè una libbra della carne del debitore, senza però versare neanche una sola goccia di sangue, giacché il contratto parla di carne ma non di sangue. La trovata dell'avvocato può sembrare ingegnosa, ma un vero giurista non ricorrerebbe ad un appiglio letterario di questo tipo che lascia in realtà irrisolto il problema, ma farebbe vedere (servendosi nella misura del necessario dell'arte retorica) che la norma contrattuale in questione è priva di ogni valore giuridico perché irrazionale.

¹¹ Cfr. S. CONGREGAZIONE DI SEMINARI E UNIVERSITÀ, *decreto*, del 7 agosto 1917 (AAS, 9 [1917], p. 439), e IDEM, *decreto*, del 31 ottobre 1918 (AAS, 11 [1919], p. 19). Il rigore di queste disposizioni venne successivamente ammorbidito. La cost. ap. di Pio XI, *Deus scientiarum dominus*, del 24 maggio 1931 (AAS 23 [1931], pp. 241-284), art. 29 b), permise maggiore libertà nella scienza canonica.

¹² L'attaccamento al testo della legge, quale elemento che meglio riflette l'essenza della legge, risale almeno alla dottrina di Suárez, il quale affermava che «verba sunt quasi legis substantia, et immediate continent voluntatem legislatoris. Ratio autem solum remote illam indicat» (F. SUÁREZ, *De legibus*, l. VI, cap. I, n.19).

servirebbe invece la sicurezza di sapere che si sarà trattati ingiustamente. In secondo luogo, va osservato che l'oggettività e la sicurezza non sono ad appannaggio del testo, ma si trovano anche, e direi soprattutto, nella realtà disciplinata, la quale è pure essa un fenomeno contrastabile oggettivamente.¹³ Del resto, l'esperienza insegna come un testo è facilmente oggetto di possibili manipolazioni (basterebbe ricordare il celebre personaggio manzoniano del dottor Azecca-garbugli) per via della mancanza di univocità dei termini, per l'evoluzione del linguaggio, per la mancanza di precisione che può esistere talvolta, insomma per la limitatezza intrinseca del linguaggio umano, mentre la realtà rimane sempre quale punto di riferimento per una discussione oggettiva.

Va chiarito però che il ricorso alla realtà non significa affatto la licenza di poter disinteressarsi del testo legale. L'obiettivo dell'operazione ermeneutica rimane quello di scoprire l'ordine positivamente stabilito dal legislatore, anziché quello ideale o preferito dall'interprete. Poiché quello che si tratta di cogliere è l'ordine positivamente imposto, è chiaro che tale ordine è raggiungibile attraverso l'esame del testo legale, giacché in esso si manifesta la volontà del legislatore, ma al contempo non si può dimenticare che, poiché si tratta di un ordine che conduce la realtà verso il suo perfezionamento, non si potrà capire l'ordine se non si conosce la realtà stessa ordinata. Essa sarà quindi il criterio determinante della retta interpretazione. Si giunge così al ragionamento del Papa: «la realtà complessiva della Chiesa [...] consente di penetrare nel vero senso della lettera della legge», al punto che vede possibile mutuare il pensiero di Sant'Agostino relativo all'ermeneutica biblica a quella giuridica, affermando che «il trascendimento della lettera ha reso credibile la lettera stessa». È, insomma, la considerazione della realtà ciò che dà oggettività all'esame letterale della legge.

Ritengo che questo riferimento alla realtà disciplinata renda possibile superare il problema reale posto dalla c.d. interpretazione evolutiva. Come è noto, anche nell'ambito canonistico c'è stato qualche autore che ha ipotizzato la possibilità di adoperare questo tipo di ermeneutica, consistente appunto nel pensare che la legge, una volta emanata, abbia una vita propria indipendente dal legislatore, bisognosa di adeguarsi all'evolversi della società, essendo compito dell'interprete adattare la legge alla nuova realtà.¹⁴ Va

¹³ Cfr. in questo senso G. LO CASTRO, *Conocimiento e interpretación del derecho*, in *Ius Canonicum*, 35 (1995), pp. 381-423, specie p. 413.

¹⁴ Una proposta in tal senso è partita proprio a proposito dell'interpretazione di un *caput nullitatis*: cfr. P. MONETA, *Errore sulle qualità individuanti ed interpretazione evolutiva*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 81 (1970/2), pp. 33-44. Cfr. anche H. SCHWENDENHEIM, *Der "Geist der Gesetzgebung"*, in *Revue de Droit Canonique*, 21 (1971), pp. 313-332. Ha anche assunto questo concetto, sebbene con diverse connotazioni dall'autore precedente H. PREE, *Die evolutive Interpretation der Rechtsnorm im kanonischen Recht*, Wien-New York 1980, pp. 203-256. G. DELGADO (*La inter-*

notato che per questi autori l'evoluzione della società non si riferirebbe solo alle nuove circostanze della vita sociale ma anche alle nuove dottrine scientifiche e giurisprudenziali nonché, nel caso dell'interpretazione della legge ecclesiastica, agli eventuali progressi del magistero ecclesiastico. La critica che è stata mossa a questa posizione è agevolmente comprensibile, giacché si fa notare che si affida all'interprete un compito che non gli spetta, in quanto l'adeguazione della legge alla realtà che si dovrebbe compiere attraverso l'interpretazione comporterebbe in realtà un cambiamento della legge stessa, fuoriuscendo quindi dall'ambito interpretativo. Ciò nonostante, questa corrente di pensiero ha il merito di porre una questione reale, e cioè la necessità di applicare la legge tenendo conto delle nuove circostanze della realtà.

Giova ricordare che la canonistica tradizionale aveva già ammesso le circostanze posteriori alla promulgazione della legge (in cui si includono la dottrina, la consuetudine e la prassi) quale criterio ermeneutico della legge stessa, seppur in maniera piuttosto ristretta, in quanto le circostanze della legge di cui al can. 17 sarebbero principalmente le circostanze antecedenti e concomitanti alla legge che sono perciò in stretto rapporto con la finalità della legge. La considerazione del fatto che la legge è essenzialmente l'ordine della vita sociale posto dal legislatore e che l'oggetto dell'interpretazione è proprio quello di cogliere tale ordine mette in evidenza come le circostanze che condizionano l'essere di tale realtà influiscano al momento di capire come sia effettivamente ordinata la realtà. Infatti, proprio perché la legge non è un mero testo, bensì un ordine sociale, non è possibile interpretarla se non in riferimento ad una realtà concreta.

Naturalmente, l'appello alle circostanze del momento applicativo della legge non può, però, costituire una risorsa demagogica per trovare adattamenti di comodo alle esigenze della legge. Il mutamento delle circostanze non cambia di per sé la legge, benché si debba cercare il modo di applicarla che comporti davvero un ordine giusto della vita sociale. Rimane sempre fermo il principio secondo cui l'interprete deve cercare l'ordine positiva-

pretación evolutiva de la norma, in *Ius Canonicum*, 32 [1976], pp. 117-135) critica questa dottrina, ma allo stesso tempo ammette la possibilità di una certa evoluzione con due limiti: il rispetto dei dati immutabili della legge divina e l'ammissione della cessazione *ab intrinseco* della legge senza la necessità di ricorrere alla forzatura di chiamarla "interpretazione". Inoltre, diversi autori hanno sottolineato in particolare la portata interpretativa del Concilio Vaticano II, enfatizzando la necessità di adattare la legge alle allora nuove impostazioni conciliari (cfr., per esempio, con diverse sfumature e conclusioni, L. ÖRSY, *Theology and Canon Law. New Horizons for Legislation and Interpretation*, Collegeville 1992, specie 9-82; J.A. CORRIDEN, *Rules of interpreters in The Art of Interpretation. Selected studies on the Interpretation of Canon Law*, Washington 1982, pp. 1-27, specie 16-18; L. GEROSA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa. Principi, paradigmi, prospettive*, tr. Italiana di G. Reguzzi, Lugano 2011, pp. 102-113). Per uno studio critico di questa dottrina (che l'autore divide in tre distinte impostazioni) cfr. J. OTAUDY, *Los medios interpretativos de la ley canónica...*, pp. 276-301.

mente stabilito dal legislatore e plasmato nel testo legale, anziché quello da lui ritenuto il più consono alla realtà per quanto essa sia cangiante. Soltanto quando il cambiamento delle circostanze sia tale da far sparire l'oggetto della legge o da renderla irrazionale (perché essa non introduce più un ordine, bensì un disordine), l'interprete potrà rilevare l'inesistenza della legge, la sua cessazione *ab intrinseco*. Altro discorso sarebbe che l'evolversi delle circostanze sociali comportasse la creazione della migliore interprete della legge ovvero della consuetudine *secundum legem* (eventualmente con qualche concretizzazione *praeter legem*), oppure che possa addirittura legittimare la dissuetudine o l'introduzione di una consuetudine positiva *contra legem*.¹⁵

4. L'interpretazione "in Ecclesia". L'interpretazione delle leggi matrimoniali

Naturalmente il riferimento alla realtà disciplinata presuppone la convinzione che l'uomo è capace di conoscere la realtà stessa. Prescindendo dalle complesse questioni filosofiche sull'interpretazione, presenti nell'ambito della filosofia del diritto e nella teologia biblica, va rilevato come il discorso del Papa si muova all'interno di un'impostazione gnoseologica ben diversa da quella da cui partono certe posizioni, secondo cui la mediazione dell'interprete non permetterebbe una conoscenza oggettiva della realtà e del messaggio storico. In realtà è il pessimismo gnoseologico che sta alla base delle posizioni relativiste quello che va superato con la constatazione che l'uomo, pur soggetto all'errore, deve necessariamente avere la capacità naturale di comprendere la realtà che lo circonda.¹⁶

Su questa base filosofica, Benedetto XVI fa un passo in più aggiungendo che l'interpretazione ovvero la conoscenza della realtà ordinata «deve avvenire nella Chiesa». I fondamenti dottrinali sottostanti alla disciplina ecclesiastica vanno colti con l'ausilio del magistero della Chiesa, che è fondamento dell'unità ermeneutica. In questo contesto il Papa richiama ancora una volta la necessità dell'«ermeneutica del rinnovamento nella continuità» in riferimento agli insegnamenti del Concilio Vaticano II, «così strettamente legato all'attuale legislazione canonica». Certamente il rilievo del Romano Pontefice sull'ermeneutica del Vaticano II spazza via molte delle considerazioni proposte da alcuni autori favorevoli all'interpretazione evolutiva della leg-

¹⁵ Sul tema, cfr. G. COMOTTI, *El canon 27 y la función interpretativa de la costumbre*, in *Ius Canonicum* 35 (1995), pp. 585-601.

¹⁶ Su questo punto, oltre alla dottrina dell'Enciclica di GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, del 14 settembre 1998 (AAS 99 [1999], pp. 5-88), andrebbe rammentato il discorso di BENEDETTO XVI all'Università di Ratisbona, del 12 settembre 2006 (in AAS, 98 [2006], pp. 728-739). Sul "pessimismo gnoseologico" nelle cause di nullità del matrimonio, cfr., ad esempio, J. LLOBELL, *La certeza moral en el proceso canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1 (1998), pp. 758-802, in particolare § 6.

ge ecclesiastica sulla base del cambiamento operato dall'ultima assise conciliare.

Tutte queste riflessioni sull'interpretazione della legge ascrivibili ad una teoria generale del diritto sono sicuramente d'applicazione nell'ambito matrimoniale. Le leggi positive aventi come oggetto la regolamentazione del matrimonio devono essere interpretate alla luce della verità sulla realtà matrimoniale, conoscibile dalla ragione naturale illuminata dalla fede e guidata dal magistero. Ciò vale non solo per le norme più o meno direttamente dichiarative della legge naturale, ma anche per quelle che stabiliscono positivamente alcunché, in quanto la realtà regolata «contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica».

