

IUS  
ECCLESIAE

«Ius Ecclesiae» è la Rivista della Facoltà di Diritto Canonico  
della Pontificia Università della Santa Croce.

★

*Direttore (Editor):* Joaquín Llobell

*Comitato editoriale (Editorial Board):* Eduardo Baura, Javier Canosa, Carlos J. Errázuriz M., Jesús Miñambres (Segretario).

*Comitato scientifico (Advisory Board):* Luis Navarro (Decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce), Nicolás Álvarez de las Asturias (Istituto “San Dámaso”, Madrid), Juan Ignacio Arrieta (Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi), Geraldina Boni (Università di Bologna), Vincenzo Buonomo (Pontificia Università Lateranense), Ernest Caparros (Emerito all’Università di Ottawa), Louis-Léon Christians (Università Cattolica di Louvain-la-Neuve), Orazio Condorelli (Università di Catania), Giuseppe Dalla Torre (Libera Università Maria Ss.ma Assunta di Roma), Gaetano Lo Castro (Emerito all’Università La Sapienza di Roma), Jorge Otaduy (Università di Navarra), Francisca Pérez-Madrid (Università Centrale di Barcellona), Helmuth Pree (Università di Monaco di Baviera), Carlos Salinas (Università Cattolica di Valparaiso, Cile), Ilaria Zuanazzi (Università di Torino).

*Indexes and Databases:* «Ius Ecclesiae» is indexed in Canon Law Abstracts (<http://abstracts.clsgbi.org/index.html>); Dialnet. Universidad de la Rioja: <http://dialnet.unirioja.es/>; Gruppo Italiano Docenti Diritto Canonico. Bibliografia canonistica: <http://www.gidcc.org/biblio-keyword.asp>; Instituto Martín de Azpilcueta dell’Universidad de Navarra: <http://www.unav.es/ima/basesdatos/studia.html>; Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose (OLIR): [www.olir.it/](http://www.olir.it/).

Vedi alla fine della Rivista le Indicazioni per i collaboratori.

★

Via dei Farnesi 82, I 00186 Roma,  
tel. +39 06 68164500, fax +39 06 68164600, [iusecc@pusc.it](mailto:iusecc@pusc.it)

★

*Nihil obstat:* J. T. Martín de Agar

*Imprimatur:* Vicariato di Roma  
Roma, 6 maggio 2014

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.

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE  
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XXVI · N. 1 · 2014

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](mailto:fse@libraweb.net)

*Uffici di Pisa:* Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,  
tel. +39 050 542332, fax +39 050 574888, [fse@libraweb.net](mailto: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](mailto: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](http://www.libraweb.net)

*Print and/or Online official subscription rates are available  
at Publisher's web-site [www.libraweb.net](http://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 2014 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](http://www.libraweb.net)

Stampato in Italia · Printed in Italy

# SOMMARIO

## DOTTRINA

- R. BERTOLINO, *Peregrinazioni intorno al diritto ecclesiale* 11
- M. DEL POZZO, *La struttura “ordo-plebs” cardine del sistema costituzionale canonico* 27
- O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio canonico, matrimoni religiosi, proliferazione delle unioni para-matrimoniali* 49
- E. OMOROGBE, *The Institute of Canonical Possession in the 1983 Code of Canon Law* 67

## GIURISPRUDENZA

- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto del Segretario, *Scelta della chiesa di una nuova parrocchia*, 5 luglio 2011 (con nota di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*) 89
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto del Prefetto in Congresso, *Soppressione di parrocchia*, 23 settembre 2011 (con nota di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*) 92
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto del Segretario, *Circa l'uso di una chiesa*, 20 gennaio 2012 (con nota di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*) 99

## NOTE E COMMENTI

- E. BAURA, *La funzione consultiva del giurista nella Chiesa* 113
- D. LE TOURNEAU, *Le canon 220 et les droits fondamentaux à la bonne réputation et à l'intimité* 127
- A. SARAI, *Recenti modifiche al sistema penale e amministrativo dello Stato delle Città del Vaticano: una prima lettura* 149

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

### *Note bibliografiche*

- J. LLOBELL, *“Common law”, proceso judicial y ecología de la justicia. Reflexiones de un canonista a propósito de un reciente libro (a propósito del volume di T. ALISTE, Sistema de “Common Law”)* 169

## Recensioni

- G. BERTOLINI, *La simulazione del 'bonum coniugum' alla luce della giurisprudenza rotale* (R. Bertolino) 187
- M. CATTERIN, *L'insegnamento della religione nella scuola pubblica in Europa. Analisi e contributi di istituzioni europee* (F. Chica Arellano) 194
- M. DEL POZZO, *Il magistero di Benedetto XVI ai giuristi* (M. Rivella) 196
- C. J. ERRÁZURIZ M., *La parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale. Il munus docendi della Chiesa* (A. G. Filipazzi) 198
- M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional* (P. Cavana) 200
- P. GHERRI (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare* (J. Canosa) 209
- OSSERVATORIO INTERNAZIONALE CARDINALE VAN THUÂN, *V Rapporto sulla Dottrina sociale della Chiesa nel mondo* (G. Brienza) 211
- J. OTADUY (ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa. Actas del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona 9, 10 y 11 de noviembre de 2011)* (J. Miñambres) 213
- J. WITTE JR., *Diritto e protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana* (G. Brienza) 215

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

EDUARDO BAURA, Ordinario di Parte generale del Diritto canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

RINALDO BERTOLINO, Professore emerito di Diritto Canonico. Università di Torino.

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

MASSIMO DEL POZZO, Straordinario di Diritto costituzionale canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, Ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico. Università cattolica del Sacro Cuore.

DOMINIQUE LE TOURNEAU, Docente di Diritto canonico. *Studium* de Droit canonique de Lyon.

JOAQUÍN LLOBELL, Ordinario di Diritto processuale canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

EDWIN OMOROGBE, Dottore in Diritto canonico. Ottawa, Canada.

ALESSIO SARAIS, Viceprefetto aggiunto presso la Direzione centrale degli affari dei culti. Ministero dell'Interno.

Hanno collaborato anche: G. BRIENZA, F. CHICA ARELLANO, P. CAVANA, A. FILIPAZZI, J. MIÑAMBRES, M. RIVELLA.

## DOTTRINA

---

### PEREGRINAZIONI INTORNO AL DIRITTO ECCLESIALE\*

RINALDO BERTOLINO

**P**ERCHÉ desiderare di definire “peregrinazioni” le riflessioni che intendo offrire sul diritto della Chiesa cattolica?

Perché volere qualificare “ecclesiale” questo diritto bimillenario, ormai conosciuto da secoli come canonico?

Proverò a rispondere a questi interrogativi, inoltrandomi nella illustrazione di alcuni istituti, di taluni momenti e peculiarità di questo diritto, che maggiormente mi hanno interessato nella attività di studio e di ricerca su di esso.

Intanto, pellegrino dovrebbe sentirsi ciascun uomo, che avverte sin dalla prima stagione della propria vita di essere dotato di un bastone insicuro e di una ben povera bisaccia rispetto al complesso e incerto cammino di una esistenza, che si affaccia subito come misteriosa.

Pellegrino, si sente poi particolarmente il fedele, l'uomo che creda: perché chiamato a una più ferma e più profonda consapevolezza della transitorietà della propria vita, dell'esperienza relativa e finita della storia dell'umanità, come di quella stessa della creazione; ad essere permanentemente aperto verso cieli e terre nuovi.

Pellegrino deve poi essere, sempre, il giurista; in particolare il canonista. Egli deve infatti vestire il saio umile di chi è chiamato a dare risposte – sovente incerte – alle urgenze difficili, talora insormontabili di un'umanità sempre in cammino; umile, perché consapevole della povertà della strumentazione giuridica di cui dispone rispetto all'alto ideale di giustizia, all'Assoluto di giustizia e di verità, cui deve invece tendere.

Umile, inoltre, se guardi alla parzialità dell'osservazione che gli è consentita: una parte limitata, solo quella rilevante e significativa giuridicamente, rispetto alla ampiezza della realtà sociale e alla totalità di quella storica che lo

\* Testo della lezione tenuta il 7 marzo 2013 nella *Facultad de Derecho* dell'Università Complutense di Madrid, destinato anche alla pubblicazione negli Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre.

circondano: gli occhiali del giurista raramente consentono invero a visioni quadrangolari, a “zoomate” di profondità penetrante. Umile, ancora, nella consapevolezza ulteriore che al giurista è dato di esaminare prevalentemente il passato, di confrontarsi con il presente: di un diritto scritto, di una giurisprudenza precedente o, al più, in atto; ma che la sua interpretazione non riesce quasi mai a consentire alle forse radicali innovazioni, cui le accelerazioni dei tempi invece urgerebbero.

Umile e povero pellegrino – infine, ma principalmente –, perché lo scienziato del diritto non è mai messo in grado di rispondere compiutamente e definitivamente al quesito di cosa sia l’oggetto del suo studio e del suo ricercare: di cosa sia, in realtà, il diritto stesso.

Definire in modo decisivo cosa sia il diritto, il diritto canonico stesso, sembra infatti a me essere pretesa piuttosto intellettuale, teorica, starei per dire dogmatica; che non riesce – né mai può essere – pienamente soddisfatta. Non lo può essere dal punto di vista della più aggiornata scienza giuridica e della moderna teoria generale, che risolvono il diritto – tutto il diritto – nell’esperienza giuridica: un dato posto e un *feri* permanente, il diritto storico (quello normativo) e il diritto vivente; la norma e la sua interpretazione; la dottrina e la giurisprudenza; la prassi (né, certo, della sola Curia Romana – come invece pretenderebbe ancora il can. 19 del vigente Codice di diritto canonico) e la *communis constansque sententia* non dei soli dottori – come di nuovo esigerebbe lo stesso canone: se la norma canonica debba invece essere sempre espressione – come in seguito si vedrà – del *sensus fidei* di tutta la Chiesa.

Ancora – anticipando qui quanto proverò a meglio dimostrare nelle osservazioni seguenti –: come si può pretendere ad absolutezza di posizioni dottrinali, se per il giurista laico il diritto è un mistero; se, quando sia privato di questo mistero, il diritto si riduca a uno dei tanti linguaggi del mondo, a quello odioso del potere e della forza (G. Lo Castro)? Mistero, il diritto secolare risulta per la continua sua esigenza della ricerca di una verità indiscutibile, della giustizia certa; nella sua inadeguatezza dell’essere solo norma posta, legale, rispetto alla doverosa legittimità di tutta l’esperienza giuridica; nel permanente dovere di un *agire cum drectura*, che fa appunto tutto il diritto un *drectum agere*.

Ma ancor più mistero è il diritto della Chiesa, perché mistero è essa stessa, l’Istituzione, cui il canonista deve sempre guardare, secondo il prezioso insegnamento del decreto *Optatam totius* (nr. 16) del Concilio Vaticano II: «[...] nella esposizione del Diritto Canonico e nell’insegnamento della Storia ecclesiastica si tenga presente il Mistero della Chiesa, secondo la costituzione dogmatica “De Ecclesia” promulgata da questo Concilio».

Sembra così a me, dunque, che l’affrontare qualsiasi discorso intorno al diritto, al diritto canonico specialmente, a quello della Chiesa del presente e del non ancora; del già e dell’*eschaton* finale; della *communio ecclesiae et*

*ecclesiarum*, ma anche dei santi; dei salvati e dei peccatori, non possa riuscire altrimenti che una peregrinazione, faticata e incerta: non è, del resto, la Chiesa, pellegrina in questo mondo?

La dottrina canonistica classica – quella italiana stessa, dogmatica –, posteriore alla prima codificazione del 1917, aveva ben compreso le peculiari caratteristiche del diritto canonico e la sua indole particolare, questa e quelle riassumendo sotto l'espressione della sua *elasticità*, che avrebbe reso «spesso difficile la sua distribuzione in schemi istituzionali assoluti» (V. Del Giudice): avvertendo dunque – in modo molto autorevole e dottrinalmente probante – come occorra un *quid pluris*, di sapere giuridico e di sensibilità umana, per affrontare adeguatamente lo studio del diritto canonico: sino ad arrivare a postulare (ancora Del Giudice) l'esigenza di un costante *sentire* del canonista *cum Ecclesia*.

Da questa peculiare tipicità del diritto ecclesiale intendo muovere i primi passi della mia peregrinazione intorno ad esso, ammonendo sin da subito come occorra guardare sempre all'insieme dell'ordinamento giuridico della Chiesa, coglierne lo spirito nella sua interezza e profondità (P. Fedele), non solo in quella propria – e relativa – di singoli e specifici istituti. Come occorra, allora, guardare non alla sola autorità, ma alla posizione e al ruolo di tutti i *christifideles*, non a caso riqualificati dal Vaticano II (*LG*, nr. 30 ss.) nel loro ministero sacerdotale comune; non all'istituzione soltanto, dunque, ma anche al carisma che sempre la muove.

Avvertendo inoltre che un ordinamento fideistico, che postula di conoscere e praticare la Giustizia di Dio, deve avere la permanente consapevolezza che essa, dovendo realizzarsi nella realtà e nelle contingenze del diritto storico, di un ordinamento positivo, di un diritto umano, si farà sempre e soltanto giustizia: con la “g” minuscola, quella relativa, perché raggiungibile unicamente tramite uno strumentario tecnico e perché percettibile soltanto dalla certezza umana del giudice, sia pure quella morale (can. 1608).

La verità è che l'ordinamento ecclesiale e il suo diritto sono racchiusi tra due poli, di difficile rappresentazione concettuale e di ancor più problematica delimitazione concreta (G. Le Bras): la grandezza assoluta di Dio, che si è però fatto uomo nell'Incarnazione; la piccolezza estrema dell'uomo, di ciascun uomo, che si fa invece grande nel suo configurarsi ad immagine dell'Uomo-Dio.

Ancora: mentre il diritto secolare ha conosciuto e sperimentato il progressivo distacco tra etica e diritto (M. Weber; N. Luhmann), il diritto religioso non può che essere morale. È per questo che può assumere la *salus animarum* come legge suprema del proprio ordinamento giuridico (can. 1752); mai dimentico, peraltro – ecco un'altra delle peculiarità proprie ad esso, che ne realizzano la permanente tensione ideale e la menzionata contraddittoria polarizzazione –, che il regno di Dio, che si rivelerà nella *parusia* finale, ha inizio – deve averlo – già in questa terra, così da ben giustificare il dettato del can. 747, § 2 c.i.c.,

secondo cui «È compito della Chiesa annunciare sempre e dovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale, e così pure pronunciare il giudizio su qualsiasi realtà umana, in quanto lo esigono – lo si noti bene – i diritti fondamentali della persona umana e la salvezza delle anime». Quanto a dire – mi sembra si possa affermare – che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali, che assicurano la dignità di ogni essere umano, sono pareggiati alla finalità suprema della legge canonica e dell'ordinamento stesso della Chiesa.