Infatti, la norma, per esempio, che stabilisce positivamente la nullità del matrimonio per un difetto del consenso, anche quando si trattasse di un difetto che di per sé non inficerebbe la validità del vincolo, non può essere interpretata soltanto in base a criteri grammaticali, logici o circoscritti alle circostanze dell'elaborazione della legge, ma risulta determinante la considerazione dell'essenza del matrimonio nonché la natura dell'uomo e della donna non secondo una o un'altra corrente di pensiero più o meno predominante al momento, ma percepita dalla ragione naturale con l'ausilio del criterio oggettivo del magistero. Una siffatta norma, infatti, intende ordinare la vita dei fedeli e della comunità ecclesiale, proteggendo la libertà al momento di contrarre matrimonio, tutelando l'istituto matrimoniale e la famiglia all'interno della Chiesa; risulta evidente che non si può cogliere l'ordine stabilito dal legislatore se non si tiene presente l'essenza del matrimonio, la struttura ontologica dell'atto umano, e le altre realtà regolate. Ritengo perciò che dibattiti quali quello sul rapporto tra i §§ 2 e 3 del can. 1095 non possano essere risolti in base ai soli criteri del can. 17, ma la discussione dovrà essere incentrata sulla realtà che il legislatore ha regolato.¹⁷ Sulla base di questa considerazione si comprende l'insistenza delle allocuzioni pontificie alla Rota romana sulla necessità di muovere da concezioni antropologiche consone alla fede cristiana.¹⁸

L'incentrarsi sui soli criteri interpretativi del can. 17 trascurando la rifles-

¹⁷ Su alcuni aspetti dell'interpretazione del can. 1095 e su come influisca sul concetto di capacità la concezione che si ha sul matrimonio, concretamente sul matrimonio *in facto esse*, cioè come un'unità avente una forza giuridica, fondata sulla natura umana, o, invece, come qualcuno vorrebbe più o meno consapevolmente, come un divenire storico della comunità di vita e di amore, cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 14 (2002), pp. 623-638.

¹⁸ Cfr., per esempio, GIOVANNI PAOLO II, *discorsi alla Rota romana*, del 5 febbraio 1987 (in AAS, 79 [1987], pp. 1453-1459) e del 25 gennaio 1988 (in AAS, 80 [1988], pp. 1178-1185), e BENEDETTO XVI, *discorso alla Rota Romana*, del 29 gennaio 2009 (in AAS, 101 [2009], pp. 124-128).

sione sulla natura del matrimonio e sulla struttura antropologica dell'uomo e della donna significa assumere forse inconsciamente i postulati di una sorta di "positivismo sacro", rischio in cui è facile cadere mossi dal lodevole desiderio di rispettare quanto stabilito dall'autorità ecclesiastica. Giova quindi ricordare che, per quanto la potestà nella Chiesa derivi dalla legge divina positiva, si tratta pur sempre della capacità di compiere una funzione (quella appunto di ordinare la vita della comunità verso il suo bene), anziché di un dominio personale dipendente dalla sola volontà del titolare. Se la legge ecclesiastica è giuridicamente vincolante, vale a dire stabilisce doveri di giustizia, lo è in quanto costituisce diritti (dei sudditi o della comunità stessa) aventi come titolo l'ordine stabilito per la comunità da colui che ha il compito di dirigerla affinché questa possa raggiungere il suo bene, e tale ordine non può essere indipendente dalla realtà ordinata. La pretesa di dare valenza giuridica alla legge per il fatto che essa promani dalla volontà del legislatore indipendentemente dalla realtà regolata, e di conseguenza di ritenere che vada interpretata con i soli criteri testuali e logici, può poggiarsi solo sul positivismo giuridico, per quanto esso possa essere "sacralizzato" dalla considerazione che la potestà ecclesiastica deriva dalla fondazione divina della Chiesa.

Chiunque si affacci alla letteratura canonistica posteriore alla codificazione può constatare come il pericolo denunciato sia reale e quanto sia quindi importante il discorso pontificio ora commentato. Tuttavia, il Papa mette in guardia contro una reazione al legalismo consistente nel proporre «delle vie ermeneutiche che consentono un approccio più consona con le basi teologiche e gli intenti anche pastorali della norma canonica, portando ad una creatività giuridica in cui la singola situazione diventerebbe fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale nel caso concreto. La misericordia, l'equità, l'*oikonomia* così cara alla tradizione orientale, sono alcuni dei concetti a cui si ricorre in tale operazione interpretativa». Il problema di questa corrente di pensiero non è certamente il fatto che ricorra a questi concetti né tanto meno il richiamo alle esigenze pastorali e alle basi teologiche, ma il fatto che diventi creativa del diritto. Perciò il Romano Pontefice conclude che «questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assume a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico». E la differenza tra questa impostazione e il richiamo che il Papa fa alla necessità di guardare alla realtà disciplinata si trova nel fatto che in essa «manca il senso di un diritto oggettivo da cercare, poiché esso resta in balia di considerazioni che pretendono di essere teologiche o pastorali, ma alla fine sono esposte al rischio dell'arbitrarietà», onde la necessità di osservare la realtà alla luce del magistero ecclesiastico, anziché in modo mediato dai presupposti "teologici" che si vogliono far valere nonostante la legislazione contraria e le esigen-

ze intrinseche della realtà stessa. Altrimenti, continua il Papa, «l'ermeneutica legale viene svuotata: in fondo non interessa comprendere la disposizione della legge, dal momento che essa può essere dinamicamente adattata a qualunque soluzione, anche opposta alla sua lettera».

Va ribadito che ciò che viene rifiutato non è il ricorso alla misericordia, all'equità e all'*oikonomia*, che di per sé è del tutto legittimo, anzi necessario, ma l'uso strumentale di queste nozioni per il raggiungimento degli scopi che pretendono arbitrariamente di essere pastorali o teologici. Non è possibile esaminare qui il contenuto di questi concetti, ma basta ricordare che la misericordia e la *dispensatio* non possono essere in contraddizione con la verità e con la giustizia,¹⁹ e che l'equità, anche quando si parta dall'accezione di equità come «iustitia dulcore misericordiae temperata», è pur sempre «iustitia» del caso concreto.²⁰ In realtà l'equità vuole il giusto nel caso concreto, che può superare il giusto legale, ma non ciò che è in sé stesso giusto. Come è stato rilevato nell'ambito della morale, l'*epicheia* non può essere concepita secondo la logica dell'eccezione, ma al contrario, essa trova il suo fondamento nel fatto che le esigenze morali non ammettono alcuna eccezione a causa del loro valore intrinseco, al punto che il loro rispetto può richiedere l'eccezione alle formulazioni normative astratte.²¹ La soluzione equa, quindi, è quella che penetra nelle esigenze giuridiche del caso concreto; tuttavia, pretendere che esista una realtà contraria non ad una regola umana astratta, ma alla natura delle cose, è una contraddizione metafisica. Nel caso, per esempio, del vincolo matrimoniale, esso ha delle caratteristiche essenziali

¹⁹ Benedetto XVI ha ricordato nell'Enciclica *Caritas in veritate*, del 29 giugno 2009 (AAS, 101 [2009], pp. 641-708), come la vera carità non possa essere mai contraria alla giustizia: «La carità eccede la giustizia, perché amare è donare, offrire del “mio” all'altro; ma non è mai senza la giustizia, la quale induce a dare all'altro ciò che è “suo”, ciò che gli spetta in ragione del suo essere e del suo operare. Non posso “donare” all'altro del mio, senza avergli dato in primo luogo ciò che gli compete secondo giustizia. Chi ama con carità gli altri è anzitutto giusto verso di loro» (n. 6).

Nell'epoca classica del diritto canonico la misericordia veniva abbinata alla *dispensatio*, e si faceva notare che la dispensa senza causa non è *dispensatio* ma *dissipatio* (tra tanti, cfr., per esempio, BERNARDO DI CLAIRVAUX, *De consideratione*, 3.4.18 [PL 182.769] e GIOVANNI D'ANDREA, *In quinque decretalium libros novella commentario*, Venetiis 1581=Torino 1963, in *tertium*, ad x 3.5.28 [cap. *De multa*], fol. 36ra).

²⁰ Peraltro lo stesso Ostiense, canonista emblematico del ricorso all'equità, che raccoglie la famosa definizione riportata di equità che egli attribuisce a San Cipriano, precisa il suo pensiero in questi termini: «aequitas est iustitia, est motus rationabilis regens sententiam et rigorem. Haec enim est aequitas quam iudex, qui minister iuris est, semper debet habere prae oculis, scilicet sciat bonos remunerare, malos punire. Via regia incedens et se rationabiliter regens, non declinans ad dexteram vel sinistram» (ENRICO DA SUSÀ, *Suma aurea* [Lyon 1537=Aalen 1962], L. V, *de dispensationibus*, fol. 289rb).

²¹ Cfr. A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione*. (II) *Dal cursus theologicus dei Salmanticenses fino ai nostri giorni*, in «Acta Philosophica», 7 (1998), p. 75.

naturali del matrimonio da cui derivano diritti e doveri giuridici indipendentemente dalle norme positive, che vanno in ogni caso rispettati. Perciò il Romano Pontefice conclude la sua critica all'impostazione che si rifà arbitrariamente a questi concetti notando che «certamente vi è in questo caso un riferimento ai fenomeni vitali, di cui però non si coglie l'intrinseca dimensione giuridica».

Allo stesso modo, l'*oikonomia* fa riferimento alla missione della Chiesa di amministrare i mezzi di salvezza. Una vera pastorale deve essere al contempo giusta, nel senso che non può ledere alcun diritto, e allo stesso tempo va ricordato che è spesso un dovere di giustizia lo svolgere l'azione pastorale.²² La visione delle esigenze pastorali e giuridiche come contrapposte comporta quindi una concezione errata o della pastorale o del diritto o, ancora, di tutti e due.²³ Più concretamente, per quanto riguarda la prassi giuridica in ambito matrimoniale, va ricordato che i fedeli hanno diritto alla verità sulla validità del loro vincolo matrimoniale: una soluzione di comodo diversa dalla verità non è in realtà giusta (essa è contraria al diritto degli interessati per quanto da loro desiderata in un certo momento) né tanto meno pastorale, giacché non è un ausilio alla loro coscienza che li guida verso la salvezza, ma al contrario presuppone un elemento di confusione.²⁴

In definitiva il ricorso alla misericordia, all'equità e all'*oikonomia* non fanno altro che incentivare ancora la necessità di guardare alla realtà per coglierne «l'intrinseca dimensione giuridica». Essa guiderà l'interpretazione giuridica che permette di arrivare all'ordine giusto stabilito dal legislatore per tale realtà.

EDUARDO BAURA

²² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *discorso alla Rota romana*, del 18 gennaio 1990, in AAS, 82 (1990), pp. 872-877.

²³ Ho sviluppato questa idea in *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in *Vent'anni di esperienza canonica: 1983-2003*, a cura del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, Città del Vaticano 2003, pp. 159-180.

²⁴ In questo senso ribadiva Giovanni Paolo II nel citato discorso al Rota del 1990: «Tale ingiusta dichiarazione di nullità matrimoniale non troverebbe alcun legittimo avallo nel ricorso alla carità o alla misericordia. Queste, infatti, non possono prescindere dalle esigenze della verità. Un matrimonio valido, anche se segnato da gravi difficoltà, non potrebbe essere considerato invalido, se non facendo violenza alla verità e minando, in tal modo, l'unico fondamento saldo su cui può reggersi la vita personale, coniugale e sociale. Il giudice pertanto deve sempre guardarsi dal rischio di una malintesa compassione che scadrebbe in sentimentalismo, solo apparentemente pastorale. Le vie che si discostano dalla giustizia e dalla verità finiscono col contribuire ad allontanare le persone da Dio, ottenendo il risultato opposto a quello che in buona fede si cercava».

GIURISPRUDENZA CIVILE

CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, sentenza *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, 11 gennaio 2012, n. 10-553, cit. 132 S. Ct. 694 (2012).*

CHIEF JUSTICE ROBERTS *delivered the opinion of the Court.*

CERTAIN employment discrimination laws authorize employees who have been wrongfully terminated to sue their employers for reinstatement and damages. The question presented is whether the Establishment and Free Exercise Clauses of the First Amendment bar such an action when the employer is a religious group and the employee is one of the group's ministers.

I

A

Petitioner Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School is a member congregation of the Lutheran Church-Missouri Synod, the second largest Lutheran denomination in America. Hosanna-Tabor operated a eighth grade. 582 F. Supp. 2d 881, 884 (ED Mich. 2008) (internal quotation marks omitted).

The Synod classifies teachers into two categories: "called" and "lay." "Called" teachers are regarded as having been called to their vocation by God through a congregation. To be eligible to receive a call from a congregation, a teacher must satisfy certain academic Synod district, and pass an oral examination by a faculty committee. A teacher who meets these requirements may be called by a congregation. Once called, a teacher receives the formal title "Minister of Religion, Commissioned." App. 42, 48. A commissioned minister serves for an open-ended term; at Hosanna-Tabor,

* Il testo ufficiale della sentenza che presentiamo si può trovare sul sito web della Corte Suprema (cfr. www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-553pdf), includendo il *Syllabus* e i voti particolari emessi dal giudice Thomas e dal giudice Alito, quest'ultimo con l'adesione del giudice Kagan. In queste pagine, pubblichiamo integralmente il corpo principale della sentenza (*opinion of the Court*). Vedi alla fine del documento la nota di I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *La discriminazione religiosa fondata sulle leggi antidiscriminazione: un rischio giuridico ormai globale*.

a call could be rescinded only for cause and by a supermajority vote of the congregation.

“Lay” or “contract” teachers, by contrast, are not required to be trained by the Synod or even to be Lutheran. At Hosanna-Tabor, they were appointed by the school board, without a vote of the congregation, to one-year renewable terms. Although teachers at the school generally performed the same duties regardless of whether they were lay or called, lay teachers were hired only when called teachers were unavailable.

Respondent Cheryl Perich was first employed by Hosanna-Tabor as a lay teacher in 1999. After Perich completed her colloquy later that school year, Hosanna-Tabor asked her to become a called teacher. Perich accepted the call and received a “diploma of vocation” designating her a commissioned minister. *Id.*, at 42.

Perich taught kindergarten during her first four years at Hosanna-Tabor and fourth grade during the 2003-2004 school year. She taught math, language arts, social studies, science, gym, art and music. She also taught a religion class four days a week, led the students in prayer and devotional exercises each day, and attended a weekly school-wide chapel service. Perich led the chapel service herself about twice a year.

Perich became ill in June 2004 with what was eventually diagnosed as narcolepsy. Symptoms included sudden and deep sleeps from which she could not be roused. Because of her illness, Perich began the 2004–2005 school year on disability leave. On January 27, 2005, however, Perich notified the school principal, Stacey Hoeft, that she would be able to report to work the following month. Hoeft responded that the school had already contracted with a lay teacher to fill Perich’s position for the remainder of the school year. Hoeft also expressed concern that Perich was not yet ready to return to the classroom.

On January 30, Hosanna-Tabor held a meeting of its congregation at which school administrators stated that Perich was unlikely to be physically capable of returning to work that school year or the next. The congregation voted to offer Perich a “peaceful release” from her call, whereby the congregation would pay a portion of her health insurance premiums in exchange for her resignation as a called teacher. *Id.*, at 178, 186. Perich refused to resign and produced a note from her doctor stating that she would be able to return to work on February 22. The school board urged Perich to reconsider, informing her that the school no longer had a position for her, but Perich stood by her decision not to resign.

On the morning of February 22—the first day she was medically cleared to return to work—Perich presented herself at the school. Hoeft asked her to leave but she would not do so until she obtained written documentation that she had reported to work. Later that afternoon, Hoeft called Perich at

home and told her that she would likely be fired. Perich responded that she had spoken with an attorney and intended to assert her legal rights.

Following a school board meeting that evening, board chairman Scott Salo sent Perich a letter stating that Hosanna-Tabor was reviewing the process for rescinding her call in light of her “regrettable” actions. *Id.*, at 229. Salo subsequently followed up with a letter advising Perich that the congregation would consider whether to rescind her call at its next meeting. As grounds for termination, the letter cited Perich’s “insubordination and disruptive behavior” on February 22, as well as the damage she had done to her “working relationship” with the school by “threatening to take legal action.” *Id.*, at 55. The congregation voted to rescind Perich’s call on April 10, and Hosanna-Tabor sent her a letter of termination the next day.

B

Perich filed a charge with the Equal Employment Opportunity Commission, alleging that her employment had been terminated in violation of the Americans with Disabilities Act, 104 Stat. 327, 42 U. S. C. §12101 *et seq.* (1990). The ADA prohibits an employer from discriminating against a qualified individual on the basis of disability. §12112(a). It also prohibits an employer from retaliating “against any individual because such individual has opposed any act or practice made unlawful by [the ADA] or because such individual made a charge, testified, assisted, or participated in any manner in an investigation, proceeding, or hearing under [the ADA].” §12203(a).¹

The EEOC brought suit against Hosanna-Tabor, alleging that Perich had been fired in retaliation for threatening to file an ADA lawsuit. Perich intervened in the litigation, claiming unlawful retaliation under both the ADA and the Michigan Persons with Disabilities Civil Rights Act, Mich. Comp. Laws §37.1602(a) (1979). The EEOC and Perich sought Perich’s reinstatement to her former position (or frontpay in lieu thereof), along with backpay, compensatory and punitive damages, attorney’s fees, and other injunctive relief.

Hosanna-Tabor moved for summary judgment. Invoking what is known as the “ministerial exception,” the Church argued that the suit was barred

¹ The ADA itself provides religious entities with two defenses to claims of discrimination that arise under subchapter I of the Act. The first provides that “[t]his subchapter shall not prohibit a religious corporation, association, educational institution, or society from giving preference in employment to individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on by such [entity] of its activities.” §12113(d)(1) (2006 ed., Supp. III). The second provides that “[u]nder this subchapter, a religious organization may require that all applicants and employees conform to the religious tenets of such organization.” §12113(d)(2). The ADA’s prohibition against retaliation, §12203(a), appears in a different subchapter-subchapter IV. The EEOC and Perich contend, and Hosanna-Tabor does not dispute, that these defenses therefore do not apply to retaliation claims.

by the First Amendment because the claims at issue concerned the employment relationship between a religious institution and one of its ministers. According to the Church, Perich was a minister, and she had been fired for a religious reason—namely, that her threat to sue the Church violated the Synod’s belief that Christians should resolve their disputes internally.

The District Court agreed that the suit was barred by the ministerial exception and granted summary judgment in Hosanna-Tabor’s favor. The court explained that “Hosanna-Tabor treated Perich like a minister and held her out to the world as such long before this litigation began,” and that the “facts surrounding Perich’s employment in a religious school with a sectarian mission” supported the Church’s characterization. 582 F. Supp. 2d, at 891–892. In light of that determination, the court concluded that it could “inquire no further into her claims of retaliation.” *Id.*, at 892.

The Court of Appeals for the Sixth Circuit vacated and remanded, directing the District Court to proceed to the merits of Perich’s retaliation claims. The Court of Appeals recognized the existence of a ministerial exception barring certain employment discrimination claims against religious institutions—an exception “rooted in the First Amendment’s guarantees of religious freedom.” 597 F. 3d 769, 777 (2010). The court concluded, however, that Perich did not qualify as a “minister” under the exception, noting in particular that her duties as a called teacher were identical to her duties as a lay teacher. *Id.*, at 778–781. Judge White concurred. She viewed the question whether Perich qualified as a minister to be closer than did the majority, but agreed that the “fact that the duties of the contract teachers are the same as the duties of the called teachers is telling.” *Id.*, at 782, 784.

We granted certiorari. 563 U. S. ____ (2011).

II

The First Amendment provides, in part, that “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.” We have said that these two Clauses “often exert conflicting pressures,” *Cutter v. Wilkinson*, 544 U. S. 709, 719 (2005), and that there can be “internal tension . . . between the Establishment Clause and the Free Exercise Clause,” *Tilton v. Richardson*, 403 U. S. 672, 677 (1971) (plurality opinion). Not so here. Both Religion Clauses bar the government from interfering with the decision of a religious group to fire one of its ministers.

A

Controversy between church and state over religious offices is hardly new. In 1215, the issue was addressed in the very first clause of Magna Carta. There, King John agreed that “the English church shall be free, and shall have its

rights undiminished and its liberties unimpaired.” The King in particular accepted the “freedom of elections,” a right “thought to be of the greatest necessity and importance to the English church.” J. Holt, *Magna Carta App.* IV, p. 317, cl. 1 (1965).

That freedom in many cases may have been more theoretical than real. See, e.g., W. Warren, *Henry II* 312 (1973) (recounting the writ sent by Henry II to the electors of a bishopric in Winchester, stating: “I order you to hold a free election, but forbid you to elect anyone but Richard my clerk”). In any event, it did not survive the reign of Henry VIII, even in theory. The Act of Supremacy of 1534, 26 Hen. 8, ch. 1, made the English monarch the supreme head of the Church, and the Act in Restraint of Annates, 25 Hen. 8, ch. 20, passed that same year, gave him the authority to appoint the Church’s high officials. See G. Elton, *The Tudor Constitution: Documents and Commentary* 331–332 (1960). Various Acts of Uniformity, enacted subsequently, tightened further the government’s grip on the exercise of religion. See, e.g., Act of Uniformity, 1559, 1 Eliz., ch. 2; Act of Uniformity, 1549, 2 & 3 Edw. 6, ch. 1. The Uniformity Act of 1662, for instance, limited service as a minister to those who formally assented to prescribed tenets and pledged to follow the mode of worship set forth in the Book of Common Prayer. Any minister who refused to make that pledge was “deprived of all his Spiritual Promotions.” Act of Uniformity, 1662, 14 Car. 2, ch. 4.

Seeking to escape the control of the national church, the Puritans fled to New England, where they hoped to elect their own ministers and establish their own modes of worship. See T. Curry, *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment* 3 (1986); McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv. L. Rev. 1409, 1422 (1990). William Penn, the Quaker proprietor of what would eventually become Pennsylvania and Delaware, also sought independence from the Church of England. The charter creating the province of Pennsylvania contained no clause establishing a religion. See S. Cobb, *The Rise of Religious Liberty in America* 440–441 (1970).

Colonists in the South, in contrast, brought the Church of England with them. But even they sometimes chafed at the control exercised by the Crown and its representatives over religious offices. In Virginia, for example, the law vested the governor with the power to induct ministers presented to him by parish vestries, 2 Hening’s Statutes at Large 46 (1642), but the vestries often refused to make such presentations and instead chose ministers on their own. See H. Eckenrode, *Separation of Church and State in Virginia* 13–19 (1910). Controversies over the selection of ministers also arose in other Colonies with Anglican establishments, including North Carolina. See C. An-tieau, A. Downey, & E. Roberts, *Freedom from Federal Establishment: Formation and Early History of the First Amendment Religion Clauses* 10–11

(1964). There, the royal governor insisted that the right of presentation lay with the Bishop of London, but the colonial assembly enacted laws placing that right in the vestries. Authorities in England intervened, repealing those laws as inconsistent with the rights of the Crown. See *id.*, at 11; Weeks, *Church and State in North Carolina*, Johns Hopkins U. Studies in Hist. & Pol. Sci., 11th Ser., Nos. 5-6, pp. 29-36 (1893).

It was against this background that the First Amendment was adopted. Familiar with life under the established Church of England, the founding generation sought to foreclose the possibility of a national church. See 1 *Annals of Cong.* 730-731 (1789) (noting that the Establishment Clause addressed the fear that “one sect might obtain a pre-eminence, or two combine together, and establish a religion to which they would compel others to conform” (remarks of J. Madison)). By forbidding the “establishment of religion” and guaranteeing the “free exercise thereof,” the Religion Clauses ensured that the new Federal Government—unlike the English Crown—would have no role in filling ecclesiastical offices. The Establishment Clause prevents the Government from appointing ministers, and the Free Exercise Clause prevents it from interfering with the freedom of religious groups to select their own.

This understanding of the Religion Clauses was reflected in two events involving James Madison, “the leading architect of the religion clauses of the First Amendment.” *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 563 U. S. ___, ___ (2011) (slip op., at 13) (quoting *Flast v. Cohen*, 392 U. S. 83, 103 (1968)). The first occurred in 1806, when John Carroll, the first Catholic bishop in the United States, solicited the Executive’s opinion on who should be appointed to direct the affairs of the Catholic Church in the territory newly acquired by the Louisiana Purchase. After consulting with President Jefferson, then-Secretary of State Madison responded that the selection of church “functionaries” was an “entirely ecclesiastical” matter left to the Church’s own judgment. Letter from James Madison to Bishop Carroll (Nov. 20, 1806), reprinted in 20 *Records of the American Catholic Historical Society* 63 (1909). The “scrupulous policy of the Constitution in guarding against a political interference with religious affairs,” Madison explained, prevented the Government from rendering an opinion on the “selection of ecclesiastical individuals.” *Id.*, at 63–64.

The second episode occurred in 1811, when Madison was President. Congress had passed a bill incorporating the Protestant Episcopal Church in the town of Alexandria in what was then the District of Columbia. Madison vetoed the bill, on the ground that it “exceeds the rightful authority to which Governments are limited, by the essential distinction between civil and religious functions, and violates, in particular, the article of the Constitution of the United States, which declares, that ‘Congress shall make no law respect-

ing a religious establishment.” 22 Annals of Cong. 982–983 (1811). Madison explained:

“The bill enacts into, and establishes by law, sundry rules and proceedings relative purely to the organization and polity of the church incorporated, *and comprehending even the election and removal of the Minister of the same*; so that no change could be made therein by the particular society, or by the general church of which it is a member, and whose authority it recognises.” *Id.*, at 983 (emphasis added).