Da qui, ancora, la pretesa, unica rispetto ad ogni altro ordinamento giuridico secolare, di potere disciplinare "l'uno e l'altro foro": di normare e di esercitare la giurisdizione sia nelle relazioni sociali, interpersonali degli uomini; sia – altresì – sul *Rechtsleerer Raum*, sulla *Staatsfreie Sphäre* – tale per il diritto laico –, che la coscienza è. Un foro interiore – si noti bene anche questo – rispetto al quale la Chiesa, attraverso la propria mediazione giuridica, detta regole e disciplina comportamenti che attengono alla relazione medesima tra l'uomo e Dio.

Ne consegue altresì che, nella propria legittimazione costituzionale fondativa dell'essere un diritto divino, e sia pure nella consapevolezza che di fronte alla giustizia di Dio, che è un Mistero, si avrà sempre un solo balbettare della giustizia degli uomini – siano pure *ordinati in sacris* –, l'obbedienza che il legislatore ecclesiale può attendersi – e pretendere – dai *christifideles* non sarà mai soltanto quella giuridica, formale ed esteriore, della legge (come è per gli ordinamenti statali), ma dovrà essere quella "politica" (H.L. Hart); di adesione convinta, di partecipazione attiva e responsabile, fraterna, capace per davvero di realizzare e vivere la Chiesa come una *communio* salvifica.

V'è di più: quando di Dio si predica la Giustizia, non può non predicarsene anche la contestuale, assoluta Verità, la sua onnipotente Carità. È per questo che, tra le norme positive della codificazione canonica sono quelle che (cann. 747-755), in rigorosa punta di diritto, hanno competenza e giustificata legittimità per pretendere di assicurare l'ortodossia del credo religioso.

Quanto alla Carità, ch'essa sia la legge fondamentale dell'ordinamento canonico – la sua evangelica *regula aurea* – discende dal magistero autentico del Legislatore supremo nella Chiesa, quando nella cost. ap. *Sacrae disciplinae leges* ha potuto dettare che «il Codice non ha come scopo in nessun modo di sostituire la fede, la grazia, i carismi e soprattutto la carità dei fedeli nella vita della Chiesa. Al contrario», ha anzi ammonito Giovanni Paolo II, «il suo fine è piuttosto di creare tale ordine nella società ecclesiale che, assegnando il primato all'amore, alla grazia e al carisma, rende più agevole contemporaneamente il loro organico sviluppo nella vita sia della società ecclesiale, sia anche delle singole persone che ad essa appartengono».

Sono molteplici, del resto, i riscontri della piena consapevolezza del Legislatore ecclesiale contemporaneo della straordinaria tipicità del proprio diritto.

Il canonista avvertito conosce bene quanto annose, complesse e variegiate siano state, specialmente negli anni successivi al Concilio Vaticano II, le posizioni dottrinali quanto al metodo di studio e all'essenza medesima del diritto canonico. Tra gli altri, e fra i più autorevoli, W. Aymans e R. Sobański si interrogavano così: la canonistica è una disciplina giuridica con metodo giuridico o una disciplina teologica con metodo teologico; oppure, anche, una disciplina teologica con metodo giuridico o, in fine e in sintesi, una disciplina teologica e giuridica con metodo teologico e giuridico?

Sul punto, decisiva a me sembra essere stata la risposta del Pontefice e Legislatore supremo nella ricordata costituzione apostolica di promulgazione del Codice – sfuggita ai più –, sulla quale occorrerebbe per contro soffermarsi più a lungo di quanto consentito in questa sede, perché costituisce, a mio giudizio, il fondamento di *un'autentica ermeneutica magisteriale sul diritto canonico*. Precisamente nel passo in cui si parla espressamente delle leggi ecclesiastiche, reclamandone ovviamente l'osservanza, Giovanni Paolo II assicurava infatti che nella redazione del Codice massima era stata la diligenza usata «perché esse risultassero basate su un solido fondamento giuridico, canonico e teologico»; quanto a riconoscere – è questa la mia profonda convinzione epistemologica – che il diritto canonico è sempre, per così dire, un *tertium genus*, che deve permanentemente sapere di teologia e di giuridicità.

Altri ancora, ugualmente significativi, i richiami della *Sacrae disciplinae leges* alla tipicità del diritto ecclesiale e della sua fonte primaria, rappresentata dal codice. Il codice giovanneo-paolino del 1983 è stato infatti fondato «nell'eredità giuridico-legislativa della Rivelazione e della Tradizione» e ha inteso corrispondere «in pieno alla natura della Chiesa, specialmente come viene proposta dal magistero del Concilio Vaticano II [...] in particolare modo dalla sua dottrina ecclesiologicala»: dunque, oltre che sulla Scrittura e sul Magistero, petrino e sinodale insieme, il codice fonda sulla Tradizione. «La "novità" fondamentale del Concilio Vaticano II, in linea di continuità con la tradizione legislativa della Chiesa, per quanto riguarda specialmente l'ecclesiologicala costituisce infatti – secondo la costituzione apostolica –, altresì la "novità" del nuovo Codice».

L'inscindibile nesso dogmatico tra Scrittura e Tradizione si proietta in tal modo sulla natura medesima del diritto della Chiesa cattolica: che non potrà mai essere soltanto scritto (*on the books*), ma – come è detto della *common law* – sarà sempre vissuto nel permanente dinamismo della storia (*in action*): nella più alta Tradizione canonica. Il dato è stato di fatti ancora puntualmente registrato, in fedele continuità con l'insegnamento della più risalente dottrina canonistica e con il dettato dell'antico codice piano-benedettino, dal vigente can. 6, § 2: «I canoni di questo Codice, nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica».

La più alta Tradizione della Chiesa si rispecchia in tal modo, sempre e in piena fedeltà, in una tradizione giuridica: quanto a dire, anche, che fede e diritto, ordine e grazia sono sempre – in una convergente tensione ideale – i pilastri dell'ordinamento ecclesiale.

Le ragioni di una specifica particolarità del diritto ecclesiale rispetto a quello secolare erano state, d'altro canto, già avvertite nella Chiesa primitiva, sin dai primi albori. Stava in questa peculiarità, nel bisogno di una radicale differenziazione tra la legge del potere imperiale e quella della grazia del Cristo, se i cristiani dei primi secoli hanno preteso chiamare canone la legge interna della Chiesa, contrapponendola alla denominazione di *nomos*, per quella in vigore nell'Impero. Si badi bene, poi: un canone che – come sarà bene illustrato nelle *Etimologie* di Isidoro di Siviglia – traduce nella espressione greca il concetto latino di regola: precisamente la *regula credendi, orandi, vivendi*, che racchiudeva l'intero orizzonte giuridico della Chiesa del Cristo.

*Regula*, poi – come fu esemplarmente illustrato da Guido da Baisio nel secolo d'oro della canonistica –, tale perché tutta intrisa di diritto divino, continuamente confrontata con i criteri di legittimazione della giustizia di Dio: una *regula vel mensura*, sempre regolata, appunto, sui parametri del diritto divino.

Si che è da sottolineare come un positivo ritorno allo spirito del diritto ecclesiale dei primi secoli la sistematica del nuovo *Codex iuris canonici*, che ha inserito la normazione sul credere nel libro terzo, dedicato alla funzione d'insegnare della Chiesa, e quella *orandi* nel libro quarto, indirizzato a quella di santificare. È invece da lamentare che, in parallelo, non si sia voluto prevedere un apposito libro che racchiudesse la disciplina necessaria alla vita della Chiesa: una *regula* – si noti – davvero *vivendi* per tutta la comunità ecclesiale; non quella sola disciplina chiamata, nel tit. VIII del Libro I (cann. 129 ss.), la *potestà di governo* (l'antica *potestas regiminis*), che io, volentieri – consapevole che nella Chiesa il potere è sempre diaconia, è servizio – avrei invece desiderato indicare come *potestas pascendi*, poiché la vera figura del governante nella Chiesa altra non può essere che quella del Cristo, Pastore buono.

Le peculiarità del diritto canonico, che – tutte – derivano dalla natura della Chiesa, dalla tipicità, vale a dire, dell'ordinamento societario che ne è il sostrato, sono tali che hanno condotto la dottrina a porsi un interrogativo, mai valso per alcun altro diritto secolare: il diritto ecclesiale è veramente diritto?

La risposta all'interrogativo si è intrecciata, com'è naturale, con le vicende storiche dell'ordinamento; più specialmente con la lettura della Chiesa cristiana avutasi, dopo la Riforma, nell'area luterana e protestante. Alla interpretazione di Lutero di una Chiesa, vera e salvata, come di quella unicamente *invisibilis*, ne è seguita la percezione del diritto come del tutto inadeguato

a rappresentarne correttamente l'essenza; sino alla formulazione sintetica di Rudolph Sohm, dell'essere il diritto, per sua natura, incompatibile con l'essenza della Chiesa. E sino, altresì, ad arrivare alla pretesa utopica di Hans Dombois, che quello canonico debba essere, senz'altro, *das Recht der Gnade*: non, dunque, un diritto certamente salvifico – come è per la dottrina cattolica – ma, tale, unicamente quello spirituale, della Grazia e dei carismi, con la conseguente pretermissione della forma istituzionale della *Ecclesia* cristiana.

La Chiesa cattolica, pellegrina nella storia, pur consapevole dell'essere *semper reformanda*, ha ecceduto, se mai, nel contrario: ha infatti ceduto a tale valorizzazione della propria giuridicità da arrivare a presentarsi, nei secoli passati, soprattutto come *societas iuridica*; di più, *perfecta* nel proprio ordinamento storico.

È così occorso, anche in questo ambito, il grande insegnamento del Concilio Vaticano, nella *Lumen Gentium*, nr. 8, per dettare la risposta a mio avviso più equilibrata all'annoso dibattito: «[...] la società costituita di organismi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, la comunità visibile e quella spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa ormai in possesso dei beni celesti, non si devono considerare come due cose diverse, ma formano una sola complessa realtà risultante di un duplice elemento, umano e divino». Né soltanto: il magistero conciliare, che ha saputo armonizzare, sapientemente, cielo e terra, umano e divino, storia e profezia – tutti egualmente espressione della Chiesa del Cristo – ha scolpito la dimensione costituzionale dell'ordinamento, giustificandone la piena compatibilità con un vero diritto e legittimandone, dunque, la piena assunzione al proprio interno: lo ha fatto, guardando alla figura del Fondatore, dell'Uomo-Dio che Cristo è stato: di fatti, ancora per la *Lumen Gentium* (nr. 8), «Per una non debole analogia [...] è paragonata al mistero del Verbo Incarnato. Infatti, come la natura assunta serve al Verbo divino da vivo organo di salvezza, a Lui indissolubilmente unito, in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa serve alla Spirito di Cristo che la vivifica, per la crescita del corpo».

Dio è per davvero entrato, definitivamente, nella storia degli uomini e ne ha assunto tutte le dimensioni, compresa quella della giuridicità e del diritto: con l'incarnazione del Cristo l'*Ecclesia* degli apostoli e dei credenti, degli ordinati e dei *christifideles* si è potuta legittimamente fare ordinamento giuridico. E poiché Cristo ha salvato e salva permanentemente l'uomo, la qualificazione concettuale più appropriata per definire questo ordinamento, davvero unico nella storia, credo debba essere il ritenerlo la *configurazione giuridica dell'ordine della Salvezza*.

È sul piano della Rivelazione e della Redenzione cristiane, non soltanto su quello della Creazione, che va, invero, fondato il diritto ecclesiale e risolto il problema della sua natura. Non risultano infatti appropriate, a mio avvi-

so, né appaiono pertanto sufficienti, pur autorevoli dottrine avanzate nel passato: la teoria istituzionista (quella della canonistica italiana, al seguito della dottrina del Santi Romano) e quella più recente, analogica, di Eugenio Corecco.

Non quest'ultima, perché pretendendo di far discendere la giuridicità del diritto ecclesiale per una *analogia secundum quid* con il diritto statale, fatalmente quella limita e riduce al solo livello su cui può operare il diritto secolare: quello, cioè, naturale. Ma neppure giova il più tradizionale insegnamento che, sul presupposto dell'aureo brocardo dell'*ubi societas, ibi ius*, vorrebbe farne discendere il diritto unicamente dall'indole societaria della Chiesa, perché – se sia vero che nella Pentecoste cristiana l'assemblea dei credenti abbia avvertito e, quindi, originato una forma di autocoscienza ecclesiale (L. Boff) – prima della stessa ci sono state la scelta e l'istituzione da parte del Cristo del Collegio degli apostoli e del suo Capo e la indicazione di un preciso mandato, di indubitabile portato giuridico: «Tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia chiesa. [...] A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli (Mt 16, 18-19)». E ancora: «Andate [...] e ammaestrate tutte le nazioni [...] insegnando loro ad osservare tutto ciò che vi ho comandato (Mt 28, 19-20)».

Di più: è per la tipicità unica del diritto ecclesiale che la intersoggettività, disciplinata dall'ordinamento, non si arresta (come si è visto *supra*) all'ambito delle sole relazioni umane e pretende alla disciplina di quelle stesse tra l'uomo e Dio. Da ultimo – e ancor più significativamente – unicamente all'interno di un ordinamento giuridico (che legittimamente pretende di essere) della salvezza, può pensarsi di dettare – come fa LG, nr. 14: «Non si salva, però, anche se incorporato alla Chiesa, colui che, non perseverando nella carità, rimane sì in seno alla Chiesa col “corpo”, ma non col “cuore”».

A seconda della consapevolezza della Chiesa di quale funzione dovesse assumere nella storia il proprio ordinamento e, pertanto, di quale natura vi avesse il proprio diritto (se quella della *respublica universalis christiana* medioevale, che pretendeva alla pienezza della realizzazione politica e giuridica del proprio potere, sovrapponendosi fino a cancellare quello secolare; oppure, invece, la più avvertita e recente coscienza conciliare, che ha restituito la precisa percezione dell'alterità del Dio cristiano rispetto al Cesare pagano), è mutata la concezione stessa della legge canonica. Di fatto, l'evoluzione storica delle definizioni dottrinali di legge segnala e accompagna la trasformazione della concezione ecclesiologica e societaria della Chiesa cattolica.

La piena consentaneità di natura e del soprannaturale; di fede e di ragione; dell'ordine della Creazione con quello della Redenzione, propria al

mondo medioevale – quando il divino era la strada obbligata, forse l'unica, per la “umanizzazione” dell'uomo – consentiva a san Tommaso, nella I-II, q. 90 della *Summa Theologiae* di sottolineare gli aspetti unicamente naturali – razionali – della legge, come «ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam habet communitatis promulgata». Emergenza, pertanto, soprattutto della *rationabilitas*; ma la *ratio*, la ragionevolezza della norma umana diceva un inscindibile richiamo e un nesso inestricabile con la *Ratio* divina, origine della Creazione, la quale muoveva, pertanto, tutte le realtà umane.