B

Given this understanding of the Religion Clauses—and the absence of government employment regulation generally—it was some time before questions about government interference with a church’s ability to select its own ministers came before the courts. This Court touched upon the issue indirectly, however, in the context of disputes over church property. Our decisions in that area confirm that it is impermissible for the government to contradict a church’s determination of who can act as its ministers.

In *Watson v. Jones*, 13 Wall. 679 (1872), the Court considered a dispute between antislavery and proslavery factions over who controlled the property of the Walnut Street Presbyterian Church in Louisville, Kentucky. The General Assembly of the Presbyterian Church had recognized the antislavery faction, and this Court—applying not the Constitution but a “broad and sound view of the relations of church and state under our system of laws” —declined to question that determination. *Id.*, at 727. We explained that “whenever the questions of discipline, or of faith, or ecclesiastical rule, custom, or law have been decided by the highest of [the] church judicatories to which the matter has been carried, the legal tribunals must accept such decisions as final, and as binding on them.” *Ibid.* As we would put it later, our opinion in *Watson* “radiates . . . a spirit of freedom for religious organizations, an independence from secular control or manipulation—in short, power to decide for themselves, free from state interference, matters of church government as well as those of faith and doctrine.” *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America*, 344 U. S. 94, 116 (1952).

Confronting the issue under the Constitution for the first time in *Kedroff*, the Court recognized that the “[f]reedom to select the clergy, where no improper methods of choice are proven,” is “part of the free exercise of religion” protected by the First Amendment against government interference. *Ibid.* At issue in *Kedroff* was the right to use a Russian Orthodox cathedral in New York City. The Russian Orthodox churches in North America had split from the Supreme Church Authority in Moscow, out of concern that the Authority had become a tool of the Soviet Government. The North Amer-

ican churches claimed that the right to use the cathedral belonged to an archbishop elected by them; the Supreme Church Authority claimed that it belonged instead to an archbishop appointed by the patriarch in Moscow. New York's highest court ruled in favor of the North American churches, based on a state law requiring every Russian Orthodox church in New York to recognize the determination of the governing body of the North American churches as authoritative. *Id.*, at 96–97, 99, n. 3, 107, n. 10.

This Court reversed, concluding that the New York law violated the First Amendment. *Id.*, at 107. We explained that the controversy over the right to use the cathedral was “strictly a matter of ecclesiastical government, the power of the Supreme Church Authority of the Russian Orthodox Church to appoint the ruling hierarch of the archdiocese of North America.” *Id.*, at 115. By “pass[ing] the control of matters strictly ecclesiastical from one church authority to another,” the New York law intruded the “power of the state into the forbidden area of religious freedom contrary to the principles of the First Amendment.” *Id.*, at 119. Accordingly, we declared the law unconstitutional because it “directly prohibit[ed] the free exercise of an ecclesiastical right, the Church’s choice of its hierarchy.” *Ibid.*

This Court reaffirmed these First Amendment principles in *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevich*, 426 U. S. 696 (1976), a case involving a dispute over control of the American-Canadian Diocese of the Serbian Orthodox Church, including its property and assets. The Church had removed Dionisije Milivojevich as bishop of the American-Canadian Diocese because of his defiance of the church hierarchy. Following his removal, Dionisije brought a civil action in state court challenging the Church’s decision, and the Illinois Supreme Court “purported in effect to reinstate Dionisije as Diocesan Bishop,” on the ground that the proceedings resulting in his removal failed to comply with church laws and regulations. *Id.*, at 708.

Reversing that judgment, this Court explained that the First Amendment “permit[s] hierarchical religious organizations to establish their own rules and regulations for internal discipline and government, and to create tribunals for adjudicating disputes over these matters.” *Id.*, at 724. When ecclesiastical tribunals decide such disputes, we further explained, “the Constitution requires that civil courts accept their decisions as binding upon them.” *Id.*, at 725. We thus held that by inquiring into whether the Church had followed its own procedures, the State Supreme Court had “unconstitutionally undertaken the resolution of quintessentially religious controversies whose resolution the First Amendment commits exclusively to the highest ecclesiastical tribunals” of the Church. *Id.*, at 720.

C

Until today, we have not had occasion to consider whether this freedom of a religious organization to select its ministers is implicated by a suit alleging discrimination in employment. The Courts of Appeals, in contrast, have had extensive experience with this issue. Since the passage of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U. S. C. §2000 *et seq.*, and other employment discrimination laws, the Courts of Appeals have uniformly recognized the existence of a “ministerial exception,” grounded in the First Amendment, that precludes application of such legislation to claims concerning the employment relationship between a religious institution and its ministers.²

We agree that there is such a ministerial exception. The members of a religious group put their faith in the hands of their ministers. Requiring a church to accept or retain an unwanted minister, or punishing a church for failing to do so, intrudes upon more than a mere employment decision. Such action interferes with the internal governance of the church, depriving the church of control over the selection of those who will personify its beliefs. By imposing an unwanted minister, the state infringes the Free Exercise Clause, which protects a religious group’s right to shape its own faith and mission through its appointments. According the state the power to determine which individuals will minister to the faithful also violates the Establishment Clause, which prohibits government involvement in such ecclesiastical decisions.

The EEOC and Perich acknowledge that employment discrimination laws would be unconstitutional as applied to religious groups in certain circumstances. They grant, for example, that it would violate the First Amendment for courts to apply such laws to compel the ordination of women by the Catholic Church or by an Orthodox Jewish seminary. Brief for Federal Respondent 31; Brief for Respondent Perich 35–36. According to the EEOC and Perich, religious organizations could successfully defend against employment discrimination claims in those circumstances by invoking the constitutional right to freedom of association—a right “implicit” in the First Amendment. *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 622 (1984). The EEOC and

² See *Natal v. Christian and Missionary Alliance*, 878 F. 2d 1575, 1578 (CA1 1989); *Rweyemamu v. Cote*, 520 F. 3d 198, 204–209 (CA2 2008); *Petruska v. Gannon Univ.*, 462 F. 3d 294, 303–307 (CA3 2006); *EEOC v. Roman Catholic Diocese*, 213 F. 3d 795, 800–801 (CA4 2000); *Combs v. Central Tex. Annual Conference*, 173 F. 3d 343, 345–350 (CA5 1999); *Hollins v. Methodist Healthcare, Inc.*, 474 F. 3d 223, 225–227 (CA6 2007); *Schleicher v. Salvation Army*, 518 F. 3d 472, 475 (CA7 2008); *Scharon v. St. Luke’s Episcopal Presbyterian Hospitals*, 929 F. 2d 360, 362–363 (CA8 1991); *Werft v. Desert Southwest Annual Conference*, 377 F. 3d 1099, 1100–1104 (CA9 2004); *Bryce v. Episcopal Church*, 289 F. 3d 648, 655–657 (CA10 2002); *Gellington v. Christian Methodist Episcopal Church, Inc.*, 203 F. 3d 1299, 1301–1304 (CA11 2000); *EEOC v. Catholic Univ.*, 83 F. 3d 455, 460–463 (CADC 1996).

Perich thus see no need-and no basis-for a special rule for ministers grounded in the Religion Clauses themselves.

We find this position untenable. The right to freedom of association is a right enjoyed by religious and secular groups alike. It follows under the EEOC's and Perich's view that the First Amendment analysis should be the same, whether the association in question is the Lutheran Church, a labor union, or a social club. See Perich Brief 31; Tr. of Oral Arg. 28. That result is hard to square with the text of the First Amendment itself, which gives special solicitude to the rights of religious organizations. We cannot accept the remarkable view that the Religion Clauses have nothing to say about a religious organization's freedom to select its own ministers.

The EEOC and Perich also contend that our decision in *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990), precludes recognition of a ministerial exception. In *Smith*, two members of the Native American Church were denied state unemployment benefits after it was determined that they had been fired from their jobs for ingesting peyote, a crime under Oregon law. We held that this did not violate the Free Exercise Clause, even though the peyote had been ingested for sacramental purposes, because the "right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)." *Id.*, at 879 (internal quotation marks omitted).

It is true that the ADA's prohibition on retaliation, like Oregon's prohibition on peyote use, is a valid and neutral law of general applicability. But a church's selection of its ministers is unlike an individual's ingestion of peyote. *Smith* involved government regulation of only outward physical acts. The present case, in contrast, concerns government interference with an internal church decision that affects the faith and mission of the church itself. See *id.*, at 877 (distinguishing the government's regulation of "physical acts" from its "lend[ing] its power to one or the other side in controversies over religious authority or dogma"). The contention that *Smith* forecloses recognition of a ministerial exception rooted in the Religion Clauses has no merit.

III

Having concluded that there is a ministerial exception grounded in the Religion Clauses of the First Amendment, we consider whether the exception applies in this case. We hold that it does.

Every Court of Appeals to have considered the question has concluded that the ministerial exception is not limited to the head of a religious congregation, and we agree. We are reluctant, however, to adopt a rigid formula for deciding when an employee qualifies as a minister. It is enough for us to

conclude, in this our first case involving the ministerial exception, that the exception covers Perich, given all the circumstances of her employment.

To begin with, Hosanna-Tabor held Perich out as a minister, with a role distinct from that of most of its members. When Hosanna-Tabor extended her a call, it issued her a “diploma of vocation” according her the title “Minister of Religion, Commissioned.” App. 42. She was tasked with performing that office “according to the Word of God and the confessional standards of the Evangelical Lutheran Church as drawn from the Sacred Scriptures.” *Ibid.* The congregation prayed that God “bless [her] ministrations to the glory of His holy name, [and] the building of His church.” *Id.*, at 43. In a supplement to the diploma, the congregation undertook to periodically review Perich’s “skills of ministry” and “ministerial responsibilities,” and to provide for her “continuing education as a professional person in the ministry of the Gospel.” *Id.*, at 49.

Perich’s title as a minister reflected a significant degree of religious training followed by a formal process of commissioning. To be eligible to become a commissioned minister, Perich had to complete eight college-level courses in subjects including biblical interpretation, church doctrine, and the ministry of the Lutheran teacher. She also had to obtain the endorsement of her local Synod district by submitting a petition that contained her academic transcripts, letters of recommendation, personal statement, and written answers to various ministry-related questions. Finally, she had to pass an oral examination by a faculty committee at a Lutheran college. It took Perich six years to fulfill these requirements. And when she eventually did, she was commissioned as a minister only upon election by the congregation, which recognized God’s call to her to teach. At that point, her call could be rescinded only upon a supermajority vote of the congregation—a protection designed to allow her to “preach the Word of God boldly.” Brief for Lutheran Church-Missouri Synod as *Amicus Curiae* 15.

Perich held herself out as a minister of the Church by accepting the formal call to religious service, according to its terms. She did so in other ways as well. For example, she claimed a special housing allowance on her taxes that was available only to employees earning their compensation “‘in the exercise of the ministry.’” App. 220 (“If you are not conducting activities ‘in the exercise of the ministry,’ you cannot take advantage of the parsonage or housing allowance exclusion” (quoting Lutheran Church-Missouri Synod Brochure on Whether the IRS Considers Employees as a Minister (2007))). In a form she submitted to the Synod following her termination, Perich again indicated that she regarded herself as a minister at Hosanna-Tabor, stating: “I feel that God is leading me to serve in the teaching ministry. . . . I am anxious to be in the teaching ministry again soon.” App. 53.

Perich’s job duties reflected a role in conveying the Church’s message

and carrying out its mission. Hosanna-Tabor expressly charged her with “lead[ing] others toward Christian maturity” and “teach[ing] faithfully the Word of God, the Sacred Scriptures, in its truth and purity and as set forth in all the symbolical books of the Evangelical Lutheran Church.” *Id.*, at 48. In fulfilling these responsibilities, Perich taught her students religion four days a week, and led them in prayer three times a day. Once a week, she took her students to a school-wide chapel service, and about twice a year she took her turn leading it, choosing the liturgy, selecting the hymns, and delivering a short message based on verses from the Bible. During her last year of teaching, Perich also led her fourth graders in a brief devotional exercise each morning. As a source of religious instruction, Perich performed an important role in transmitting the Lutheran faith to the next generation.

In light of these considerations—the formal title given Perich by the Church, the substance reflected in that title, her own use of that title, and the important religious functions she performed for the Church—we conclude that Perich was a minister covered by the ministerial exception.

In reaching a contrary conclusion, the Court of Appeals committed three errors. First, the Sixth Circuit failed to see any relevance in the fact that Perich was a commissioned minister. Although such a title, by itself, does not automatically ensure coverage, the fact that an employee has been ordained or commissioned as a minister is surely relevant, as is the fact that significant religious training and a recognized religious mission underlie the description of the employee’s position. It was wrong for the Court of Appeals—and Perich, who has adopted the court’s view, see Perich Brief 45—to say that an employee’s title does not matter.

Second, the Sixth Circuit gave too much weight to the fact that lay teachers at the school performed the same religious duties as Perich. We express no view on whether someone with Perich’s duties would be covered by the ministerial exception in the absence of the other considerations we have discussed. But though relevant, it cannot be dispositive that others not formally recognized as ministers by the church perform the same functions—particularly when, as here, they did so only because commissioned ministers were unavailable.

Third, the Sixth Circuit placed too much emphasis on Perich’s performance of secular duties. It is true that her religious duties consumed only 45 minutes of each workday, and that the rest of her day was devoted to teaching secular subjects. The EEOC regards that as conclusive, contending that any ministerial exception “should be limited to those employees who perform exclusively religious functions.” Brief for Federal Respondent 51. We cannot accept that view. Indeed, we are unsure whether any such employees exist. The heads of congregations themselves often have a mix of duties, including secular ones such as helping to manage the congregation’s

finances, supervising purely secular personnel, and overseeing the upkeep of facilities.

Although the Sixth Circuit did not adopt the extreme position pressed here by the EEOC, it did regard the relative amount of time Perich spent performing religious functions as largely determinative. The issue before us, however, is not one that can be resolved by a stopwatch. The amount of time an employee spends on particular activities is relevant in assessing that employee's status, but that factor cannot be considered in isolation, without regard to the nature of the religious functions performed and the other considerations discussed above.

Because Perich was a minister within the meaning of the exception, the First Amendment requires dismissal of this employment discrimination suit against her religious employer. The EEOC and Perich originally sought an order reinstating Perich to her former position as a called teacher. By requiring the Church to accept a minister it did not want, such an order would have plainly violated the Church's freedom under the Religion Clauses to select its own ministers.

Perich no longer seeks reinstatement, having abandoned that relief before this Court. See Perich Brief 58. But that is immaterial. Perich continues to seek frontpay in lieu of reinstatement, backpay, compensatory and punitive damages, and attorney's fees. An award of such relief would operate as a penalty on the Church for terminating an unwanted minister, and would be no less prohibited by the First Amendment than an order overturning the termination. Such relief would depend on a determination that Hosanna-Tabor was wrong to have relieved Perich of her position, and it is precisely such a ruling that is barred by the ministerial exception.³

The EEOC and Perich suggest that Hosanna-Tabor's asserted religious reason for firing Perich—that she violated the Synod's commitment to internal dispute resolution—was pretextual. That suggestion misses the point of the ministerial exception. The purpose of the exception is not to safeguard a church's decision to fire a minister only when it is made for a religious reason. The exception instead ensures that the authority to select and control who will minister to the faithful—a matter “strictly ecclesiastical,” *Kedroff*, 344 U. S., at 119—is the church's alone.⁴

³ Perich does not dispute that if the ministerial exception bars her retaliation claim under the ADA, it also bars her retaliation claim under Michigan law.

⁴ A conflict has arisen in the Courts of Appeals over whether the ministerial exception is a jurisdictional bar or a defense on the merits. Compare *Hollins*, 474 F. 3d, at 225 (treating the exception as jurisdictional); and *Tomic v. Catholic Diocese of Peoria*, 442 F. 3d 1036, 1038–1039 (CA7 2006) (same), with *Petruska*, 462 F. 3d, at 302 (treating the exception as an affirmative defense); *Bryce*, 289 F. 3d, at 654 (same); *Bollard v. California Province of Soc. of Jesus*, 196 F. 3d 940, 951 (CA9 1999) (same); and *Natal*, 878 F. 2d, at 1576 (same). We conclude that the exception

IV

The EEOC and Perich foresee a parade of horrors that will follow our recognition of a ministerial exception to employment discrimination suits. According to the EEOC and Perich, such an exception could protect religious organizations from liability for retaliating against employees for reporting criminal misconduct or for testifying before a grand jury or in a criminal trial. What is more, the EEOC contends, the logic of the exception would confer on religious employers “unfettered discretion” to violate employment laws by, for example, hiring children or aliens not authorized to work in the United States. Brief for Federal Respondent 29.

Hosanna-Tabor responds that the ministerial exception would not in any way bar criminal prosecutions for interfering with law enforcement investigations or other proceedings. Nor, according to the Church, would the exception bar government enforcement of general laws restricting eligibility for employment, because the exception applies only to suits by or on behalf of ministers themselves. Hosanna-Tabor also notes that the ministerial exception has been around in the lower courts for 40 years, see *McClure v. Salvation Army*, 460 F. 2d 553, 558 (CA5 1972), and has not given rise to the dire consequences predicted by the EEOC and Perich.

The case before us is an employment discrimination suit brought on behalf of a minister, challenging her church’s decision to fire her. Today we hold only that the ministerial exception bars such a suit. We express no view on whether the exception bars other types of suits, including actions by employees alleging breach of contract or tortious conduct by their religious employers. There will be time enough to address the applicability of the exception to other circumstances if and when they arise.

The interest of society in the enforcement of employment discrimination statutes is undoubtedly important. But so too is the interest of religious groups in choosing who will preach their beliefs, teach their faith, and carry out their mission. When a minister who has been fired sues her church alleging that her termination was discriminatory, the First Amendment has struck the balance for us. The church must be free to choose those who will guide it on its way.

The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed.

It is so ordered.

operates as an affirmative defense to an otherwise cognizable claim, not a jurisdictional bar. That is because the issue presented by the exception is “whether the allegations the plaintiff makes entitle him to relief,” not whether the court has “power to hear [the] case.” *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. ___, ___ (2010) (slip op., at 4–5) (internal quotation marks omitted). District courts have power to consider ADA claims in cases of this sort, and to decide whether the claim can proceed or is instead barred by the ministerial exception.

LA DISCRIMINAZIONE RELIGIOSA FONDATA
SULLE LEGGI ANTIDISCRIMINAZIONE:
UN RISCHIO GIURIDICO ORMAI GLOBALE

1. INTRODUZIONE

SIN dall'approvazione del Titolo VII del *Civil Rights Act* (1964)¹ e delle altre leggi – sia anteriori che posteriori – relative alla discriminazione sul lavoro, le corti d'appello degli Stati Uniti avevano uniformemente riconosciuto l'esistenza di una *ministerial exception* che preclude l'applicazione di questo tipo di legislazione nei casi concernenti il rapporto di lavoro tra un'istituzione religiosa e i suoi ministri.² Secondo la giurisprudenza statunitense consolidata in quest'ambito, richiedere ad una confessione religiosa di accettare o mantenere un ministro indesiderato sarebbe un tipo d'intervento che priverebbe la confessione del controllo sulla selezione dei suoi ministri, andando contro le *Religious Clauses* contenute nel Primo Emendamento della Costituzione americana.³

La Corte Suprema, da parte sua, aveva già riconosciuto in passato l'applicabilità della *ministerial exception* in diverse controversie relative ai beni delle confessioni religiose, dove c'erano stati tentativi da parte dell'autorità civile d'ingerire nella selezione dei ministri religiosi.⁴ Invece, non aveva mai avuto l'occasione di pronunciarsi sull'applicazione della *ministerial exception* in un caso di licenziamento di un ministro nel quale fossero potenzialmente applicabili le leggi relative alla discriminazione sul lavoro.

La occasione è arrivata proprio con la sentenza che adesso presentiamo – *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EECO et al.* –, sen-

¹ Cfr. *Pub. L. 88-352*, Title VII, 78 *Stat.* 241, entrata in vigore il 2 luglio 1964.

² Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EECO et al.*, Opinion of the Court, II, C, p. 13, nota 2, dove vengono elencate le principali sentenze in merito delle corti d'appello. Negli Stati Uniti, i distretti giudiziari sono organizzati in circuiti regionali, in ciascuno dei quali è presente una corte d'appello. Ognuna di esse giudica i ricorsi provenienti dai tribunali distrettuali appartenenti al proprio circuito e da alcuni enti amministrativi federali. Il diritto all'appello si applica a tutti i procedimenti sui quali si è pronunciato un tribunale distrettuale con una decisione definitiva. Le corti d'appello sono di regola composte da tre giudici.

³ Come ricorda la Corte Suprema nel corpo principale della sentenza che stiamo presentando, la *Establishment Clause* previene la nomina di ministri da parte delle autorità civili, mentre la *Free Exercise Clause* previene le interferenze delle autorità civili nella scelta dei ministri delle confessioni religiose (cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO.*, Opinion of the Court, II, A, p. 9).

⁴ Cfr. *Watson v. Jones*, 13 *Wall.* 679; *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America*, 344 *U. S.* 94; *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevich*, 426 *U. S.* 696.

tenza che, per i suoi contenuti e per la unanimità espressa dai nove membri della Corte Suprema, è già considerata tra le più importanti decisioni sulla libertà religiosa emanate dal più alto tribunale statunitense negli ultimi decenni.⁵

Siamo sicuri che nei prossimi anni si moltiplicheranno i commenti della presente sentenza, commenti che aiuteranno ad approfondire i profili, non soltanto giuridici, ma anche di storia della libertà religiosa nell'ambito anglosassone e nordamericano, che si trovano nel testo della decisione. In queste pagine cercheremo di presentare i principali elementi del caso, e di offrire alcune riflessioni che possano aiutare a capire i possibili sviluppi futuri dei ragionamenti usati dalla Corte Suprema.

2. FATTI PRINCIPALI

Dal 1999 Cheryl Perich ha lavorato come insegnante presso la *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School* (Redford, Michigan). Dopo diversi anni nella stessa scuola, e dopo aver seguito un corso di formazione teologica specifica, Perich era stata assunta come maestra secondo la denominazione di *called teacher*, cioè, come persona chiamata da Dio allo svolgimento del suo ruolo docente e di altri ruoli di guida religiosa all'interno della scuola. Gli altri insegnanti della scuola che non avevano questa condizione erano chiamati *lay teachers*. Queste denominazioni erano quelle usate comune-

⁵ Difatti, le due posizioni contrapposte nel caso sono state ufficialmente sostenute da un grande numero di istituzioni e associazioni. Offriamo un elenco dei pareri giuridici presentati davanti alla Corte, il che permette di farsi un'idea dell'importanza del caso e della vastità delle istituzioni interessate al suo esito (tutti i pareri, anche quello presentato dall'Amministrazione federale contro l'applicazione della *ministerial exception* in questo caso, possono essere consultati on-line: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/hosanna-tabor-evangelical-lutheran-church-and-school-v-eeoc>). *Amicus Briefs Supporting Petitioner (Hosanna-Tabor Church and School)*: American Association of Christian Schools; American Center for Law and Justice and the Intersarsity Christian Fellowship/USA Urging Reversal; American Jewish Committee and the Union for Reform Judaism; American Bible Society et al.; Council for Christian Colleges and Universities; Evangelical Covenant Church et al.; International Center for Law and Religious Studies at Brigham Young University; International Mission Board of The Southern Baptist Convention et al.; Justice and Freedom Fund; Lutheran Church-Missouri Synod; Michigan and 7 Other States; Muslim-American Public Affairs Council et al.; Professor Eugene Volokh et al.; Religious Organizations and Institutions; Rutherford Institute; Jewish Educational Center et al.; Religious Tribunal Experts; Trinity Baptist Church in Support of Jacksonville; United States Conference of Catholic Bishops et al.; Wallbuilders, Inc. *Amicus Briefs Supporting Respondent (EEOC et al.)*: NAACP Legal Defense Fund et al. Urging Affirmance; People for the American Way; Law and Religion Professors; Bishopaccountability.org et al.; Antitrust Professors and Scholars; Anti-Defamation League; Americans United for Separation of Church and State et al.; American Humanist Association and American Atheists, Inc. et al.; National Employment Lawyers Association; Neil H. Cogan Urging Affirmance.

mente nelle scuole sponsorizzate dalle chiese luterane nel Missouri.⁶ Perich si occupava degli alunni della quarta elementare. Oltre ad insegnare diverse materie secolari, si occupava dell'insegnamento della religione e dirigeva le preghiere quotidiane dei suoi alunni. Due volte l'anno dirigeva anche il servizio religioso in cappella, alla presenza dei suoi alunni e di altri alunni della scuola.