Quando poi, nell'affacciarsi del potere assoluto degli Stati, anche nella Chiesa prevalse la concezione imperativa della legge, la definizione che il Suarez ne diede, nel *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, trascorse dall'elemento cognitivo a quello volitivo, al preminente rilievo del comando del principe e, dunque, anche del Pontefice romano, come «iussum legitimi principis propter bonum subditorum, commune, perpetuum, sufficienter promulgatum».

L'ecclesiologia del Concilio Vaticano II e la rilevanza data agli elementi fondamentali della Rivelazione cristiana, alla Parola e al Sacramento, hanno invece condotto la Scuola teologica del diritto canonico, quella tedesca d'Olttralpe e segnatamente Eugenio Corecco, a interpretare la norma ecclesiale come una esplicitazione diretta della fede, come – *tout court* – *ordinatio fidei*. In tal modo, si sono ricollocati il diritto divino e i conseguenti profili teologici di quello umano come lampada sul moggio della giuridicità ecclesiale, reclamando – a mio avviso, giustamente – l'attenzione della canonistica sul fatto che la giustizia di Dio non può non accompagnarsi – ed essere, pertanto, sempre interpretata – alla luce della fede.

Dimentica, se mai, quella dottrina che la rappresentazione della realtà di Dio nella storia si realizza pienamente anche attraverso le virtù teologiche della speranza e – quanto più conta per il giurista – della carità: così che, a volere seguire quella impostazione ermeneutica sino al fondo, la legge canonica avrebbe dovuto più appropriatamente definirsi come *ordinatio*, insieme, *fidei*, *spei* e *caritatis*: un ordine sempre illuminato, dettato e compatibile con la ragione umana.

Si sarà agevolmente notato, così, come le une e le altre posizioni dottrinali – quelle del passato lontano, riferibili a una Chiesa storicamente più “terrena”, quasi secolarizzata – e queste della contemporaneità – che esigono una Chiesa più spirituale, meno giuridicizzata (come non ricordare, a questo proposito, il diffuso antiggiuridismo che ha accompagnato i lavori del Vaticano II e i tempi della elaborazione codiciale novella?) sembrano meno consentanei al necessario equilibrio tra il fondamento giuridico e quello teologico, compresenti con quello *canonico*, vigorosamente pretesi – come si è ricordato *supra* – per ogni legge ecclesiale dal suo Legislatore supremo.

Così che, volgendo al positivo la riflessione condotta sin qui e volendo provare a dare una definizione più equilibrata e completa della legge canonica, sembra a me che essa possa ultimamente dirsi la *ordinatio iustitiae ratione inluminatae*: un ordine di giustizia, immediatamente rilevante sotto profili giuridici, espressione della superiore Giustizia divina – per come essa è stata rivelata e si rivela continuamente nel Popolo di Dio –, e illuminato dalla ragione umana, nella misura in cui l'uomo, pur balbettando, riesca a tradurla nella storia, giovandosi della propria intelligenza, la risorsa che maggiormente lo distingue da ogni altro essere vivente.

Nelle peregrinazioni intorno alle peculiarità del diritto ecclesiale un posto di rilievo merita senza dubbio – a mio avviso – la consuetudine.

Particolarissima e speciale fonte del diritto, questo istituto ha nell'ordinamento giuridico della Chiesa significato, ruolo ed efficacia ben diversi da quelli che assume – sempre più estenuato, invero – negli ordinamenti statali, soprattutto di quelli a *civil law*.

Per questi, come già per l'antico diritto romano, rilevano i soli elementi, materiali e formali, della consuetudine: l'uso ripetuto nel periodo di tempo richiesto normativamente; la *opinio iuris ac necessitatis*, quanto a dire la percezione della comunità di riferimento della vincolatività e della obbligatorietà giuridiche del comportamento tenuto.

Tutt'altro e ulteriore ruolo ha invece la consuetudine nell'ordinamento canonico, in cui questa specialissima fonte del diritto opera anche con un suo specifico "spirito", con un significato più arricchito.

Vi ha qui rilievo, infatti, l'antica tradizione canonica, criterio ermeneutico suppletivo – come si è già visto – del *ius vetus* (can. 6, § 2): la quale – si badi bene –, per la omogenea e fitta tessitura al proprio interno di tutte le fibre dell'ordinamento religioso, non può non dire un riferimento diretto, continuo, alla Tradizione medesima (quella con la *T* maiuscola), «*quae*», secondo il dettato dogmatico della costituzione conciliare *Dei Verbum*, nr. 8, «*ab Apostolis sub assistentia Spiritus Sancti in Ecclesia proficit*»; nella quale, dunque, cresce «la comprensione tanto delle cose quanto delle parole trasmesse, sia con la riflessione e lo studio dei credenti, i quali le meditano in cuor loro, sia con l'esperienza (si noti l'assonanza con l'esperienza giuridica) data da una più profonda intelligenza delle cose spirituali».

La consuetudine ha infatti un rilievo essenziale nella Chiesa perché riesce a dire, in modo efficace anche dal punto di vista giuridico, la partecipazione organica del popolo cristiano alla *aedificatio Ecclesiae*, alla sua *implantatio* nel secolo e nella storia.

Istituto giuridico e fonte del diritto, la consuetudine è dunque per l'ordinamento canonico un qualcosa di più, di maggiormente fondamentale: vi opera, infatti, come la espressione pratica, nel concreto della vita, del *sensus fidei*

stesso dei credenti, che comunionalmente diviene il *consensus totius Ecclesiae*. Universalità, dunque, «dei fedeli che tengono l'unzione dello Spirito Santo», che – ancora secondo il magistero dogmatico della *Lumen Gentium*, nr. 12 – «non può sbagliarsi nel credere, e manifesta questa sua proprietà mediante il soprannaturale senso della fede di tutto il popolo, quando “dai Vescovi fino agli ultimi fedeli laici” mostra l'universale suo consenso in cose di fede e di morale».

In tal modo la consuetudine consente di realizzare due altissimi momenti dell'ordinamento, di rango costituzionale: l'esercizio concreto del sacerdozio comune dei fedeli – quanto a dire, il modo di collaborazione di ciascun *christifidelis* nella costruzione dell'*ordo Ecclesiae* –, e il profilo societario, complessivo, di questo, giacché *l'universitas fidelium* è l'espressione più autentica e immediata di una Chiesa davvero *communio*.

Ma si può andare oltre e attribuire un significato ulteriore alla consuetudine ecclesiale ancora più penetrante, davvero canonico, nel senso visto *supra*. Se si guarda bene, infatti, nella universalità dei comportamenti apprezzabili giuridicamente, il popolo cristiano realizza una vera e propria ortoprassi, integra una sorta di *infallibitas in agendo*, a fortiori consentita se – come è per *Lumen Gentium* – esso possa essere attore e partecipe della ortodossia medesima della fede della Chiesa, della sua *infallibilitas in credendo*.

Del resto, solo guardando a questo specialissimo profilo della consuetudine canonica, a questo vero e proprio *carisma comunitario*, si riesce a darne una interpretazione precisa e a fare salve la presenza nel dettato normativo e la efficacia operativa dell'*adprobatio legislatoris*, richiesta dal can. 23. Approvazione, che non può evidentemente essere pensata, per la contraddizione non consentita logicamente, come un intervento di sola natura giuridica, che trasformerebbe inevitabilmente la consuetudine in legge medesima; ma deve essere pensata – come ancora reclamato nel nr. 12 della *Lumen Gentium* – come il discernimento del Pastore, partecipe con e nel proprio gregge nella elaborazione di un *sensus fidei* applicato nella esperienza storica della Chiesa locale (o di quella stessa universale).

Un'ultima notazione, non certo marginale ancora in tema di fonti del diritto ecclesiale, riguarda l'equità canonica. Anch'essa, divenuta nel frattempo ormai profilo di secondo rango nel diritto positivo degli Stati, mentre l'antica sapienza giuridica romana amava definire lo *ius* come l'*ars boni et aequi*, segnala infatti una peculiarità ineludibile del diritto della Chiesa. Non soltanto per la più diffusa concezione di essa, difesa da sempre nella canonistica, dell'essere il migliore criterio interpretativo e applicativo della legge, fattore di una giustizia vera perché *dulcore misericordiae temperata* (si cfr. già il *Decretum di Graziano*), ma per l'essere il principio informatore del diritto ecclesiale, fondativo e perciò di rango costituzionale, fonte formale e materiale del diritto nel caso concreto.

Tale è, invero, il significato e il portato che da Martino Gosia e dal cardinale *Hostiensis* (Enrico da Susa) in poi ha, nel diritto della Chiesa, la massima “*Nihil aliud est aequitas quam Deus*”: l’essere, cioè, l’equità la permanente, possibile estrinsecazione del diritto divino nella storia dell’ordinamento umano, fonte stessa del suo diritto, criterio ultimo e permanente della sua legittimità costituzionale.

Tra le più significative espressioni della *peculiarità* del diritto ecclesiale, alcune meritano ulteriori riflessioni, uno studio approfondito, ricerche interdisciplinari, di carattere storico, giuridico, teologico.

Ritengo, ad esempio, che il canonista debba riprendere a fondo lo studio del diritto di libertà di coscienza nella Chiesa, al cui riguardo la dichiarazione conciliare *Dignitatis humanae* ha proposto una precisa configurazione giuridica, bene identificandola nei suoi contenuti positivi e negativi, fondandola inoltre – come è ormai nella consapevolezza delle migliori teorie secolari sui diritti umani fondamentali – sulla dignità della persona umana. Una dignità colta dalla dichiarazione conciliare a tutto campo, non racchiusa nell’orizzonte della sola Creazione o del mero riconoscimento nelle statuizioni positive degli Stati o di Carte internazionali; dilatata invece all’ordine della Salvezza operata nella storia, sino a percepirne il valore decisivo, ultimo, nel riscatto divino della natura umana, che discende dalla Incarnazione e dalla Redenzione cristiane: una dignità – recita infatti *DH* nr. 2 – «quale si conosce, sia per mezzo della parola di Dio rivelata che tramite la stessa ragione».

È per questo che la dichiarazione conciliare (nr. 16) può dire della coscienza come del «sacramento dell’uomo, dove egli si trova solo con Dio, la cui voce risuona nella intimità propria»; per questo ancora, la libertà di coscienza è stata sempre affermata nella storia della Chiesa e nel magistero del primo Pietro («*Magis oportet oboedire Deo, quam hominibus*») e dei suoi successori (Innocenzo III: «*Quidquid fit contra conscientiam, aedificat ad gehennam*»).

Ma quali siano i limiti opponibili nell’ordinamento ecclesiale al giusto esercizio di questa libertà, così intima e propria a ciascun uomo, credo non sia stata ancora sufficientemente approfondita. Mi limito, così, a riproporre quelli che altrove (cfr. R. Bertolino, *La libertà di coscienza e il diritto all’obiezione nell’ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell’uomo e Istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 83 ss.) ho indicato come insuperabili, essenziali: quello della giustizia intrinseca del comportamento in questione (*recta conscientia*); della conoscenza adeguata di tutte le ragioni per cui è tenuto (*informata conscientia*); quello – infine – del trattarsi sempre di una espressione di libertà mai contrastante con il bene ultimo della comunione fraterna nella Chiesa (*salvo iure communionis*).

Quanto al matrimonio, istituto che, nei secoli, è cresciuto per davvero «sui ginocchi della Chiesa» (O. Giacchi), due sembrano i profili, che meglio lo delineano nella sua tipicità canonica, che lo ha come istituto di diritto naturale e – coesenzialmente – come sacramento: il *bonum coniugum* e la dimensione di fede richiesta per realizzarne, appunto, la sacramentalità salvifica.

La recente lettura personalistica dell'istituto, specialmente consentita dalla elevazione nel codice vigente del *bonum coniugum* ad elemento essenziale del consenso e dalla chiara intenzione del Magistero conciliare di volere il matrimonio come la «intima comunità di vita e d'amore coniugale» (*Gaudium et spes*, nr. 48) – sì che, ora, può per davvero dirsi che nelle nozze cristiane è comandato l'amore stesso – postula uno studio sulla configurazione giuridica della nozione di persona (l'uomo e la donna costituiscono infatti l'oggetto del consenso matrimoniale – can. 1057, § 2), protagonista insostituibile delle relazioni intrapersonali, interpersonali, transpersonali che connotano, in modo unico, la vita matrimoniale cristiana.

Al riguardo, vorrei pertanto suggerire che si dilati l'orizzonte di studio dai soli profili privatistici dell'istituto a quelli – di un vero e proprio diritto costituzionale canonico – sulla realtà della persona nell'ordinamento ecclesiale: perché il bene della persona è tutto racchiudibile, necessariamente compreso, in ogni elemento di rilievo giuridico che ne assicuri la fondamentale dignità nella Chiesa, sia come uomo che come fedele.

Numerosi sono ormai gli studi sul rapporto tra fede e consenso nel matrimonio canonico (tra gli ultimi, segnalo G. Bertolini e A.P. Tavani), bene avvertiti di come il magistero pontificio recente (Giovanni Paolo II e Benedetto XVI) e la prevalente giurisprudenza rotale riconducano il requisito della fede alla prestazione del solo consenso *naturaliter* valido (ma il grande papa-teologo, Benedetto XVI, non ha mancato di segnalare come occorranno ulteriori approfondimenti e studi di carattere teologico sull'importante e difficile questione).

Al riguardo, da canonista consapevole di come il diritto e la teologia siano le ancelle indispensabili di un vero sapere *canonico*, amerei meglio vedere illustrato – oltre a quello della volizione della dignità sacramentale, comunque messa in rilievo nella vigente codificazione, sia pure sotto la sola specie dell'errore (can. 1099) e non sotto quella della simulazione diretta (can. 1101, § 2) – il portato normativo del requisito, puntualmente richiesto nel can. 1063, 3°, di una «fruttuosa celebrazione liturgica del matrimonio, in cui appaia manifesto che i coniugi significano e partecipano al ministero di unità e di amore profondo tra Cristo e la Chiesa».

Possiamo, per davvero e a cuor leggero, relegare il significativo elemento richiesto dal canone al piano della sola liceità, morale e giuridica?

Mi piacerebbe, infine, che la dottrina canonistica – finalmente consapevole (da ultimo, si veda I. Zuanazzi) di come la disciplina della famiglia e del rapporto matrimoniale sia stata fatta oggetto di una più penetrante attenzione nella nuova normazione codiciale – si occupasse approfonditamente anche della teologia del sacramento del matrimonio: è esso, tutto, racchiudibile nel matrimonio *in fieri* o si proietta altresì – e con quali tratti – anche sul matrimonio *in facto*?

Termino questa ormai lunga e faticata peregrinazione sul diritto ecclesiale con un rapido cenno a due settori, particolarmente espressivi della sua *elasticità*, che a mio avviso meritano una riflessione, studi e ricerche, ben più innovativi di quanto usato sin qui, anche nella migliore canonistica.