Prima dell'inizio dell'anno scolastico 2004-2005, a Perich fu diagnosticata una narcolessia a causa della quale fu costretta a chiedere un anno di assenza lavorativa per malattia. Nel gennaio del 2005, Perich comunicò al preside della scuola che sarebbe stata in grado di tornare al lavoro verso la fine del primo semestre. Il preside la informò del fatto che avevano già assunto un altro professore per coprire il suo posto per quell'anno scolastico. D'altra parte, rimanevano dei dubbi sul fatto che l'insegnante fosse in grado di tornare alla sua attività docente.

La congregazione luterana offrì allora alla Perich il pagamento di una parte delle rate della sua assicurazione sanitaria, in cambio della rinuncia al posto di *called teacher*. Perich rifiutò l'offerta, e minacciò la scuola di intraprendere delle azioni legali se non fosse stata subito riammessa. Dopo diversi incontri ed scambi di lettere, la congregazione luterana decise la rescissione del contratto di Perich come *called teacher*, prendendo come fondamento per tale decisione il suo comportamento insubordinato e il danno causato al suo rapporto con la scuola con la sua minaccia d'intraprendere azioni legali.

A quel punto, Perich presentò il suo caso all'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), la quale, alla vista dei fatti esposti, decise di citare la scuola Hosanna-Tabor dinanzi alla corte distrettuale del Missouri.⁷ Secondo la EEOC, il licenziamento di Perich era stato deciso come rappresaglia per la sua minaccia di azione contro la scuola, e comportava una violazione dell'*Americans with Disabilities Act*, che vieta ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità.⁸ Perich aderì alla domanda.⁹

La scuola Hosanna-Tabor invocò allora la *ministerial exception*, argomentando che la causa concerneva il rapporto di lavoro tra un'istituzione religio-

⁶ Nell'ambito del Sinodo della Chiesa Evangelico Luterana del Missouri, i *called teachers* ricevevano allora anche il titolo formale di *commissioned ministers* (cfr. *Hosanna-Tabor v. EEOC*, *Opinion of the Court*, 1, A, p. 2).

⁷ I tribunali distrettuali sono i principali tribunali di prima istanza nel sistema giudiziario federale statunitense. Essi hanno competenza per quasi tutti i tipi di procedimenti federali. I procedimenti davanti ai tribunali distrettuali sono condotti da un solo giudice, singolarmente o con la partecipazione di una giuria.

⁸ Cfr. 42 U. S. C. §12101 *et seq.*, 1990.

⁹ La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), così come alcune *fair employment practices agencies* statali (FEPA) indagano, mediano e possono presentare azioni legali per conto dei lavoratori, in relazione al Titolo VII del *Civil Rights Act*. Il Titolo VII prevede inoltre che un cittadino possa intentare una azione legale privata.

sa e uno dei suoi ministri. La corte distrettuale del Missouri fu d'accordo con l'applicabilità dell'eccezione al caso in esame.¹⁰

La corte d'appello competente – *Sixth Circuit* –, dopo aver riconosciuto in astratto l'esistenza della *ministerial exception* – basata sul Primo Emendamento della Costituzione –, arrivò invece alla conclusione che tale eccezione non fosse applicabile al caso. Secondo la corte, Cecyl Perich, pur avendo ricevuto formalmente la nomina di *called minister*, non adempieva funzioni molto diverse da quelle svolte dagli altri maestri della scuola (*lay teachers*), e quindi il suo ruolo non poteva essere inteso come ministeriale.¹¹

3. PRINCIPALI ARGOMENTI GIURIDICI

Il successivo intervento della Corte Suprema ebbe origine e fondamento proprio nell'affermazione della corte d'appello secondo la quale la *ministerial exception* non era applicabile al caso di licenziamento di Cecyl Perich.¹²

Nella sua decisione, la Corte Suprema – dopo aver riconosciuto di nuovo l'esistenza di una *ministerial exception* fondata sulle *Religion Clauses* del Primo Emendamento – afferma che l'applicabilità dell'eccezione nei casi di licenziamento potenzialmente contrario alle leggi antidiscriminazione, da parte di una istituzione religiosa, dovrà essere decisa caso per caso, tenendo conto del tipo di rapporto esistente tra l'istituzione religiosa e la persona licenziata.¹³

La Corte spiega, d'altra parte, che la *ministerial exception* funziona come vera difesa affermativa, e non come mera eccezione giurisdizionale. Cioè, la applicazione dell'eccezione non significa che il tribunale si dichiari incompetente per conoscere la causa, ma significa che le leggi antidiscriminazione che in un altro tipo di rapporto avrebbero permesso l'indennizzo del lavoratore, non sono applicabili nei casi dei ministri delle confessioni religiose. Quindi, nei casi nei quali un'istituzione religiosa propone la *ministerial exception*, al tribunale giudicante spetta in primo luogo l'analisi del rapporto tra la confessione religiosa e il lavoratore, per verificare l'applicabilità dell'eccezione sollevata, ma non lo studio dei motivi del licenziamento, che verrebbero analizzati soltanto se la eccezione non fosse applicabile nel caso concreto.¹⁴

¹⁰ Cfr. U. S. District Court for the Eastern District of Michigan, No. 07-14124, 23 ottobre 2008.

¹¹ Cfr. *EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School*, 597 F. 3d 769, 777 (6th Cir. 2010).

¹² La Corte Suprema è il tribunale di ultima istanza del sistema giudiziario federale. In generale, la Corte accetta di giudicare solo i casi in cui le corti d'appello hanno dato pareri discordanti, o quelli che presentano importanti questioni costituzionali o relative all'interpretazione delle leggi federali e per le quali si rendano necessari chiarimenti.

¹³ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EEOC*, Opinion of the Court, IV, p. 21.

¹⁴ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EEOC*, Opinion of the Court, III, p. 20, nota 4.

Ad ogni modo, la Corte Suprema sottolinea come, nei casi di licenziamento o non selezione di un ministro, la *ministerial exception* protegge l'istituzione religiosa anche quando i motivi della decisione non siano stati di carattere religioso. Secondo la Corte Suprema, quello che va protetto, con fondamento nel Primo Emendamento della Costituzione, è la autonomia delle confessioni religiose per selezionare e controllare i propri ministri.¹⁵

Venendo al caso concreto in esame, la Corte Suprema afferma decisamente la applicabilità della *ministerial exception*. Non soltanto perché Cecyl Perich avesse ricevuto dalla confessione luterana una nomina formale di *called teacher*, ma anche per il contenuto materiale e le caratteristiche del suo lavoro all'interno della scuola Hosanna-Tabor. Nel corpo principale della sentenza si spiega come Cecyl Perich, tramite il suo compito d'istruzione religiosa, svolgesse un importante ruolo nella trasmissione della fede luterana alle generazioni successive,¹⁶ e si fosse impegnata a svolgere tale ruolo secondo la Parola di Dio e gli standard confessionali della Chiesa evangelica luterana dedotti dalla Sacra Scrittura.¹⁷

Questo argomento della Corte è uno dei punti principali della sentenza, dato che contiene la ragione ultima per la quale è stata ammessa la applicabilità della *ministerial exception* al caso in esame; vale a dire, la protezione del messaggio di una confessione religiosa e dei destinatari di tale messaggio. Con questo suo ragionamento, la Corte Suprema chiarisce come la *ministerial exception* non è solo un mezzo di salvaguardia dell'autonomia delle confessioni religiose nella selezione dei propri ministri, ma è anche un vero e proprio strumento di protezione del messaggio di ogni singola confessione religiosa e della libera trasmissione di tale messaggio. Qualsiasi tipo di ingerenza esterna in quest'ambito priverebbe le confessioni religiose del controllo sulla selezione, non soltanto di chi svolge funzioni religiose all'interno della confessione, ma anche di coloro che personificano le sue credenze.¹⁸

Sebbene sia importante l'interesse dello Stato e della società nella osservanza delle leggi antidiscriminazione nell'ambito lavorativo, non è meno importante l'interesse delle confessioni religiose nella scelta delle persone che predicheranno il proprio messaggio, insegneranno la propria fede o porteranno avanti la propria missione. Secondo la Corte, nei casi nei quali

¹⁵ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Opinion of the Court, III, p. 20. La Corte afferma che, secondo la confessione luterana, il motivo principale del licenziamento in questo caso era stato di tipo religioso, dato che la minaccia d'intraprendere azioni legali nei confronti della scuola andava contro la credenza della confessione luterana secondo la quale i membri devono risolvere le proprie dispute all'interno della confessione (cfr. *ibid.*, Opinion of the Court, I, B, p. 15).

¹⁶ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Opinion of the Court, III, p. 17.

¹⁷ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Opinion of the Court, III, p. 16.

¹⁸ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Opinion of the Court, II, C, p. 13.

è applicabile la *ministerial exception*, questo secondo interesse deve prevalere.¹⁹

Questa profonda ragione di protezione del patrimonio dottrinale e morale di ogni confessione religiosa, come uno dei fondamenti ultimi della *ministerial exception*, si trova ancora più presente nei voti particolari emessi dal giudice Thomas e dal giudice Alito, quest'ultimo con l'adesione del giudice Kagan.²⁰

In primo luogo, secondo il giudice Thomas, è importante la decisione del tribunale di non offrire un elenco di caratteristiche che dovrebbe possedere la figura del ministro nelle confessioni religiose per poter verificare l'applicabilità della *ministerial exception*. Tale elenco, in sé stesso, comporterebbe una violazione dell'autonomia delle confessioni religiose perché potrebbe indurre le confessioni ad adeguare i propri standard ministeriali a tali caratteristiche.²¹ D'altro lato, secondo i giudici Alito e Kagan, nel determinare l'applicabilità della *ministerial exception*, ogni tribunale dovrà analizzare le funzioni svolte, all'interno della confessione religiosa, dalla persona licenziata. Tali funzioni, come aveva già esplicitato la motivazione della sentenza, non necessariamente dovranno essere funzioni religiose di culto o di direzione, ma potranno essere funzioni di trasmissione del messaggio della confessione.²²

Andando ancora in profondità sulle ragioni che fondano la *ministerial exception*, il giudice Alito spiega nel suo voto particolare come, nella storia degli Stati Uniti e non solo, l'autonomia delle confessioni religiose sia servita precisamente come difesa di fronte ad alcune leggi civili oppressive dei diritti fondamentali.²³ Secondo il giudice, questo contributo delle confessioni religiose alla strutturazione delle diverse società civili è una delle ragioni più profonde per fondare la protezione del patrimonio dottrinale e morale di ogni confessione tramite l'applicazione della *ministerial exception*. D'altra

¹⁹ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Opinion of the Court, IV, p. 21.

²⁰ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EECO et al.*, Concurring Opinions by Justice Thomas (pp. 1-2), and Justices Alito and Kagan (pp. 1-10).

²¹ Cfr. *Hosanna-Tabor v. EECO*, Concurring Opinion by Justice Thomas, p. 2.

²² "The First Amendment protects the freedom of religious groups to engage in certain key religious activities, including the conducting of worship services and other religious ceremonies and rituals, as well as the critical process of communicating the faith (...). The 'ministerial' exception should be tailored to this purpose. It should apply to any 'employee' who leads a religious organization, conducts worship services or important religious ceremonies or rituals, or serves as a messenger or teacher of its faith" (*Hosanna-Tabor v. EECO*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, p. 2). "These include those who serve in positions of leadership, those who perform important functions in worship services and in the performance of religious ceremonies and rituals, and those who are entrusted with teaching and conveying the tenets of the faith to the next generation" (*Hosanna-Tabor v. EECO*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, p. 3).

²³ *Hosanna-Tabor v. EECO*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, pp. 2 y 3.

parte – e sempre secondo i giudici Alito e Kagan –, dato che la credibilità dei contenuti trasmessi da ogni confessione religiosa dipende in gran parte dal carattere e dalla condotta di quelli che trasmettono tali contenuti, la protezione dei patrimoni dottrinali tramite l'applicazione della *ministerial exception* sarebbe auspicabile anche nei casi di licenziamento di persone che svolgono funzioni di docenza religiosa in istituzioni sociali dipendenti dalle confessioni religiose.²⁴

3. VALUTAZIONE DELLA SENTENZA

Come si può vedere, la *ministerial exception*, come delineata dalla Corte Suprema in questo suo primo caso sull'argomento, offre una vasta protezione all'autonomia delle istituzioni religiose nei casi che potrebbero comportare l'applicazione di una norma antidiscriminazione a seguito del licenziamento o la non selezione di un lavoratore.²⁵ D'altra parte, la protezione dell'auto-

²⁴ “When it comes to the expression and inculcation of religious doctrine, there can be no doubt that the messenger matters. Religious teachings cover the gamut from moral conduct to metaphysical truth, and both the content and credibility of a religion’s message depend vitally on the character and conduct of its teachers. A religion cannot depend on someone to be an effective advocate for its religious vision if that person’s conduct fails to live up to the religious precepts that he or she espouses. For this reason, a religious body’s right to self-governance must include the ability to select, and to be selective about, those who will serve as the very ‘embodiment of its message’ and ‘its voice to the faithful’ (*Petruska v. Gannon Univ.*, 462 F. 3d 294, 306, CA3 2006). A religious body’s control over such ‘employees’ is an essential component of its freedom to speak in its own voice, both to its own members and to the outside world” (*Hosanna-Tabor v. EECO*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, I, p. 4). “The ‘ministerial’ exception gives concrete protection to the free ‘expression and dissemination of any religious doctrine’. The Constitution leaves it to the collective conscience of each religious group to determine for itself who is qualified to serve as a teacher or messenger of its faith” (*Ibid.*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, I, p. 5).