Si tratta del diritto processuale e di quello penale della Chiesa, entrambi messi in gioco, da un lato dal proporsi di odiosi comportamenti criminosi da parte di ecclesiastici; dall'altro, provvidenzialmente, dal rinnovato "spirito pastorale" che papa Francesco intende infondere e trasmettere nella vita della Chiesa e – crederei – del suo diritto.

Quanto al primo, pur apprezzando l'acribia legislativa e giurisprudenziale da sempre usata nell'ordinamento canonico nel forgiare e praticare un *ordo iudiciarius* che sia garanzia della migliore giustizia, continuo a pensare che una più convinta adozione del processo contenzioso orale meglio corrisponderebbe allo "spirito" di un diritto, che dovrebbe praticare la giustizia tra i propri fedeli come tra fratelli (Cfr., al riguardo, più estesamente, R. Bertolino, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico*, Giappichelli, Torino 1983, pp. 140 ss.).

Mi interrogo, specialmente, se non sia arrivato anche il momento di ripensare su quanto la procedura giudiziaria canonica, costruita, dottrinalmente e nelle decretali pontificie, ad uso di una Chiesa che mirava a sostituirsi e a supplire una debole società secolare, sia stata debitrice ad esigenze, a regole, a sistemi di una giustizia più confacente a una *respublica* che non al «Popolo santo di Dio» (*LG* nr. 12).

Sul diritto penale, infine, avverto che le sue peculiarità lo collocano per davvero sul confine estremo della giuridicità: si tratta di un vero diritto, oppure, deve risponderci affermativamente all'interrogativo se esso non sia, prevalentemente, un ordinamento disciplinare?

Conosco la risposta della codificazione giovanneo-paolina e riconosco come anche le più recenti novelle legislative (ad es., le *Norme "de gravioribus delictis"* – 15 luglio 2010 – della Congregazione per la Dottrina della Fede) siano state pensate e volute nell'orizzonte teoretico e nell'applicazione pratica di un diritto penale inteso *stricto sensu*.

Si tratta peraltro, pur sempre, di un diritto penale peculiarissimo; davvero *sui generis*.

Al riguardo, mi limito a segnalare come la pena canonica per eccellenza,

la scomunica, e tutte quelle *latae sententiae* – che sono le più pesanti ed efficaci dell'ordinamento – risultino in definitiva essere una sorta di automatica autoapplicazione della pena da parte del colpevole: esse infatti operano nel momento medesimo della piena consapevolezza criminosa del reo.

Certezza, dunque, piena della inflizione della pena; anche – direi – attuazione di una giustizia assoluta; qui si ha, realmente, una perfetta coincidenza del foro interno con quello esterno. Ma tale risultato risponde anche, ultimamente, ai parametri e ai fondamenti stessi del moderno diritto penale, per come esso è conosciuto nella scienza giuridica secolare?

Pellegrino nel mio percorso di studio del diritto ecclesiale, pervenuto ormai quasi al termine del cammino, mi rendo in tal modo conto di non avere raggiunto mete sicure, toccato traguardi definitivi; spero che altri, più giovani studiosi, li possano presto attingere. Rimango tuttavia convinto che ogni ricerca sul “mistero del diritto ecclesiale” continuerà a essere, per tutti, una incerta, faticosa peregrinazione verso una meta mai pienamente raggiungibile: quella della infinita giustizia di Dio.

# LA STRUTTURA “ORDO-PLEBS” CARDINE DEL SISTEMA COSTITUZIONALE CANONICO

MASSIMO DEL POZZO

ABSTRACT: L'articolo individua nella struttura *ordo-plebs* l'assetto fondamentale degli enti costituzionali, superando i limiti della tralaticia accezione di costituzione gerarchica della Chiesa. Al di là degli equivoci e della perfettibilità dell'espressione, la formulazione riflette l'ascendenza e pregnanza della nozione patristica. Gli enti di natura costituzionale si configurano come compagni apostoliche integrate dall'*ordo* gerarchicamente costituito e dalla comunità storicamente individuata. Il presupposto divino-sacramentale e il concorso di tutti i fedeli inducono ad armonizzare l'elemento gerarchico (un corpo ministeriale unitario e coeso) con la consapevolezza e operatività del popolo (una comunità attiva e vitale). La realizzazione della cooperazione organica misura proprio il grado di partecipazione e condivisione all'azione pastorale della circoscrizione ecclesiastica.

PAROLE CHIAVE: *ordo-plebs*, diversità funzionale, circoscrizione ecclesiastica, costituzione della Chiesa.

ABSTRACT: This article individuates in the structure *ordo-plebs* the fundamental layout of constitutional entities, overcoming in this way the limits of the legal formulation of the constitutional hierarchy of the Church. Over and above the equivocity and the possibility of greater precision of the expression, this formulation reflects the ascendancy and the relevance of patristic notions. Those entities of a constitutional nature are configured as apostolic companions integrated into the hierarchically constituted *ordo* and of the historically individuated community. The divine-sacramental presupposition and the involvement of all the faithful leads one to harmonize the hierarchical element (a ministerial body that is unified and cohesive) with the awareness and the workings of the people (an active and living community). The realization of the organic cooperation is the precise measure of the degree of participation and of sharing in the pastoral action of ecclesiastical circumscriptions.

KEY WORDS: *ordo-plebs*, Functional Diversity, Ecclesiastical Circumscription, Constitution of the Church.

SOMMARIO: 1. Il principio strutturante l'organizzazione ecclesiastica. 2. I limiti della nozione di “costituzione gerarchica della Chiesa”. 3. La configurazione degli enti costituzionali. 4. La questione nominale. 4.1. L'ascendenza della distinzione. 4. 2. La possibile equivocità dell'espressione. 5. La questione sostanziale. 5.1. Il fondamento

divino-sacramentale dell'organizzazione ecclesiastica. 5.2. Il necessario concorso di tutti i fedeli. 6. La comprensione e la promozione della cooperazione organica

#### 1. IL PRINCIPIO STRUTTURANTE L'ORGANIZZAZIONE ECCLESIASTICA

L'ESPRESSIONE *ordo-plebs* designa la *composita conformazione degli enti gerarchici*. La struttura complessa (ministero-fedeli) evoca infatti un preciso assetto o tipologia di rapporti giurisdizionali in seno alla compagine salvifica. Tale binomio risulta quindi uno dei concetti più illuminanti e stimolanti della scienza costituzionale sia per lo specifico contenuto tecnico che per la sua possibile valenza estensiva.<sup>1</sup> Non è probabilmente casuale che il tutto (l'essenza della comunione ecclesiale) si ritrovi anche nella configurazione della parte (la *portio populi Dei*).<sup>2</sup>

Prima di esplorare la configurazione degli enti costituzionali,<sup>3</sup> non di rado

<sup>1</sup> J. Hervada ha affermato ripetutamente che i diritti dei fedeli e il principio gerarchico rappresentano la sintesi e i pilastri dell'impianto giuridico fondamentale del popolo di Dio (tra i tanti: *La dignidad y la libertad de los hijos de Dios*, in *Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines [1958-2004]*, Pamplona 2005<sup>2</sup>, p. 758; *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Venezia 2007, pp. 97-100). Questo criterio ordinatore d'altronde è stato ripreso da E. Molano nell'impostazione del suo manuale *Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona 2013: «la segunda y la tercera parte del volumen se refieren a las consecuencias que de esos principios derivan, ya sea en relación con la condición de fiel, ya sea en relación con la organización jerárquica de la Iglesia» (*Presentación*, p. 19). Orbene, se l'*ordo* costituisce indubbiamente la principale e più rappresentativa linea di organizzazione dell'istituzione ecclesiastica, la *plebs* è la condizione primaria e fondamentale dei membri del corpo mistico di Cristo e può rivelare quindi il nucleo di esigibilità della dignità cristiana dei battezzati.

In queste pagine ci si riferirà frequentemente al pensiero del "maestro" di Navarra e grande "pioniere" del costituzionalismo canonico, pur senza citarlo ove non strettamente necessario.

<sup>2</sup> Cfr. A. CATTANEO, *Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico*, Venezia 2011, pp. 189-191 (§ IV.3.c.a. *La Chiesa particolare quale presenza del tutto nella parte*).

<sup>3</sup> Recependo la concezione costituzionale canonica di Hervada che si riferisce alle «*strutture primarie e basilari per mezzo delle quali il popolo di Dio si forma, si configura e si organizza radicalmente come tale*» (*Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 8), per enti costituzionali si intendono in questa sede i soggetti transpersonali che si strutturano secondo l'assetto costitutivo ed essenziale della Chiesa dato dalla composizione dell'elemento comunitario e di quello gerarchico (*communio hierarchica*). Come vedremo, non basta la semplice presenza di ministri ordinati per configurare una realtà collettiva secondo il modello istituzionale, occorre pure una derivazione del corpo ecclesiale diretta o mediata dalla successione apostolica (si può perciò parlare anche di enti giurisdizionali). Restano pertanto esclusi da questa categoria tutte le realtà associative per quanto presentino aspetti giurisdizionali (es. istituti clericali). Molto interessante in questa linea è la classificazione operata da A.M. Punzi Nicolò a proposito degli enti nell'ordinamento canonico tra enti di struttura (enti di struttura essenziale ed altri enti di struttura) ed enti di libertà o di autonomia (cfr. *Gli enti nell'ordinamento canonico. I. Gli enti di struttura*, Padova 1983, spec. pp. 113-186; *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino 1999). Un utile inquadramento è costituito pure dalla tesi dottorale di I. COELLO DE

oggetto di equivoci e confusioni, conviene però chiarire il fondamento teoretico (il principio di diversità funzionale) e l'ambito di riferimento (l'organizzazione ecclesiastica) della concettualità *ordo-plebs*.

Posto che la disgiunzione senza separazione del ministero ordinato dal sostrato comunitario delinea il criterio di esercizio dell'azione pastorale dei corpi ecclesiali, *il vero principio strutturante l'organizzazione ecclesiastica è la diversità funzionale*.<sup>4</sup> La distinzione in ragione della condizione canonica è iscritta nel dover essere cristiano. La complessità e differenziazione organica arricchisce infatti l'unità: «Ma come tutte le membra del corpo umano, anche se numerose, non formano che un solo corpo così i fedeli in Cristo (cfr. 1 Cor 12,12). Anche nella struttura del corpo mistico di Cristo vige una diversità di membri e di uffici».<sup>5</sup> Il sacerdozio comune e il sacerdozio sacramentale in pratica si esigono e integrano mutuamente.<sup>6</sup> Se non si desse lo stacco tra ordinati e non ordinati mancherebbe non l'essere o l'identità dei rigenerati in Cristo ma l'integrità del patrimonio salvifico (si pensi in primo luogo all'Eucaristia) e l'effettività e l'operatività dell'*institutum salutis*.<sup>7</sup> La ripartizione degli uffici e dei compiti non risponde chiaramente ad un criterio distributivo o efficientistico ma all'attribuzione di ruoli e di competenze "data" dal Fondatore.<sup>8</sup> L'ordine ecclesiale presenta infatti un *aspetto misterico*: l'indubbia diversità ontologico-sacramentale dei fedeli in virtù della conformazione a Cristo nell'ordine sacro non sancisce una diseguaglianza radicale tra i battezzati ma la riserva d'esercizio della *sacra potestas*. La funzionalità o ministerialità che connota il principio di diversità funge dunque da senso

PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, *Derecho constitucional y derecho asociativo en la ciencia canónica*, Pamplona 1986.

<sup>4</sup> «In relazione alle funzioni gerarchiche vi è tra i fedeli una *diversificazione funzionale*, la quale indica soprattutto che l'origine di tali funzioni non risiede nel popolo cristiano, essendo state esse concesse alla gerarchia direttamente da Cristo» (HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, p. 40). Parlano chiaramente del principio di diversità, tra gli altri, G. INCITTI, *Il popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, Città del Vaticano 2007, pp. 29-35; L. SABBARESE, *I fedeli costituiti popolo di Dio. Commento al Codice di Diritto Canonico Libro II, Parte I*, Città del Vaticano 2000, pp. 17-18.

<sup>5</sup> LG 7, cfr. anche LG 13 e 32.

<sup>6</sup> La complementarità e interdipendenza dei due generi di sacerdozio è indicativa della portata comunionale e complessiva della compagine salvifica, cfr. anche P. RODRÍGUEZ, *Sacerdozio ministeriale e sacerdozio comune nella struttura della Chiesa*, «Romana», 4 (1987), pp. 162-176; ID., «*Ius divinum*» en la estructura fundamental de la Iglesia, in J.I. ARRIETA, C.M. FABBRIS, *Il 'ius divinum' nella vita della Chiesa*, Venezia 2010, pp. 1001-1014. Questo aspetto è stato ben esplorato dal documento della COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Temi scelti di ecclesiologia*, in EV 9, Bologna 1985, pp. 1685-1697 (Cap. 7. *Il sacerdozio comune nel suo rapporto col sacerdozio ministeriale*).

<sup>7</sup> La Chiesa stessa è sacramento universale o mezzo di salvezza. L'istituzione ecclesiastica (la proiezione pubblica e ufficiale dell'azione cristiana nella storia) si struttura essenzialmente attraverso il sacramento dell'ordine.

<sup>8</sup> L'attribuzione data adombra la stessa portata giuridica del *mysterium Ecclesiae*.

e limite della divisione di mansioni.<sup>9</sup> Tale profilo direttivo però segna anche un'evidente differenza rispetto ai regimi civili (ove il conferimento di responsabilità e di poteri è puramente convenzionale o consensuale).<sup>10</sup>

La distinzione *ordo-plebs* si riferisce inoltre all'aspetto organizzativo, cioè al servizio istituzionale della Chiesa per custodire e amministrare i beni salvifici. L'essenza di ogni *portio populi Dei*, rappresentativa appunto dell'intima natura della Chiesa (quale *communio hierarchica*), è la coesistenza e l'interazione tra l'*ordo* gerarchicamente costituito e la comunità storicamente individuata.<sup>11</sup> Qualunque circoscrizione o ripartizione ecclesiastica, più della mera presenza del sacramento dell'ordine, reclama la vigenza e operatività del fattore gerarchico.<sup>12</sup> La *communio* si struttura in pratica secondo il modello della differenziazione organica tipico della compagine ecclesiale.<sup>13</sup> Occorre rilevare che la strutturazione o informazione gerarchica del corpo non esprime un meccanismo posticcio e artificioso di pianificazione della società ma la conformità vitale della santa assemblea alla matrice culturale.<sup>14</sup> Il servizio ministeriale, inscindibilmente legato alla capitalità del Pastore, provvede infatti al bene della collettività e il popolo realizza la complessiva missione apostolica dell'ente. La complementarità risponde d'altronde alla logica soprannaturale della preposizione e del mandato apostolico. L'elemento giurisdizionale sancisce insomma la dipendenza ontologico-sacramentale dell'intera struttura da Cristo.