²⁵ Di recente, anche la Corte Europea dei Diritti Umani si è dovuta occupare di diversi casi relativi all'autonomia delle confessioni religiose nella selezione e nomina dei propri ministri. Come si può constatare dalla lettura di queste decisioni, il modo d'impostare la protezione dell'autonomia delle confessioni religiose che offre la *ministerial exception* è diverso da altri modi che vengono adoperati nell'ambito giuridico europeo. In casi simili, alcuni tribunali europei hanno dichiarato l'autonomia della confessione religiosa soltanto dopo aver analizzato la congruenza con i principi fondamentali dell'ordine legale – in particolare con il principio della non arbitrarietà – delle ragioni allegate per far a meno di un proprio ministro o lavoratore (cfr., a questo riguardo, l'apposita dottrina sviluppata recentemente dalla Corte Federale tedesca, tale come descritta nelle sentenze della Corte di Strasburgo: *Baudler v. Germany*, application no. 38254/04; *Reuter v. Germany*, application no. 39775/04; *Müller v. Germany*, application no. 12986/04). I tribunali americani, invece, come abbiamo già segnalato, analizzano *in primis* il tipo di rapporto tra la confessione religiosa e la persona licenziata, per constatare l'applicabilità della *ministerial exception*. Se la eccezione è applicabile, il tribunale non fonda la sua decisione sulla legittimità giuridica delle ragioni allegate per il licenziamento, siano ragioni religiose o meno, ma proprio nell'autonomia della confessione religiosa nel prendere quel tipo di provvedimenti.

nomia delle confessioni religiose tramite la *ministerial exception* si unisce, nel caso nordamericano, a quell'offerta dal diritto di libertà d'associazione. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema, forzare un gruppo ad accettare certi membri può danneggiare la sua capacità di esprimere i propri pareri davanti alla società.²⁶ Quindi, anche nella protezione della libertà religiosa tramite il diritto di libertà di associazione, il supremo tribunale da priorità, tra i suoi argomenti, al diritto di ogni gruppo associato, e in particolare dei gruppi religiosi, ad esprimere liberamente i pareri condivisi dai membri dell'associazione.²⁷

Come abbiamo già segnalato, nei casi di non selezione o licenziamento di una persona che svolge funzioni di docenza religiosa nella confessione, la *ministerial exception* trova il suo fondamento ultimo nella protezione del patrimonio dottrinale della confessione religiosa, autentico bene giuridico condiviso dall'insieme dei membri di ogni confessione. Questo fa sì che la *ministerial exception* potrebbe essere ugualmente applicabile ai casi di persone che, pur non essendo ministri della confessione, svolgono funzioni di docenza religiosa – di trasmissione di quel patrimonio – in un'istituzione educativa di qualsiasi livello: professori di religione nelle scuole, di teologia nelle università, ecc. In particolare, il rapporto dei professori di religione o di teologia delle istituzioni cattoliche con la autorità ecclesiastiche, tale come è definito dalla vigente normativa canonica, renderebbe pienamente applicabile la *ministerial exception* nei casi di licenziamento o non selezione di un insegnante. Infatti, questo tipo d'insegnanti, così come nel caso esaminato

²⁶ "Applying the protection of the First Amendment to roles of religious leadership, worship, ritual, and expression focuses on the objective functions that are important for the autonomy of any religious group, regardless of its beliefs. As we have recognized in a similar context, 'forcing a group to accept certain members may impair [its ability] to express those views, and only those views, that it intends to express' (*Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640, 648 [2000]). That principle applies with special force with respect to religious groups, whose very existence is dedicated to the collective expression and propagation of shared religious ideals (...) Religious groups are the archetype of associations formed for expressive purposes, and their fundamental rights surely include the freedom to choose who is qualified to serve as a voice for their faith" (*Hosanna-Tabor v. EEOC*, Concurring Opinion by Justices Alito and Kagan, 1, pp. 3-4).

²⁷ Nel parere presentato dall'Amministrazione federale americana contro l'applicabilità della *ministerial exception* al caso *Hosanna-Tabor*, veniva affermato che non esiste una tale eccezione con carattere generale fondata sulle *Religion clauses* del Primo Emendamento costituzionale (*Brief for Federal Respondent*, p. 14 e 48-54). Secondo l'Amministrazione federale, i datori di lavoro di carattere religioso potrebbero difendere i propri interessi usando le eventuali eccezioni fondate sulla libertà di associazione, come tutti le altre associazioni di altro tipo (*Brief for Federal Respondent*, p. 31, n. 2). L'affermazione contraria della Corte Suprema – secondo la quale le *Religion clauses* possono fondare la *ministerial exception* – mette in risalto, a nostro avviso, le particolarità associative delle confessioni religiose, che obbediscono in gran parte al valore sociale strutturante dei loro patrimoni formativi.

della Corte Suprema, pur non essendo ministri, ricevono dalla autorità ecclesiastica un incarico di insegnamento religioso, preceduto da un periodo obbligatorio di formazione.²⁸

Ma, a nostro avviso, le ragioni di protezione del patrimonio religioso che fondano le due vie menzionate di protezione della libertà religiosa – diritto di libera associazione e diritto di autonomia nella scelta dei trasmettenti del proprio patrimonio religioso – dovrebbero avere un ruolo importante in un altro tipo di casi, che stanno diventando sempre più frequenti nel panorama sociale nordamericano e mondiale. Ci stiamo riferendo ai casi nei quali, tramite un'applicazione delle norme antidiscriminazione che non ammette esenzioni, quello che va danneggiato non è solo la libertà di un'istituzione religiosa di scegliere gli incaricati di trasmettere il contenuto del proprio patrimonio dottrinale, ma anche la libertà d'ispirare con tale patrimonio istituzioni di carattere educativo, sanitario, assistenziale, di comunicazione sociale, ecc.

Questo capita ad esempio quando, adducendo motivi di discriminazione di un singolo individuo, si cerca di imporre ad una istituzione d'ispirazione religiosa – educativa, sanitaria, sociale, ecc.–, la accettazione o il non licenziamento di lavoratori che hanno uno stile di vita o di svolgimento della pratica professionale contrari a tale ispirazione, col conseguente danno alla libertà religiosa dell'istituzione e dei suoi beneficiari, che cercano precisamente la prestazione di un servizio sociale secondo quella determinata ispirazione. Nell'ambito educativo i casi più significativi sono quelli dei professori che non si occupano direttamente dell'insegnamento religioso, ma che svolgono le loro funzioni docenti all'interno di un'istituzione d'ispirazione religiosa. Tali professori assumono – all'inizio del loro incarico e in modo giuridicamente vincolante – il ruolo ispiratore del messaggio della confessione nello svolgimento delle proprie funzioni.²⁹

A questo riguardo, conviene far notare come, nella sentenza *Christa Dias vs. Archdiocese of Cincinnati et al.*, un giudice distrettuale dell'Ohio abbia affermato che, secondo la dottrina della Corte Suprema contenuta in *Hossana-Tabor*, la *ministerial exception* non sarebbe applicabile al caso di una maestra d'informatica – non sposata – di una scuola cattolica, che resta incinta mediante inseminazione artificiale.³⁰ Nel testo della sentenza, invece, lo stesso giudice fa intendere che la *ministerial exception* sarebbe applicabile nel caso in cui la materia insegnata fosse stata quella di religione, precisamente per

²⁸ Cfr. CIC, cc. 804 § 2, 805 e 812.

²⁹ Non vogliamo dire, ovviamente, che la *ministerial exception* sia sempre applicabile in questo tipo di casi, ma sì che le ragioni di protezione della libertà religiosa che sottostanno alla *ministerial exception* dovrebbero essere tenute in conto nel loro esame.

³⁰ Cfr. U.S. District Court for the Southern District of Ohio, Western Division in *Cincinnati*, No. 1:11-cv-00251, 29 marzo 2012.

il fatto di essere necessario un titolo ufficiale e un incarico formale da parte dell'autorità religiosa (“any sort of religious title or commission”), dopo aver constatato la presenza delle abilità necessarie nella persona selezionata (“reviewing her skills in ministry”).³¹ La sentenza è interessante perché è stata la prima ad aver tenuto in conto i principi della sentenza *Hossana-Tabor* nell'ambito scolastico.³²

Altre situazioni di discriminazione religiosa istituzionale – fondata su misure contro quelle che vengono presentate come potenziali discriminazioni individuali – emergono quando le istituzioni d'ispirazione religiosa vengono obbligate dall'autorità civile a svolgere funzioni contrarie alla propria ispirazione, talvolta anche condizionando la concessione di aiuti economici pubblici alla messa in atto di tali funzioni. Un esempio recente lo troviamo proprio nell'ambito statunitense, dove le ultime misure in tema di assicurazione sanitaria varate dall'Amministrazione federale prevedono, anche per le strutture cattoliche, l'obbligo di fornire ai propri dipendenti l'assicurazione per una gamma di servizi sanitari che comprendono aborto, sterilizzazione e contraccezione.³³

Il rischio si fa ancora più imminente nel caso di norme antidiscriminazione i cui presupposti sono giuridicamente diffusi. Tale fu la denuncia fatta dalla Delegazione della Santa Sede, il 18 dicembre 2008, alla 63^a sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite in relazione alla *Dichiarazione su diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere*, promossa dalla Presidenza francese dell'Unione europea, che aveva l'obiettivo – apprezzato da tanti paesi e anche dalla Santa Sede – di condannare ogni forma di violenza nei confronti delle persone omosessuali, come pure di spingere gli Stati a prendere le misure necessarie per metter fine a tutte le sanzioni penali contro di esse.

³¹ Cfr. *Ibid.* pp. 7-13.

³² Da un lato, non sorprende la non applicazione della *ministerial exception* al caso in esame. Dall'altro, sorprende il modo in cui la sentenza abbia usato l'argomento della discriminazione sessuale per obbligare la scuola a reintegrare nel suo posto una maestra il cui comportamento non è conforme ai principi morali che ispirano il centro docente. Secondo il giudice, pur essendo la pratica dell'inseminazione artificiale contraria alla dottrina cattolica, l'uso di tali mezzi soltanto sarebbe avvertibile nelle maestre – a motivo della loro gravidanza – , il che sarebbe per loro causa di discriminazione nei confronti dei maestri di sesso maschile. Secondo il giudice sarebbe questa una situazione di “pregnancy discrimination” (*Ibid.*, pp. 15-17).

³³ Cfr. *Health Care and Education Reconciliation Act (2010, Public Law No: 111-152)*; *Patient Protection and Affordable Care Act (2010, Public Law No: 111-148)*. Come è noto, lungo il 2012 più di un centinaio di istituzioni cattoliche e protestanti – tra cui alcune diocesi – hanno presentato azioni contro il carattere discriminante di tali disposizioni assicurative. Per un'informazione aggiornata sull'andamento di questi casi, si può consultare il sito web della *Becket Fund for Religious Liberty* (<http://www.becketfund.org>), lo stesso studio legale che portò avanti la difesa di *Hosanna-Tabor Church and School* nel caso che abbiamo appena considerato.