Il riferimento alla realtà istituzionale implica un'ulteriore precisazione pregiudiziale circa la portata della nozione. La strutturazione fondamentale non esaurisce chiaramente l'azione comunitaria. Al di là del piano istitu-

<sup>9</sup> La diversità funzionale porta a superare (a rigor di logica) decisamente la tralaticia impostazione personalistica della concezione per stati nella Chiesa (cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino 2011, pp. 152-184). L'inversione della logica del potere dovuta alla novità del cristianesimo si riflette dunque nell'assetto dell'organizzazione ecclesiastica attribuendo un ruolo di abnegazione e di servizio a chi è preposto alla cura della comunità.

<sup>10</sup> L'ordinamento canonico ha una radice propriamente e singolarmente sacramentale. La concezione della *societas intrinsece disaequalis* (cfr. ad es. P. PARENTE, A. PIOLANTI, S. GAROFALO, voce: *Gerarchia*, in *Dizionario di teologia dommatica*, Roma 1945, p. 107) tradiva proprio la difficoltà della dottrina canonica preconciare nel cogliere la compatibilità della preposizione potestativa con l'uguaglianza nella dignità di tutti i battezzati.

<sup>11</sup> La *conspiratio fidelium*, l'afflato comune e l'omogeneità culturale dei fedeli aggregati in una circoscrizione, non è un aspetto secondario e accidentale dell'assetto organizzativo, ma il chiaro portato del realismo dell'incarnazione e della radicazione nella storia della Buona Novella.

<sup>12</sup> La diversità non a caso è anche alla base del principio gerarchico (cfr. *supra* nt. 4). I fenomeni associativi invece sono informati o configurati dal principio di uguaglianza.

<sup>13</sup> L'adozione di tale struttura non comporta necessariamente la pienezza liturgico-sacramentale (quale si riscontra nelle Chiese particolari) ma la conformazione di ogni porzione al modello primario ed essenziale della comunione.

<sup>14</sup> Basti solo pensare alla realtà liturgica che richiede l'adeguata disposizione dell'adunanza e la presidenza cristologica della comunità. La natura gerarchica e comunitaria costituisce d'altronde il nucleo della *logiké latreia* (cfr. SC 26).

zionale, residua infatti il livello personale del fedele con tutta la libertà e la varietà carismatica che lo caratterizza.<sup>15</sup> Il contesto individuale e quello associativo esulano ad esempio dalla tematica considerata.

## 2. I LIMITI DELLA NOZIONE DI “COSTITUZIONE GERARCHICA DELLA CHIESA”

Prima di approfondire il contenuto della struttura *ordo-plebs*, ad evitare fraintendimenti ed equivoci, conviene chiarire il rapporto del suddetto assetto<sup>16</sup> con la costituzione gerarchica della Chiesa. Siamo parlando di una semplice derivazione dalla nozione principale o di una categoria in parte diversa? La dizione tradizionale (*constitutio hierarchica Ecclesiae*)<sup>17</sup> designa la conformazione sacra e istituzionale della Chiesa.<sup>18</sup> Non c'è chiaramente nessuna difficoltà nel riconoscere il ruolo nevralgico del ‘principio sacro’ nell'essere e nell'agire del popolo di Dio.<sup>19</sup> Sotto questo profilo l'assetto giurisdizionale *ordo-plebs* non esprime che un'esplicazione o manifestazione dell'incidenza del fattore gerarchico. I problemi però derivano dalla portata, allo stesso tempo, eccessiva e riduttiva assunta dalla componente gerarchica nella *forma mentis* di molti studiosi. L'enfaticizzazione del profilo gerarchico tende, da un lato, ad assorbire tutta l'organizzazione ecclesiastica<sup>20</sup> e, dall'altro, a escludere il rilievo costitutivo di altri settori.<sup>21</sup> È utile pertanto sgombrare il campo da alcuni equivoci o fraintendimenti.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Cfr. ad es. J. FORNÉS, *Criteri di distinzione tra pubblico e privato nell'ordinamento canonico*, «Fidelium iura», 1 (1991), pp. 47-76; G. LO CASTRO, ‘Pubblico’ e ‘privato’ nel diritto canonico, in R. BERTOLINO, S. GHERRO, G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto ‘per valori’ e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, pp. 119-149.

<sup>16</sup> La struttura *ordo-plebs* più che un concetto designa un modello organizzativo.

<sup>17</sup> Per il rilievo definitorio e classificatorio dell'espressione si considerino ad es. l'intitolazione del Cap. III della LG (*De constitutione hierarchica Ecclesiae et in specie de Episcopatu*), la seconda parte del Lib. II del CIC (*De Ecclesiae constitutione hierarchica*) o l'Art. 9 § 4.1 del CCE (*Hierarchica Ecclesiae constitutio*). In generale cfr. G. GHIRLANDA, voce: *Istituzione*, in G. CALABRESE, PH. GOYRET, O.F. PIAZZA, *Dizionario di ecclesiologia*, Roma 2010, pp. 770-784.

<sup>18</sup> La radice sacramentale dell'organismo salvifico e la dipendenza dalla volontà fondazionale di Cristo sono dati acquisiti e incontrovertibili. Derivando ogni fenomeno gerarchico in ultima analisi dalla successione apostolica, si potrebbe forse più efficacemente parlare di costituzione apostolica della Chiesa ad evitare confusioni con accezioni autoritaristiche o verticistiche.

<sup>19</sup> «[Gerarchia] Dal gr. tardo hierarchía, der. hierárkhēs ‘capo delle funzioni sacre’» (G. DEVOTO, G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze 2002, p. 898).

<sup>20</sup> In quest'ottica verrebbero ricomprese nella nozione anche le strutture secondarie e derivate come i sinodi e le curie. Cfr. J. HERVADA, *Derecho constitucional y derecho de las asociaciones*, in ID., *Vetera et nova*, pp. 590-593.

<sup>21</sup> Hanno valenza costituzionale i principi direttivi di ogni ramo o branca dell'ordinamento canonico.

<sup>22</sup> Cfr. in generale HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, p. 232.

Come già acutamente rilevato da Hervada, la concezione meramente sistematica o materiale della costituzione della Chiesa, riconducibile prevalentemente alla dottrina tedesca, rischia di impoverire considerevolmente la maturazione della scienza canonica.<sup>23</sup> Tale impostazione concettuale non solo è molto diffusa e radicata nella letteratura canonistica ma non è troppo lontana dalla stessa *mens* o *ratio* sottostante all'opera codificatoria. L'acritica ricezione o riferimento al *de Ecclesiae hierarchica consitutio* presenta almeno un paio di possibili scompensi.

L'identificazione della costituzione della Chiesa con il trattato sulla Gerarchia, come supposto da molti autori antichi e moderni,<sup>24</sup> non solo riduce la prospettiva giuridica primaria ed essenziale del dover essere cristiano ad una parte sicuramente importante e rilevante ma non esaustiva del piano salvifico,<sup>25</sup> ma porta anche ad esaltare troppo l'influenza dell'elemento gerarchico.<sup>26</sup> La presenza del clero diventa il centro e il fulcro di ogni vera comunità cristiana. La semplice condizione canonica degli ordinati, ben al di là del complesso di funzioni e ministeri demandato ai pastori, diviene l'elemento catalizzatore del processo costituzionale e il fattore organizzatorio determinante della socialità infraecclesiale.<sup>27</sup> La priorità ontologica e cronologica della *communio fidelium* e del sacerdozio comune dei fedeli viene in pratica oscurata e messa in secondo piano. Il concorso popolare tra l'altro si riduce non di rado al ruolo servente e passivo dei destinatari dell'azione pastorale (*coetus serviens et oboediens*).

L'equivoco epistemologico dunque può nascondere o, almeno indurre, una pesante deficienza contenutistica e sostanziale. Il problema deriva spes-

<sup>23</sup> Cfr. rif. nt. 20.

<sup>24</sup> Spiccano sicuramente per autorevolezza e rappresentatività F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, II-III (*Ius Constitutionis Ecclesiae Catholicae*), Prati 1915; K. MÖRSBORG, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici*, II, München - Padernborn - Wien 1964, pp. 244-487.

Non troppo lontano da quest'impostazione è pure L. SABBARESE, *La costituzione gerarchica della Chiesa universale e particolare. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro II, Parte II*, Città del Vaticano 2013<sup>2</sup>.

<sup>25</sup> La concentrazione sulla Parte II del Libro II CIC esclude la pregnanza dei diritti dei fedeli, cfr. ns. voce: *Derechos fundamentales*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (COORD. Y DIR.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, III, Pamplona 2013, pp. 209-212. In questo senso è molto indicativa la sistematica del CCEO che antepone lo statuto fondamentale del fedele a tutta l'esposizione del sistema canonico (Tit. I. *De christifidelibus eorumque omnium iuribus et obligationibus*, cann. 7-26).

<sup>26</sup> Il qualificativo "gerarchico" è talmente implicito nella strutturazione del popolo di Dio che diviene quasi pleonastico, la costituzione della Chiesa equivarrebbe insomma alla sua costituzione gerarchica (il che non è vero).

<sup>27</sup> Basta pensare alla collocazione non solo delle parrocchie ma anche delle cappellanie e dei rettorati nel novero dello *ius constitutum Ecclesiae*. Non è del tutto esente da questo limite neppure la trattazione di MOLANO, *Derecho Constitucional Canónico*, pp. 363-365.

so dal persistente inconsapevole riferimento alla concezione per stati, pur superata teoricamente e magisterialmente.<sup>28</sup> La struttura *ordo-plebs* non corrisponde certo alla giustapposizione clero-laicato,<sup>29</sup> supposta dalla canonistica preconciare e spesso implicitamente assunta dalla speculazione successiva. La semplicistica percezione del binomio testa-corpo ha un evidente limite descrittivo e il rischio di riprodurre semplicemente la logica della bipartizione clero-laicato, sminuente di ogni inquadramento complessivo e totalizzante dell'ente. La visione dialettica e disgiuntiva delle posizioni tra l'altro non aiuta a far maturare la comunità nel suo insieme.

In una concezione larvamente gerarcologica e autoritaristica dell'assetto basilare del popolo di Dio tanto l'*ordo* tanto la *plebs* finiscono insomma coll'essere sfigurati e immiseriti. La distinzione capo-membra in definitiva è sicuramente di ordine costituzionale ma non esaurisce l'orizzonte materiale e formale della scienza costituzionale canonica né descrive appieno il contenuto della relazione di servizio gerarchico.

Il quadro sommariamente descritto evidenzia peraltro come, più delle espressioni adoperate, interessa chiarire le idee sottostanti e le relative implicazioni.

### 3. LA CONFIGURAZIONE DEGLI ENTI COSTITUZIONALI

L'estensione e specificazione della nozione di costituzione fa emergere la *centralità della condizione costituzionale del fedele* che è decisiva per cogliere l'essenza del fenomeno. Il sostrato sociale è infatti il primo e fondamentale elemento configurativo della compagine. Gli enti costituzionali sono infatti in primo luogo *unità pastorali e apostoliche complete*. Unità "complete" non quanto alla pienezza liturgico-sacramentale<sup>30</sup> ma quanto alla compiutezza del fattore comunitario. La struttura *ordo-plebs*, al di là della dicotomia verbale, è caratterizzata appunto dall'integrazione e complemento organico capo-membra e non dalla semplice bipartizione delle condizioni canoniche (*clerus-laicatus*).<sup>31</sup> Si riscontra insomma una distinzione di posizioni funzio-

<sup>28</sup> Cfr. LG, Cap. v.

<sup>29</sup> La non infrequente idea di "giustapposizione" tradisce una visione antagonista impropria del modello canonico, è ancora abbastanza evidente l'eco della concezione per stati o soggettiva (cfr. ad es. D. COMPOSTA, *La Chiesa visibile. La realtà teologica del diritto ecclesiale*, Città del Vaticano [rist.] 2010, pp. 196-263).

<sup>30</sup> La pienezza liturgico-sacramentale connota le Chiese particolari (fermo restando il necessario riferimento alla dimensione universale), ma non ogni porzione del popolo di Dio; l'integrazione fedeli-ministero sacro descrive il fattore originario ed essenziale della comunione.

<sup>31</sup> «Se puede decir entonces que la estructura de la Iglesia tiene un carácter orgánico, es una estructura orgánica, como corresponde a lo que es propio de ese Cuerpo Místico de Cristo» (MOLANO, *Derecho Constitucional Canónico*, p. 102). Lo stesso A. individua appunto la

nali, ma non una rigida separazione o disgiunzione personale (la capitalità e le sue derivazioni sono sempre comprese nel corpo). L'unitarietà e la connessione operativa evidenzia l'afflato comune e la convergenza d'azione. Il dualismo e la contrapposizione invece portano in genere ad esaltare la valenza del ruolo di governo e di presidenza e a svalutare la componente comunitaria e falsano e snaturano la logica del servizio prestato.

Come ha acutamente e ripetutamente rilevato Ratzinger-Benedetto XVI, l'io della fede trova origine e sviluppo solo nel "noi" della Chiesa.<sup>32</sup> L'esistenza di enti istituzionali manifesta appunto la congenita insufficienza personale nel riprodurre l'immagine della Chiesa e la necessità del ricorso agli altri. La composita integrazione della comunità cristiana evidenzia peraltro la decisiva influenza del principio gerarchico. Solo una realtà di comunione (unità nella varietà) in cui si attualizza la ripresentazione sacramentale di Cristo Signore può infatti fornire l'accesso al patrimonio salvifico. Ciò implica anche che le comunità gerarchiche più che soggetti di potere sono organi di amministrazione e coltura dei beni salvifici.<sup>33</sup> L'interazione sociale è funzionale dunque alla crescita intensiva ed estensiva della comunità.<sup>34</sup> La natura pastorale e apostolica è quindi iscritta nel dover essere della struttura.

La promozione dell'elemento comunitario chiaramente non deve far perdere di vista il *principio vivente della comunione*. Il pregio maggiore della formulazione *ordo-plebs*, come tra poco meglio preciseremo, è probabilmente la sinteticità ed espressività della dizione *ordo*.<sup>35</sup> Il singolare indica in maniera molto chiara l'unicità della missione e dell'organo. Soggetto di attribuzione non sono tanto le singole persone ordinate quanto la funzione gerarchica nel suo complesso. La concentrazione dei poteri negli uffici capitali individuali evidenzia d'altronde il *ruolo di unità e di comunione del Pastore*.<sup>36</sup> Il nu-

struttura fondamentale della Chiesa nella reciproca articolazione dell'elemento comune e dell'elemento gerarchico (il corpo sacerdotale), cui si aggiunge il 'corpus ecclesiarum' (pp. 103-104).

<sup>32</sup> Cfr. ad es. J. RATZINGER, *Introduzione al cristianesimo*, Cinisello Balsamo (rist.) 2005, pp. 235-242; BENEDETTO XVI, *Udiienza generale*, 29.III.2006, in *Insegnamenti di Benedetto XVI*, 11/1 (2006), pp. 375-377.

<sup>33</sup> «Nell'ambito delle comunità gerarchiche il vincolo comunionale riguarda gli stessi beni salvifici, a cominciare dalla Parola di Dio e dai sacramenti (cfr. n. 11). Perciò la celebrazione della Santa Messa costituisce l'espressione per eccellenza e il punto di riferimento di ogni comunità gerarchica» (C.J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione - I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, p. 294).

<sup>34</sup> Oltre alla missione di propagazione e diffusione della Buona Novella è decisiva la radiazione del messaggio salvifico nella consapevolezza della reciproca ordinazione del sacerdozio ministeriale e regale («ad invicem ordinantur», LG 10).

<sup>35</sup> Per una sorta di eterogenesi dei fini l'antico termine municipalistico romano ben si coniuga con la logica sacramentale cristiana.

<sup>36</sup> Il rispetto del diritto divino preserva il ruolo del primato tanto a livello universale quan-

cleo o centro della *communio hierarchica* risiede teologicamente e giuridicamente sempre nel carattere episcopale (canale e garanzia della successione apostolica).<sup>37</sup> L'*ordo* dunque è essenzialmente e costitutivamente episcopale e derivativamente e sussidiariamente presbiterale e diaconale. La *reductio ad unum* dei distinti *ordines* (*episcoporum*, *presbyterorum* e *diaconorum*) evita tra l'altro corporativismi o indebiti particolarismi e rafforza la coesione e la compattezza dell'insieme. La vicarietà cristologica del Vescovo implica peraltro l'ineludibile riferimento *ad mentem Episcopi* (o al soggetto ad esso equiparato) di tutta l'attività pastorale della compagine.

Abbozzate alcune notazioni sulla struttura *ordo-plebs*, per completare e approfondire l'esame, di seguito esploriamo la questione nominale e sostanziale che possono aiutare a percepire meglio la portata della figura. L'aspetto linguistico, contenutistico e deontologico (limitandoci solo a qualche accenno per quanto concerne il profilo comportamentale) integrano infatti un rispondente inquadramento della formula e danno maggior concretezza e incidenza al discorso.

#### 4. LA QUESTIONE NOMINALE

Il profilo nominale, ancorché sicuramente secondario (*nomina sunt consequentia rerum*), non è del tutto trascurabile e ininfluenza. L'adeguatezza e consonanza del linguaggio è infatti veicolo e garanzia della conformità dei concetti alla realtà delle cose.<sup>38</sup> Nel caso di specie oltretutto siamo di fronte ad una qualificazione particolarmente complessa perché astratta e articolata. La dizione *ordo-plebs* presenta una certa problematicità da un punto di vista semantico ed espressivo che vale la pena analizzare criticamente.

##### 4. 1. L'ascendenza della distinzione

La distinzione *ordo-plebs* ha una notevole risalenza nella tradizione canonica. Come in altri casi,<sup>39</sup> il lessico cristiano primigenio deriva direttamente dalle categorie amministrative romane.<sup>40</sup> L'espressione sintetica e lapidaria

to locale. La tradizione orientale, pur sottolineando l'influenza del principio di sinodalità, non sminuisce l'esigenza della funzione di sintesi e armonia del Gerarca.

<sup>37</sup> L'eventuale assenza del sommo grado del carattere dell'ordine viene surrogata dall'estensione della portata episcopale dell'ufficio primaziale universale.

<sup>38</sup> La coerenza espressiva, oltre a manifestare l'intrinseco legame con la realtà sottostante, aiuta a sviluppare il senso comune e l'immediatezza della percezione.

<sup>39</sup> Si pensi a livello esemplificativo ai Vescovi o alla giurisdizione.

<sup>40</sup> «*Ordo*, d'altra parte, è termine assunto dall'organizzazione municipale romana e indicava l'amministrazione dei municipi; tanto che alcuni autori ecclesiastici dei primi secoli (ad esempio, Origene) utilizzavano in sua vece il termine *curia*. Da qui la frequente contrapposizione – testimoniata dagli scrittori dei primi quattro secoli – tra *ordo et plebs*, analoga alle fa-

evocava infatti la bipartizione funzionale tipica del governo antico (cfr. ad es. il *senatus populusque* del governo romano). Le comunità dei credenti si strutturavano appunto attorno alla capitalità di un Vescovo coadiuvato dal suo presbiterio. Il riferimento agli *ordines* civili forniva il modello organizzativo per una differenziazione organica della collettività, il carattere sacro conferiva logicamente specifico senso e pregnanza al principio strutturale.<sup>41</sup> Conviene sottolineare comunque che la bipartizione non conferiva un'accezione peggiorativa o sminuente al termine *plebs*, indicava solo l'assenza di cariche di governo. La terminologia risponde chiaramente ad un'astrazione concettuale sentita e condivisa ma non troppo comune e diffusa nel linguaggio primitivo.

Nelle fonti dello *ius antiquum* non vi è logicamente una piena concettualizzazione della figura. I Padri e gli autori ecclesiastici manifestano comunque una notevole perspicacia e acutezza nel cogliere la composita struttura della società ecclesiastica. Nei primi secoli del cristianesimo il concorso popolare è attivo e responsabile.<sup>42</sup> Il *populus christianus* o la *plebs* (i due concetti sono largamente equivalenti) costituisce il punto di riferimento e il fattore identitario delle comunità. L'organizzazione ecclesiastica originaria, ancorché ancora molto elementare ed embrionaria, ha considerato il clero più nell'aspetto disciplinare e normativo che in quello giurisdizionale. Decisiva e centrale appare invece la figura episcopale.<sup>43</sup> L'imposizione delle mani più che inserire in uno stato o ordine designava appunto una funzione e un compito (da un canto, di guida e presidenza, dall'altro di collaborazione e ausilio). Praticamente *ab origine* vi è stata una chiara coscienza dell'influenza del principio gerarchico nell'ordine cristiano. Il primo comunque a formalizzare la trasfusione in ambito ecclesiastico di categorie giuridiche romane sembra sia stato Tertulliano: «L'autorità della chiesa ha stabilito una differenza tra l'*ordo* e il popolo (*plebs*)».<sup>44</sup> Anche Origene usa ripetutamente

moose formule romane: *Senatus populusque, Curia et plebs, Senatus et plebs*» (HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, p. 178).

<sup>41</sup> La *plebs* non era intesa come un *ordo*, un gruppo di persone funzionalmente connotato, specifico o alternativo, ma come un insieme indistinto ed eterogeneo di persone.

<sup>42</sup> La logica degli stati non aveva ancora oscurato la priorità costitutiva dei fedeli e la maturità del laicato, per quanto ancora non si sentisse l'esigenza di differenziare la categoria (cfr. anche J. HERVADA, *Tres estudios sobre el uso del termino laico*, Pamplona 1973, pp. 25-72).

<sup>43</sup> Il tradizionale *nulla ecclesia sine episcopo, nullus episcopus sine ecclesia* ben esprime il vincolo comunitario della successione apostolica. Accanto al Vescovo hanno inoltre un certo rilievo i diaconi che costituiscono una sorta di corpo ausiliario del Pastore.

<sup>44</sup> «Differentiam inter ordinem et plebem constituit ecclesiae auctoritas et honor per ordinis consessum sanctificatus» (*De exhort. castitatis*, c. VII in [http://www.tertullian.org/latin/de\\_exhortatione\\_castitatis.htm](http://www.tertullian.org/latin/de_exhortatione_castitatis.htm)), trad. riportata (con inesatto riferimento) da J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo 1998, p. 72.

la distinzione municipale romana.<sup>45</sup> In S. Cipriano poi la *plebs* emerge tanto in contrapposizione con il *clerus* tanto come popolo cristiano in generale.<sup>46</sup> S. Agostino in un notissimo passo esplicita la dualità di posizione da lui assunta (Vescovo e cristiano) e la coscienza della vantaggiosità della condizione comune del fedele.<sup>47</sup> I riscontri si potrebbero evidentemente moltiplicare. La patristica in definitiva delinea con chiarezza i termini della differenziazione organica nel corpo mistico di Cristo.

L'approccio casistico e pragmatico della *canonistica classica* lascia poco spazio alle concettualizzazioni e alle formule astratte. Ormai non interessa più definire il principio costitutivo dell'ordine ecclesiale. L'attenzione perciò si sposta progressivamente dall'assetto della comunità alle distinte categorie di soggetti. La concezione per stati grazianea consolida e sedimenta il distacco dal pensiero antico e condizionerà pesantemente l'elaborazione successiva.<sup>48</sup> Mentre l'*ordo* in genere non designa più la classe né tantomeno la funzione ministeriale (si generalizza l'uso di *clerus* o *clerici* per indicare lo stato clericale a prescindere dal ruolo rivestito), *plebs* e *populus* sembra che si equivalgano, ma il termine non connota l'insieme dei battezzati ma la contrapposizione agli ordinati o la cura d'anime del semplice presbitero.<sup>49</sup> Il binomio *clerus-populus* o piuttosto *clerici-laici* diventa anodino e incerto.<sup>50</sup> Le fonti contribuiscono a diffondere una visione gerarcologica e la prevalenza dell'autorità.<sup>51</sup>

Nella *produzione posttridentina* di fronte alle posizioni dei riformatori si accentua la prerogativa del sacerdozio ministeriale e la dipendenza dei sudditi. Il ruolo della comunità diviene passivo e secondario. La trattatistica istituzionale sancisce la segregazione del clero dal popolo: «Plebs autem eo modo differt a Populo, quo species a genere: siquidem *populi* nomen latius sese extendit, atque appellatione eius universi Cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus, *plebis* autem appellatione sine Patritiis & Senatoribus».<sup>52</sup> L'espressione *plebs* riprende così il significato specificativo e

<sup>45</sup> Cfr. *supra* nt. 40.

<sup>46</sup> Cfr. HERVADA, *Tres estudios...*, pp. 54-55. Contiene utili spunti storici: J. FORNÉS, *La noción de "status" en derecho canónico*, Pamplona 1975, spec. pp. 25-112.

<sup>47</sup> «Vobis enim sum episcopus, vobiscum sum Christianus» (*Sermo*, 340, 1, PL 38, 1483).

<sup>48</sup> Cfr. ad es. G. LO CASTRO, *I laici nella Chiesa. Da categoria concettuale a elementi dinamici della vita della Chiesa*, in I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (a cura di), *Fede evangelizzazione e diritto canonico*, Roma 2014, pp. 63-79.

<sup>49</sup> «Sacerdos vero quilibet frequenter doceat plebem suam, [...]» (X, III.41.X).

<sup>50</sup> Cfr. es. *Grat.*, I.28.V; I.63.XX; X, I.28.V.

<sup>51</sup> «Laici clericos accusare non debent» (*Grat.*, c.2. Q.7. C. VIII). Di analogo tenore è anche *Grat.* c.6. Q.1. C. IX: «Item Pius Papa. [epist. I.] Oves pastorem suum non reprehendant; plebs episcopum non accuset, nec uulgus eum arguat, quia non est discipulus super magistrum. Episcopi enim a Deo sunt iudicandi, qui eos sibi oculos elegit».

<sup>52</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum*, I, Venetiis 1735, p. 23, n. 175 (*Praemium*).

deteriore legato all'origine romanistica e alla concezione per stati. La manualistica successiva recepisce l'identificazione del popolo con lo stato laicale che da Graziano in poi si è fatta strada. Il governo ecclesiastico d'altronde diviene appannaggio della gerarchia.<sup>53</sup> La codificazione piano benedettina non si è discostata dal sistema di idee e di valori all'epoca vigente. La costituzione gerarchica della Chiesa, com'è noto, significativamente era inserita seguendo la logica personalistica nel *de clericis*.<sup>54</sup>

Il Concilio Vaticano II pone dunque le basi per un recupero ecclesologico del popolo di Dio e della dignità battesimale. La rinnovata considerazione della *portio populi Dei* costituisce l'opportuna ricezione della riappropriazione conciliare, anche se la rispondenza della formula è comunque condizionata dal criterio ermeneutico adottato.

L'ascendenza storica della categoria non solo induce al rispetto e alla considerazione per il particolare valore della tradizione e della memoria nella vita della Chiesa ma delinea soprattutto l'originarietà, purezza e linearità della strutturazione. Il ripensamento non è altro che un recupero delle radici con la maturazione intervenuta nello sviluppo organico della scienza canonica.

#### 4. 2. *La possibile equivocità dell'espressione*

La formulazione *ordo-plebs* ha l'indubbio pregio di esprimere in maniera sintetica ed efficace la consistenza di ogni struttura gerarchica, risalta immediatamente il concorso del fattore ministeriale con la componente popolare. Tale terminologia tuttavia, come ogni schematizzazione sommaria e, in questo caso, *aliunde* desunta, presenta pure qualche limite e ambiguità che vale la pena chiarire.

La considerazione unitaria ed assorbente dell'elemento gerarchico con l'*ordo* risulta particolarmente felice e calzante. I distinti *ordines* (*episcoporum*, *presbyterorum* e *diaconorum*) vengono così rapportati all'insieme del servizio sacramentalmente caratterizzato, evitando improprie dissociazioni o divisioni.<sup>55</sup> L'*ordo* (sottintendendo *clericorum*) è l'univoco riferimento della ministerialità. Non si parla opportunamente né di *clerus* (concetto troppo estensivo) né di *hierarchia* (concetto restrittivo).<sup>56</sup>

<sup>53</sup> J. Gaudemet riporta un'indicazione emblematica: «Lo schema *Supremi Pastoris*, preparato per il Concilio Vaticano I, affermava: "Nessuno può ignorare che la Chiesa è una società diseguale nella quale Dio ha destinato gli uni a comandare, gli altri ad obbedire. Questi ultimi sono i laici e i primi i chierici» (*Storia del diritto canonico*, p. 720).

<sup>54</sup> Cann. 215-486 CIC 17.

<sup>55</sup> A ben vedere decisiva è la derivazione, diretta o indiretta, della capitalità e del servizio dall'*ordo episcoporum*. Cfr. anche J.R. VILLAR, *La capitalidad de las estructuras jerárquicas de la Iglesia*, «Scripta Theologica», 23 (1991), pp. 961-982.

<sup>56</sup> La nozione di clero ingenera confusioni con la condizione personale degli ordinati, quella di gerarchia rischia di ridursi solo alla preposizione giuridica dei ministri.

L'altro termine (*plebs*) però non ci sembra altrettanto chiaro e confacente o, almeno, non appare univocamente percepibile. Le *riserve e perplessità* derivano dalla *portata semantica del vocabolo*, dal *rischio della parzialità dell'accezione* e dall'*inversione delle posizioni nel binomio*.

Come emerge dalla connotazione originaria del vocabolo<sup>57</sup> e come, in parte, recepito dalla stessa trattatistica canonica, *plebs* assume spesso una *valenza riduttiva*: esprime lo stato di massa o l'appartenenza sociale non meglio qualificata o determinata.<sup>58</sup> La plebe quindi non si identificerebbe *stricto sensu* con il popolo. In molti casi la voce equivale a “volgo” o “popolino”, escludendo coscientemente la nobiltà o l'aristocrazia. In questa prospettiva, al di là di impropri apprezzamenti sociologici,<sup>59</sup> l'assonanza romanistica induce a riferirsi più al laicato che alla condizione comune dei fedeli della struttura o della circoscrizione.<sup>60</sup> Il senso deteriore della parola rischia di assimilare la plebe ad uno stato di congenita subordinazione e inferiorità sociale, rispondente al malinteso schema della bipartizione clero-laicato e alla logica della contrapposizione *ratione status* anziché a quella della complementarità e armonia *ratione munerum*.