Ma, secondo l'intervento dell'osservatore permanente della Santa Sede, la formulazione della Dichiarazione andava ben al di là di quell'intento, dato che nel testo venivano introdotte, come nuove categorie di discriminazione, l'orientamento sessuale e l'identità di genere, categorie che non trovano riconoscimento o chiara e condivisa definizione nel diritto internazionale, e che quindi potevano essere causa di grave incertezza giuridica nel caso tale categorie dovessero essere prese in considerazione nella traduzione in pratica dei diritti fondamentali.³⁴

La Dichiarazione promossa dalla Presidenza francese dell'Unione Europea non fu allora approvata, ma i pericoli segnalati dalla delegazione della Santa Sede nel suo intervento hanno avuto preciso compimento negli anni successivi. Uno dei casi più clamorosi è avvenuto in Gran Bretagna dopo l'entrata in vigore delle disposizioni antidiscriminazione contenute nell'*Equality Act* del 2010.³⁵ In conformità con tali disposizioni, le agenzie britanniche di adozione che ricevono finanziamenti pubblici – qualunque sia la propria ispirazione – non possono fare differenza sulla base degli orientamenti sessuali delle persone che chiedono di prendersi cura dei bambini. La proposta delle agenzie cattoliche di essere esentate dall'applicazione di tale disposizione – proposta assecondata dalla Comunione anglicana – incontrò il rifiuto delle autorità statali, decisione che ha comportato in pratica la chiusura di molte strutture cattoliche impegnate da anni in quell'ambito sociale. D'altra parte, prendendo come base le norme antidiscriminazione dell'*Equality Act*, l'Alta Corte di Giustizia d'Inghilterra e Galles decise nel 2011 il divieto di affidamento di bambini ad una coppia di coniugi cristiani pentecostali, a causa dei loro principi morali in materia di educazione sessuale e di omosessualità.³⁶

Ebbene, come dicevamo all'inizio di questo punto, ci auguriamo che i principi di difesa dei patrimoni dottrinali e morali delle diverse confessioni usati dalla Corte Suprema nella sentenza *Hosanna-Tabor* possano essere usati in futuro, non solo come protezione della trasmissione di tali patrimoni all'interno o verso l'esterno della confessione, ma anche come protezione del diritto dei cittadini appartenenti ad una confessione religiosa d'ispirare il proprio agire civico – personale ed istituzionale – secondo i contenuti dottrinali e morali di tali patrimoni.

³⁴ Cfr. http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_seg-st_20081218: *Statement of the Holy See delegation at the 63rd session of the General Assembly of the United Nations on the 'Declaration on human rights, sexual orientation and gender identity'*, 18 dicembre 2008. "Le religioni, per esempio, potrebbero vedere limitato il loro diritto di trasmettere il proprio insegnamento, quando ritengono che il libero comportamento omosessuale dei fedeli non sia penalizzabile civilmente e, tuttavia, non lo considerano moralmente accettabile" (cfr. *L'Osservatore Romano*, 19 dicembre 2008).

³⁵ Cfr. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

³⁶ Cfr. *Johns v. Derby City Council*, [2011] EWHC 375 [Admin], di 28 febbraio.

Se, viceversa, il diritto di libertà religiosa in relazione con il patrimonio dottrinale di ogni confessione religiosa si restringe alla mera protezione della trasmissione di tale patrimonio – senza rispettare il legittimo ruolo ispiratore che tale patrimonio può avere nella condotta personale e istituzionale dei suoi membri in quanto cittadini –, quello che viene danneggiato è il diritto di ogni membro delle diverse confessioni a contribuire, personalmente o in modo associato, alla strutturazione della società civile secondo i propri valori, condivisi legittimamente dagli altri cittadini.

Una volta costatata, da un lato, la non conflittualità delle pratiche e dei valori di una confessione religiosa con i limiti imposti dai principi fondamentali dell'ordine pubblico, e d'altro lato, il contributo positivo di quel patrimonio all'armonico sviluppo dell'ordine sociale, limitare ingiustificatamente il diritto dei fedeli ad ispirare il proprio agire civile in tali valori diventa una sottile forma di discriminazione religiosa, sottile ma devastante. È il rischio – ormai globale – della discriminazione religiosa fondata sulle leggi antidiscriminazione.

IÑIGO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

SOMMARIO DEL VOLUME XXIV · 2012

Il magistero di Gaetano Lo Castro

L. NAVARRO, <i>Introduzione alla presentazione della trilogia “Il mistero del Diritto” di Gaetano Lo Castro</i>	521
S. BERLINGÒ, <i>La trilogia di Lo Castro: dalla tragedia al mistero</i>	525
R. BERTOLINO, <i>Il mistero del diritto e il diritto del Mistero nella lezione di Gaetano Lo Castro</i>	539
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>Sul concetto di diritto nel pensiero di Gaetano Lo Castro</i>	555
F. VECCHI, <i>Gaetano Lo Castro e il mistero del diritto</i>	565

DOTTRINA

Studi sul Diritto patrimoniale canonico

J. MIÑAMBRES, <i>La ‘stewardship’ (corresponsabilità) nella gestione dei beni temporali della Chiesa</i>	277
M. RIVELLA, <i>Buon governo e corresponsabilità</i>	293
D. ZALBIDEA, <i>Corresponsabilidad (stewardship) y derecho canónico</i>	303

Altri studi

E. BAURA, <i>Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica</i>	13
G. BONI, <i>La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa: linee ricostruttive di una ricerca</i>	325
M. DEL POZZO, <i>La richiesta del battesimo in situazioni contrarie alla dignità del matrimonio</i>	589
W. GÓRALSKI, <i>La canonistica polacca oggi</i>	349
I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, <i>L’ispirazione cristiana con garanzia ecclesiastica nell’ambito universitario: gli accordi di garanzia dottrinale e morale</i>	51
G. M. MORÁN, <i>La canonística medieval y su contribución al desarrollo del pensamiento constitucional contemporáneo</i>	359
L. NAVARRO, <i>La dimissione dallo stato clericale in via amministrativa</i>	609
G. NEDUNGATT, <i>The Eastern Code on the Apostolate of Religious Needs Revision</i>	381
B. F. PIGHIN, <i>Le ordinazioni episcopali senza mandato pontificio e le loro conseguenze canoniche</i>	401

GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Poenalis*, (*Concubinitus*), Sentenza di seconda istanza poi confermata, 14 maggio 2009, McKay, Ponente (con nota di D. CITO) 75
- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Reg. Apuli seu Brundusina-Ostunen*. Nullità del matrimonio. Ammissione di un nuovo capo. Decreto, 31 ottobre 2011. Jaeger, Ponente (con nota di M. DEL POZZO, *La discrezionalità del Tribunale nell'ammissione di un nuovo capo di nullità in appello*) 625

NOTE E COMMENTI

- J. I. ALONSO PÉREZ, *Circa l'eventuale convalidazione matrimoniale della convivenza non matrimoniale civilmente riconosciuta* 99
- S. BERLINGÒ, *Spunti di riflessione sullo stato dell'arte della canonistica* 113
- O. FUMAGALLI CARULLI, *Rinaldo Bertolino e la scienza ecclesiasticistica. Note di presentazione* 123
- J.T. MARTÍN DE AGAR, *Lectio magistralis pronunciata per il Dottorato honoris causa all'Università cattolica di Budapest* 645

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

- J. WAMUYU GITAHI, *The Case for Marriage* (commentary on ROBERT P. GEORGE and JEAN BETHKE ELSHTAIN [eds.], *The Meaning of Marriage: Family, State, Market, and Morals*) 633

Recensioni

- AA. VV., *La deontologia degli operatori dei Tribunali ecclesiastici* (F. Catozzella) 423
- T. J. ALISTE, *Tutela judicial del nasciturus en el proceso civil* (I. Martínez-Echevarría) 131
- A. BAMBERG, *Procédures matrimoniales en droit canonique* (B. Bernard) 675
- I. BOLGIANI, *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative* (M. Rivella) 677
- V. CÁRCEL ORTÍ (Ed.), *La II República y la Guerra Civil en el Archivo Secreto Vaticano* (S. Martínez) 132
- C. CARDIA, *Risorgimento e religione* (A. M. Punzi Nicolò) 134
- W. DANIEL (ed.), *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. Official Latin with English Translation* 678
- M. DEL POZZO, *I luoghi della celebrazione "sub specie iusti" altare, taber-*

- nacolo, custodia degli oli sacri, sede, ambone, fonte battesimale, confessionale* (A. Perlasca) 426
- G. DERVILLE, *La concélébration eucharistique. Du symbole à la réalité* (A. G. Filipazzi) 681
- P. ERDÖ, Sz. A. SZUROMI (a cura di), *Proceedings of the Thirteenth International Congress of Medieval Canon Law, Esztergom, 3-8 August 2008* (T. Sol) 429
- G. FATTORI, *Scienza e diritto nella giustizia della Chiesa. Le scienze umane moderne nella giurisprudenza rotale postconciliare* (F. Catozzella) 140
- A. G. FILIPAZZI, *Gli inizi della Rappresentanza Pontificia in Indonesia (1947-1955)* (J. Canosa) 683
- R. FUSCO, G. ROCCA (a cura di), *Nuove forme di vita consacrata* (V. Lizzio) 434
- F. VON GENTZ, *L'Origine e i principi della rivoluzione americana a confronto con l'origine e i principi della rivoluzione francese* (G. Brienza) 441
- W. GÓRALSKI, *L'errore circa una qualità della persona e la nullità del matrimonio canonico (can. 1097 § 2 CIC)* (T. Rozkrut) 686
- J. HORTA ESPINOZA, *"Eccomi, manda me!" Introduzione al libro III del Codice di Diritto Canonico* (I. Martínez Echevarría) 689
- D. LE TOURNEAU, *Manuel de Droit Canonique* (N. Castello-Branco Bastos) 445
- R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire 1801-2010* (M. Rivella) 691
- J. G. NAVARRO FLORIA (COORDINADOR) – J. BAQUERO – E. X. GOMES – N. PADILLA – V. PRIETO – J. J. RUDA SANTOLARIA, *Acuerdos y concordatos entre la Santa Sede y los países americanos* (A. Filipazzi) 448
- C. PAPALE, *Il Processo penale canonico* (A. Interguglielmi) 693
- T. POCAŁUJKO, *La prevenzione della nullità del matrimonio nella preparazione e nell'ammissione alle nozze con una considerazione del contributo dei tribunali ecclesiastici* (M. C. Bresciani) 143
- S. REGGI, *Atto positivo di volontà e simulazione (can. 1101 § 2). Dottrina e giurisprudenza* (P. Bianchi) 146
- R. SARTOR, *Le convenzioni tra il vescovo diocesano e il superiore di un istituto missionario a norma del can. 790 §1, 2° del CIC. Prassi della Congregazione dei Missionari Oblati di Maria Immacolata* (C. M. Fabris) 151
- D. TETI, V. TETI (a cura di), *Statuti e Riti della Congregazione del SS. ° Crocefisso eretta nella Chiesa Madre di questa Terra di S. ° Nicola* (F. Marti) 451
- C. VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo* (M. del Pozzo) 695
- E. ZANETTI (ed.), *Dopo l'inverno. Testimonianze, domande e messaggi di separati, divorziati o risposati che vivono nella Chiesa* (M. C. Bresciani) 153

- G. ZANNONI, *Il diritto canonico nell'ontologia della fede. Il fatto giuridico evento dell'umano* (C. J. Errázuriz) 157

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

- Motu proprio "Quaerit semper", 30 agosto 2011 (con nota di J. LLOBELL, *La competenza e la procedura per la dispensa "super quolibet matrimonio non consummato" nel m.p. "Quaerit semper"*) 457
- Discorso al Bundestag, Berlino, 22 settembre 2011 (con nota di M. DEL POZZO, *L'intelligenza del diritto di Benedetto XVI*) 163
- Discorso alla Rota Romana, 21 gennaio 2012 (con nota di E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*) 701

Atti della Santa Sede

- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Alcuni decreti riguardanti i tribunali interdioesani (con nota di P. MALECHA, *I tribunali interdioesani alla luce dei recenti documenti della Segnatura Apostolica. Alcune considerazioni pratiche*) 183
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decretum generale exsecutorium "Saepe saepius" de actis iudicialibus conservandis*, 13 agosto 2011 (con commento di A. PERLASCA) 483

Atti delle Conferenze episcopali

- CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, CONSIGLIO PERMANENTE, Nota *L'accesso nelle chiese*, 31 gennaio 2012 (con nota di M. RIVELLA) 493

Legislazione dello Stato della Città del Vaticano

- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, Legge n. CXXXII sulla protezione del diritto di autore sulle opere dell'ingegno e dei diritti connessi, 19 marzo 2011 (con nota di J. C. RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA) 209

Giurisprudenza civile

- ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE-SEZIONI UNITE CIVILI, Ordinanza 6 luglio 2011, n. 14839/11 (con nota di B. SERRA, *Sulla responsabilità civile del giudice canonico. Profili giurisdizionali*) 233
- CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, sentenza *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, 11 gennaio 2012 (con nota di I. MARTÍ-

NEZ-ECHEVARRÍA, *La discriminazione religiosa fondata sulle leggi antidiscriminazione: un rischio giuridico ormai globale*)

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Gennaio 2013

(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