A prescindere dalla consapevole assunzione dell'accezione peggiorativa o sminuente della voce *plebs*, il termine sembra comportare comunque l'*implicita esclusione del senato o del patriziato*. L'espressione, benché nata in un contesto molto lontano dalla concezione per stati, si espone facilmente al pericolo di essere stravolta e deformata dalle categorie successive.<sup>61</sup> La delimitazione semantica non aiuta a comprendere l'inclusione dell'*ordo* o dei ministri sacri (in quanto alla condizione personale e alla missione non gerarchica). Lo *status clericorum* non è estraneo o separato dal resto del popolo, ne è parte integrante e costitutiva e abbisogna della necessaria cura pastorale. L'idea sottesa alla denominazione *plebs* rende difficile concepire la *congregatio fidelium* come un insieme unitario o un corpo organico non disgiunto dalla testa.

Alla possibile antitesi o contrasto tra ceti può associarsi pure la *confusione*

<sup>57</sup> Cfr. M. BALZARINI, voce: *Plebs*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino 1966, pp. 141-146.

<sup>58</sup> Molto interessante è l'analisi storico-concettuale relativa alla nozione di 'popolo' compiuta in R. WEBER, *El concepto de pueblo de las circunscripciones eclesiásticas (Thesis ad Doctoratum in Iure Canonico)*, Roma 2012 (per la ricostruzione dell'uso del termine, pp. 19-123).

<sup>59</sup> Non si tratta di negare la differenziazione organica in seno alla comunità, ma di evitare di squalificare o sminuire la componente popolare.

<sup>60</sup> Il vocabolo *plebs* nella struttura *de quo* non sta a designare semplicemente la parte laicale né tantomeno lo strato inferiore della compagine ecclesiale ma l'insieme o il complesso indifferenziato di fedeli.

<sup>61</sup> Il *duo genera christianorum* graziano ha esercitato una forte presa e spinta sulla sistemazione concettuale successiva (cfr. nt. 48 e più in generale L. NAVARRO, F. PUIG [a cura di], *Il fedele laico. Realtà e prospettive*, Milano 2012).

*circa il contenuto delle rispettive funzioni.*<sup>62</sup> Nella prospettazione *ordo-plebs* non è agevole percepire il ruolo positivo e attivo della comunità. Lo “stato maggiore”, usando un’immagine, oscura e mortifica la truppa. L’interazione tra il sacerdozio comune e quello ministeriale dovrebbe invece mettere in luce l’anteriorità e prevalenza del popolo. La comunità è affidata alla cura pastorale e non è certo l’istituzione organizzata a richiedere un ambito d’esplicazione del ministero. L’ordine dei termini perciò a rigore andrebbe invertito.

Delineata una sorta di *pars destruens*, bisognerebbe proporre un’espressione alternativa. Formulazioni tipo: *populus-ordo*, corpo-capo, *fideles-ministerium* risultano probabilmente ancor più anodine e insoddisfacenti, dal momento che si rinunzierebbe alla portata evocativa e alla consolidata accettazione del binomio *ordo-plebs*. Il problema in realtà più che terminologico è di concetti e di sostanza, basta comunque aver presente che il più sicuro riferimento della nozione resta la *communio hierarchica*.

## 5. LA QUESTIONE SOSTANZIALE

La questione nominale ha già anticipato molti profili e rilievi relativi all’assetto strutturale della comunione gerarchica. La questione sostanziale riguarda appunto l’*intima conformazione costituzionale del popolo di Dio*. Per quanto in questo paragrafo ci soffermeremo separatamente sui due elementi della formula, occorre sempre aver presente che non si tratta di una composizione di parti ma di un insieme unitario.<sup>63</sup>

### 5. 1. Il fondamento divino-sacramentale dell’organizzazione ecclesiastica

L’anteposizione dell’*ordo* rispetto alla *plebs* deriva, oltre che dalla matrice storica dell’espressione, dalla portata specificante e caratterizzante del principio gerarchico.<sup>64</sup> Il popolo cristiano non è infatti una massa amorfa o indifferenziata ma una compagine ben ordinata e organizzata. L’ordine sacro è il sacramento che attualizza il mistero pasquale di Cristo e che quindi struttura la comunità salvifica.<sup>65</sup> Il *fondamento divino sacramentale* è decisivo per coglie-

<sup>62</sup> Sarebbe erroneo e fuorviante concepire l’*ordo* come un *coetus dominans et docens* e la *plebs* come un *coetus oboediens et discens*. La concezione diaconale della *potestas* porta ad invertire e riconfigurare la prospettiva d’osservazione della funzione direttiva.

<sup>63</sup> È bene aver sempre presente che i membri dell’*ordo* integrano anche la *plebs*.

<sup>64</sup> Come già ricordato, l’*ordo* si consolidò ben prima della nozione di laicato. L’espressione non pone eccessivi problemi concettuali di individuazione del suo oggetto.

<sup>65</sup> Il collegamento tra le due funzioni indica la derivazione eucaristica di ogni comunità ecclesiale: «Unità dell’Eucaristia ed unità dell’Episcopato *con Pietro e sotto Pietro* non sono radici indipendenti dell’unità della Chiesa, perché Cristo ha istituito l’Eucaristia e l’Episcopato come realtà essenzialmente vincolate. [...] ogni celebrazione dell’Eucaristia è fatta in unione non solo con il proprio Vescovo ma anche con il Papa, con l’ordine episcopale, con tutto il clero e con l’intero popolo. Ogni valida celebrazione dell’Eucaristia esprime questa univer-

re l'essenza della struttura costituzionale. Conviene pertanto chiarire bene l'esatto significato e alcune implicazioni del modello gerarchico.

L'*ordo* è il fondamento del sistema ecclesiale non nel senso che ne costituisce la base o il sostrato sociale (questo è dato dai rigenerati in Cristo) ma in quanto modula e regola l'amministrazione dei beni spirituali della Chiesa.<sup>66</sup> L'organizzazione ecclesiastica è appunto la pianificazione e impostazione del servizio ministeriale. La missione di Cristo e dello Spirito si propaga e perpetua spazio-temporalmente attraverso la mediazione dell'istituzione salvifica. La condizione clericale dei ministri sacri (con la cristoconformazione ontologico sacramentale) assicura dunque la dipendenza e connessione di ogni *portio* con l'unico Signore.<sup>67</sup> L'esercizio della funzione pubblica esprime in pratica la vicarietà cristologica della *potestas*.<sup>68</sup> È utile sottolineare in questa linea che il *munus regendi* si coniuga e si pone al servizio dei *munera docendi et sanctificandi*.<sup>69</sup> Giurisdizione e pastorale vanno sempre di pari passo: qualunque forma di *auctoritas* non è mai disgiunta in *Ecclesia* dalla cura della *salus animarum*.<sup>70</sup> Ciò significa pure che la struttura *ordo-plebs* coglie la valenza giuridica di un fenomeno eminentemente teologico.

Posta la natura fondante del carattere sacro, occorre ribadire pure l'*origine divina della disposizione ecclesiale*. L'assetto ministerial-popolare delle circoscrizioni ecclesiastiche non risponde alla mera razionalità o validità umana dell'integrazione e del coordinamento dei due fattori ma alla volontà fondata di Cristo. Il Redentore in definitiva non solo ha voluto perpetuare la sua missione nella storia,<sup>71</sup> l'ha pure configurata con un preciso mandato apostolico cui ha impresso un sigillo indelebile di autenticità e oggettività. La costituzione e composizione dell'ente riflette in pratica la totalità e

sale comunione con *Pietro* e con l'intera Chiesa, oppure *oggettivamente* la richiama, come nel caso delle Chiese cristiane separate da Roma». (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, lett. *Communio notio*, 28.V.1992, n. 14, «AAS», 85 [1993], pp. 846-847).

<sup>66</sup> «I fedeli hanno il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla parola di Dio e dai sacramenti» (can. 213).

<sup>67</sup> Cfr. *Ef* 4,5. Cristo è la pietra angolare su cui è edificata la costruzione.

<sup>68</sup> Qualunque potestà ecclesiastica è direttamente o indirettamente riconducibile al potere di Cristo (cfr. anche *Mt* 28,18).

<sup>69</sup> I beni salvifici d'altronde sono intimamente connessi tra loro e non possono mai essere separati: «L'intima natura della Chiesa si esprime in un triplice compito: annuncio della Parola di Dio (*kerygma-martyria*), celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), servizio della carità (*diakonia*). Sono compiti che si presuppongono a vicenda e non possono essere separati l'uno dall'altro» (BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, 25.XII.2005, n. 25.a, «AAS», 98 [2006], p. 236).

<sup>70</sup> Il gerarca in pratica non è mai separato dal pastore. La pienezza e concentrazione di potestà degli uffici capitali non fa che esprimere questa imprescindibile realtà.

<sup>71</sup> La redenzione soggettiva o l'applicazione dei meriti della Redenzione opererà fino alla consumazione finale.

singularità dell'essere cristiano.<sup>72</sup> La figura capo-corpo riproduce *semper et ubique* l'*imago Ecclesiae* e assicura il riferimento al Capo invisibile.<sup>73</sup> L'*ordo* diviene dunque il principio direttivo e informatore del progetto di salvezza. In virtù della successione apostolica ogni ripartizione primaria si presenta come compagine eminentemente apostolica: aperta verso l'esterno e ordinata all'intera umanità.

L'ultimo punto concerne l'*influenza dell'elemento sacramentale nella configurazione del popolo della nuova alleanza*. La comunità cristiana, com'è assodato, è impostata sulla logica dei sacramenti del battesimo e dell'ordine ed è orientata all'Eucaristia.<sup>74</sup> L'imprescindibilità ecclesiologicala dell'Eucaristia già comporta la necessità del sacerdozio ministeriale,<sup>75</sup> ad ogni modo la presenza della gerarchia non deriva solo da un'esigenza di completezza e perfezione dell'organismo sacramentale ma da una ragione di fedeltà al mandato del Salvatore. Se mancasse l'*ordo*, l'intero corpo verrebbe privato della sua identità salvifica (la successione apostolica) e del suo riferimento cristologico (l'agire *in nomine, in persona et auctoritate Christi Capitis*). La continuità dell'istituzione divina opera appunto attraverso il susseguirsi dell'imposizione delle mani (la catena ininterrotta delle ordinazioni). Il magistero, il culto e la giurisdizione derivano direttamente ed esplicitamente dall'economia della grazia. La matrice culturale della *communio ecclesiastica* dunque si estende ben oltre l'aspetto liturgico, anche se nella santa assemblea trova la sua miglior sintesi e rappresentazione. Il carattere sacerdotale in definitiva non riguarda solo la condizione del titolare della *sacra potestas*, quale ripresentazione del Capo, ma la compagine nel suo insieme, quale comunità strutturata e articolata. La radice sacramentale dell'ordinamento canonico non fa che esprimere la sacramentalità stessa della Chiesa.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Cfr. *supra* nt. 32.

<sup>73</sup> Il Primato è perciò elemento intrinseco di autenticità e garanzia del patrimonio salvifico.

<sup>74</sup> «Il carattere che imprime l'ordine sacro è una potenza attiva in relazione al culto divino il cui centro è l'Eucaristia; per questo il sacerdozio è costituito fondamentalmente per il potere di consacrare e il ministero è, nel suo nucleo centrale, ministero eucaristico. Da questo carattere – che è principio di azione – promanano i diritti e le funzioni proprie dell'*ordo* gerarchico, che hanno tutte fondamento sacramentale» (J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, relazione del 1983 raccolta in *Vetera et Nova*, ns. trad. it. «Ius Ecclesiae», 17 [2005], p. 651).

<sup>75</sup> È indicativo l'*incipit* dell'ultima enciclica giovanneo paolina: «*La Chiesa vive dell'Eucaristia*. Questa verità non esprime solo un'esperienza quotidiana di fede, ma racchiude in sintesi il *nucleo del mistero della Chiesa*» (*Ecclesia de Eucharistia*, 17.IV.2003, «AAS», 95 [2003], p. 433).

<sup>76</sup> Cfr. LG 8 e 48 e HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, pp. 652-658.

5. 2. *Il necessario concorso di tutti i fedeli*

L'ecclesiologia di comunione e la valorizzazione delle Chiese particolari hanno portato ad evidenziare sempre di più l'aspetto comunitario e solidale delle strutture costituzionali.<sup>77</sup> A prescindere dai limiti deontologici e comportamentali, residuano talune restrizioni concettuali e speculative che conviene superare. L'adozione della figura giurisdizionale nella genesi stessa dell'espressione<sup>78</sup> e, soprattutto, nella sua realizzazione storica,<sup>79</sup> tende spesso a privilegiare il fattore gerarchico a scapito del concorso popolare, è utile pertanto mostrare la *portata della componente comunitaria*.

Abbiamo già anticipato che la *communio fidelium* non costituisce solo una parte ma l'insieme o il nucleo della corporazione. La condizione comune del battezzato e il principio di uguaglianza fondamentale sono tuttavia insufficienti a descrivere la compiutezza e articolazione del fenomeno ecclesiale, a configurare l'ente sopravvengono perciò la diversità funzionale e l'istituzionalità.<sup>80</sup> Nel binomio *ordo-plebs* non vi è quindi una *ratio* disgiuntiva e rigidamente alternativa ma un criterio congiuntivo e inclusivo. Il ministero ordinato è comunque compreso nel popolo anche se non si verifica l'inverso.<sup>81</sup> L'*ordo* si differenzia insomma solo nell'esercizio delle proprie funzioni nell'ambito del ministero,<sup>82</sup> ma rientra a pieno titolo nel novero della compagine. Anche i pastori, in quanto fedeli, sono ricettori della cura ministeriale. I problemi e gli equivoci sorgono quando dalla logica costituzionale (*ordo-plebs* o equivalente) si passa a quella personalistica degli stati (*clerus-laicatus*). L'incentivo del concorso comune (per quanto in genere storicamente la carenza principale riguarda il ruolo dei laici) non è quindi una sorta di "lotta di classe" o una "promozione del terzo stato" ma un'affermazione della *corresponsabilità e condivisione dei battezzati*.

La *plebs* non costituisce una massa anonima e anodina di fedeli ma una *collettività storicamente caratterizzata*.<sup>83</sup> L'ascendenza e la memoria intergenerazionale hanno un forte richiamo nell'essere cristiano e trovano un pre-

<sup>77</sup> Cfr. INCITTI, *Il popolo di Dio*, pp. 14-19.

<sup>78</sup> La *plebs*, come descritto nel processo di gestazione della categoria (cfr. ntt. 42 e ss.), sor-ge come contrapposizione all'*ordo*, senza presentarsi come un corpo definito.

<sup>79</sup> La logica degli *status* ha configurato una superiorità personale del clero e la centralità dell'elemento potestativo.

<sup>80</sup> Questo processo vale sia per la Chiesa universale che per ogni relativa *portio*.

<sup>81</sup> Si tratta di una parte specificante e caratterizzante la composizione del tutto.

<sup>82</sup> Cfr. il ns. *La nozione giuridico-ontologica di gerarchia*, «Annales Theologici», 27 (2013), pp. 403-405.

<sup>83</sup> Una comunità storicamente caratterizzata è immersa nella dimensione temporale della Chiesa e quindi configurata da fattori sociali o culturali comuni.

ciso riscontro nella strutturazione delle *portiones populi Dei*.<sup>84</sup> L'identità e il senso di appartenenza del complesso è in pratica il dato più indicativo e rilevante per misurare il grado di partecipazione e assicurare l'efficacia della missione apostolica della circoscrizione. Anche là dove il criterio fosse quello meramente territoriale,<sup>85</sup> l'afflato fraterno e la *conspiratio ad unum* degli appartenenti è il mezzo e, in un certo senso, il fine stesso della compagine. La singola comunità insomma non compie semplicemente un tratto di strada assieme, segue un percorso comune e condiviso. Al di là della riconduzione dell'entità al governo di un Pastore (non si tratta mai di una massa acefala), conta e, anzi, è prioritaria l'azione del corpo. La *plebs* tra l'altro è l'agente più stabile e sicuro. I titolari degli uffici capitali e di cooperazione "passano" o si alternano, le persone invece "restano" e si moltiplicano.

Il rilievo costituzionale implica una considerazione piena e matura degli organismi giurisdizionali. La centralità del fattore popolare sembra escludere l'eventuale sussistenza di strutture primarie e fondamentali monche o incomplete, prive cioè di un concorso attivo e responsabile dei fedeli. La mera ricezione dell'attenzione pastorale del clero non configura quindi un ente gerarchico o costituzionale.<sup>86</sup> Riserve nel riscontro dell'assetto *ordo-plebs* porrebbe in questa linea la configurazione di semplici "corpi ministeriali".<sup>87</sup> La mera ottimizzazione nella distribuzione di clero o la dotazione di pastori specializzati non basta evidentemente a creare una *portio populi Dei*.<sup>88</sup> L'affinamento concettuale intervenuto permette di evitare un supposto dualismo

<sup>84</sup> Non sembra troppo azzardato sostenere che il concetto stesso di tradizione ecclesiale (cfr. can. 29 CCEO) dovrebbe trovare una certa rispondenza e conferma, ancorché parziale e ristretta, nelle ripartizioni di ogni Chiesa *sui iuris* e nelle entità metaritualali (cfr. P. GEFAELL, *Enti e circoscrizioni meta-rituali nell'organizzazione ecclesiastica*, in H. ZAPP, A. WEISS, S. KORTA [a cura di], «*Ius Canonicum in Oriente et Occidente*». *Festschrift für Carl Gerold Fürst zum 70.*, Frankfurt/M. 2003, pp. 493-508).

<sup>85</sup> Nelle circoscrizioni personali il fattore identitario e i vincoli di comunione, proprio in dipendenza della peculiarità del principio aggregativo, sono normalmente più forti e sentiti. Anche nelle circoscrizioni territoriali tuttavia dovrebbe registrarsi un'adesione spirituale e un senso d'appartenenza che prescindano dal mero dato sociologico o logistico.

<sup>86</sup> Cfr. *supra* nt. 3.

<sup>87</sup> Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, pp. 310-311 (*Le strutture complementari senza popolo*). La stessa tesi (che non pare altro che il frutto dell'interpretazione dei lavori redazionali e del disposto codiciale vigente) è prospettata anche in *Comentario a la Constitución Apostólica Ut sit; Personal Prelatures from Vatican II to the New Code*, in *Vetera et Nova*, pp. 325-327; 383-385.

<sup>88</sup> La genesi redazionale e gli antecedenti magisteriali della figura delle prelature personali non giustificano la supposizione di una struttura giurisdizionale *sine populo proprio*. Ci pare che la natura della realtà e l'essenza dei fenomeni, come maturata anche nel successivo dibattito dottrinale, debba prevalere sul dettato normativo e sulle categorie dei redattori, specie considerando la difficoltà e la complessità ecclesiologica del tema. In merito cfr. anche WEBER, *El concepto de pueblo...*, pp. 211-212.

nel ruolo popolare (attivo o passivo) e di non fraintendere il contenuto della figura normativa.<sup>89</sup> La puntualizzazione suffraga peraltro la valenza costituzionale e gerarchica non solo degli enti necessari (Chiese particolari) ma anche di quelli complementari o cumulativi (circoscrizioni personali): decisivo è il riscontro dell'interazione tra l'*ordo* gerarchicamente costituito e la comunità concretamente individuata.

#### 6. LA COMPrensIONE E LA PROMOZIONE DELLA COOPERAZIONE ORGANICA

I limiti e le insufficienze della struttura *ordo-plebs* sono più pratici e comportamentali che teoretici e concettuali.<sup>90</sup> Ad ogni modo pare utile insistere sul vero cardine della comunità gerarchicamente strutturata: l'integrazione tra servizio ministeriale e concorso di tutti i fedeli. Per quanto attualmente anche l'*ordo* debba cercare di conformarsi maggiormente alla concezione comunitaria,<sup>91</sup> l'"anello debole" della concatenazione sembra rappresentato dalla partecipazione e condivisione popolare all'azione apostolica o evangelizzatrice. Solo l'approfondimento e l'incentivo dell'*organica cooperatio*<sup>92</sup> consente quindi di passare da una sminuente e riduttiva visione giurisdizionale della potestà ad un maturo inquadramento costituzionale della compagine apostolica.<sup>93</sup> Di seguito pertanto cerchiamo di illustrare, a mo' di conclusione, il fondamento e alcune derivazioni del fulcro dell'assetto primario e costitutivo del popolo di Dio.

*La distinzione essenziale tra il sacerdozio ministeriale e il sacerdozio comune è il*

<sup>89</sup> In una struttura costituzionale il popolo ha sempre un ruolo attivo e partecipativo. Parlare di due tipologie di prelature è pertanto equivoco. Nel caso sorgessero corpi ministeriali specializzati con propria dipendenza giurisdizionale ma senza una responsabilità pastorale nei confronti di un determinato popolo (o gruppo di fedeli) non si tratterà invero di una prelatura personale ma di una distinta struttura con capacità d'incardinazione. Cfr. anche E. BAURA, *Le dimensioni "comunionali" delle giurisdizioni personali cumulative*, in P. ERDÖ, P. SZABÓ (a cura di) *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico*, Budapest 2002, pp. 427-439.

<sup>90</sup> Il problema principale sembra riguardare il coinvolgimento popolare. La maturità di una circoscrizione, come rilevato, dipende dal grado di partecipazione e condivisione all'azione pastorale.

<sup>91</sup> L'effettiva unità e convergenza degli ordinati in un corpo ministeriale e il temperamento della tradizionale impostazione autoritaristica e accentratrice del clero ci sembrano, ad esempio, mete da raggiungere più compiutamente.

<sup>92</sup> L'espressione è testualmente riportata nel can. 296 ma trova un certo riscontro anche nel can. 208 CIC. Per la valenza teologica della nozione di cooperazione cfr. anche LG 17, 20 e 23 (in questo punto si parla ad es. della «fervida cooperazione dei fedeli»), 27, 28, 41.

<sup>93</sup> In un caso al centro della comunione è posto l'esercizio del governo, nell'altro la missione pastorale (evidentemente non si può mai fare a meno dell'attività di presidenza e direzione, ma l'opera di evangelizzazione non è riducibile ad essa).

*principio strutturale della comunione ecclesiale*.<sup>94</sup> La successione apostolica assicura la derivazione divina e la continuità storica della comunità salvifica, la ripresentazione sacramentale di Cristo Capo attualizza la presenza e l'azione dell'unico Signore.<sup>95</sup> La radice sacramentale e l'orientamento liturgico di tutto l'ordinamento canonico risultano pertanto chiarissimi. La consistenza dell'elemento gerarchico tuttavia non oscura la priorità della rigenerazione battesimale. La deputazione al nuovo culto spirituale in pratica è già iscritta nel carattere e nella vocazione cristiana. L'univoco fondamento del popolo della nuova alleanza risiede proprio nel sacerdozio: «quali pietre vive siete costruiti anche voi come edificio spirituale, per un sacerdozio santo e per offrire sacrifici spirituali graditi a Dio, mediante Gesù Cristo». <sup>96</sup> La differenziazione organica è un fatto successivo e derivato. Il ruolo funzionale e operativo dei ministri sacri reclama dunque l'antiorità ontologica e cronologica dei fedeli. La reciproca influenza manifesta allora l'autentica natura dell'ordine ecclesiale: l'interazione e la complementarità tra il gregge e i pastori. Se non si comprende il concorso decisivo e determinante dei fedeli alla missione della Chiesa non si giungerà mai ad avere una comunità matura e consapevole.

La cooperazione organica indica dunque la natura propria dell'apporto dei membri all'unico corpo di Cristo.<sup>97</sup> Supposta l'azione principale dello Spirito, tanto l'*ordo* quanto la *plebs* non possono che cooperare (collaborare o contribuire) all'edificazione della Chiesa e di ogni sua porzione.<sup>98</sup> Il tipo di partecipazione tuttavia è intrinseco (congenito e consentaneo) alla vita dell'istituzione. La felice espressione codiciale (*organica cooperatio*) individua pertanto un concetto sintetico e unificante, pregno e rispondente sia teologicamente che giuridicamente. Per cercare di colmare il *deficit* di partecipazione popolare segnalato, è utile ribadire che il contributo dei fedeli non solo è interno ma è necessario. Un appoggio o un aiuto meramente esterno sna-

<sup>94</sup> Cfr. LG 10, in questa linea anche J.L. ILLANES, *La Iglesia ante el nuevo milenio: espiritualidad de comunión y cooperación orgánica*, «Burgense», 43 (2002), pp. 39-49.

<sup>95</sup> La matrice eucaristica della struttura ecclesiale, come esposto, è il principale fattore di identità e di continuità nella ripresentazione del mistero pasquale di Cristo.

<sup>96</sup> 1 Pt 2,5. La LG parla significativamente di «indoles sacra et organice exstructa communitatis sacerdotalis» (11.a).

<sup>97</sup> Sembra equivoco limitare il concetto di *organica cooperatio* solo alla funzione non gerarchica. Cfr. J.R. VILLAR, *La cooperación orgánica de fieles y ministros en la misión de la Iglesia*, «Revista Española de Teología», 70 (2010), pp. 119-127. La modalità di determinazione dell'appartenenza (incardinazione, ascrizione o incorporazione) tra l'altro non incide sulla tipologia generale dell'apporto.

<sup>98</sup> Fermo restando l'importanza dei contenuti e non delle parole, formulazioni che esaltassero la realizzazione esclusivamente umana della missione ecclesiale rischiano di condurre ad un'appropriazione indebita o ad una visione orizzontalistica e appiattente dell'economia della Redenzione.

tura il senso e la portata di un ente costituzionale.<sup>99</sup> A prescindere dal grado di consapevolezza e dal concreto coinvolgimento dei membri, la comunità non può che essere attiva e operosa.<sup>100</sup> La promozione non tanto del laicato quanto del complesso dei fedeli in quanto tale<sup>101</sup> mira a sviluppare appunto la coscienza e la responsabilità della missione comune e la vivacità della carità. Come già indicato, tra i due termini del binomio *ordo-plebs* non c'è dualismo o disgiunzione ma compenetrazione e connessione. Ogni larvata visione dialettica o di contrasto<sup>102</sup> tradisce invero il senso della missione ecclesiale. Nella logica del bene comune la crescita e l'incremento insomma è di tutti o non è di nessuno.<sup>103</sup>

La cooperazione organica esprime in definitiva il *principio dinamico dell'agire di ogni comunità gerarchica*.<sup>104</sup> La composizione e l'articolazione costitutiva della compagine non nuoce dunque all'unitarietà e convergenza dell'insieme. Per comprendere e attuare la potenzialità del principio basta probabilmente tornare alla sconvolgente semplicità della lezione agostiniana: "con voi sono cristiano, per voi sono il Vescovo"<sup>105</sup> che realizza esistenzialmente il significato del mandato ricevuto dal Signore. Il *Doctor gratiae* non solo non

<sup>99</sup> Un supporto materiale, finanziario o morale, per quanto lodevoli, sono radicalmente insufficienti. Decisivo è il criterio dell'appartenenza che configura anche il presupposto della peculiare titolarità della spettanza (il 'suo' del diritto). È indicativo il tenore di una risposta autentica del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi: «Se un gruppo di fedeli, privo della personalità giuridica, e addirittura del riconoscimento di cui al can. 299 § 3, abbia la legittimazione attiva a proporre ricorso gerarchico contro un decreto del proprio Vescovo diocesano. R. Negativamente, in quanto gruppo; affermativamente in quanto singoli fedeli, sia che agiscano separatamente che congiuntamente, purché abbiano veramente subito una grave (...))» (20.VI.1987, «AAS», 80 [1988], p. 1818). L'essere Chiesa richiede sempre una realtà di comunione gerarchica. L'esistenza di circoscrizioni cumulative non inficia la caratteristica della sufficienza insita nel genere (si vive un'esperienza di comunione gerarchica in qualunque circoscrizione ecclesiastica).

<sup>100</sup> Al modello ideale logicamente è auspicabile che corrisponda l'effettività pratica, che purtroppo sembra ancora molto lontana dall'essere raggiunta concretamente.

<sup>101</sup> Non interessa tanto l'estensione della categoria (comprendendo anche la vita consacrata ed eventuali ordini e ministeri non gerarchici, che indubbiamente concorrono alla vitalità della struttura) quanto la prospettiva d'osservazione, escludendo un riferimento limitato alla condizione canonica dei soggetti.

<sup>102</sup> La concezione per stati è ancora radicata e consolidata nel popolo cristiano.

<sup>103</sup> «Il bene comune non consiste nella semplice somma dei beni particolari di ciascuno soggetto del corpo sociale. Essendo di tutti e di ciascuno è e rimane comune, perché indivisibile e perché soltanto insieme è possibile raggiungerlo, accrescerlo e custodirlo, anche in vista del futuro» (PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano 2004, p. 89).

<sup>104</sup> Cfr. A. VIANA, *Sacerdocio común y ministeriale. La estructura «ordo-plebs» según Javier Hervada*, «Ius Canonicum», volumen especial 1999, pp. 237-239.

<sup>105</sup> *Supra* nt. 47. La teologia della santità, come spesso accade, alla luce dell'esperienza personale e della fede, antifica e semplifica anche le acquisizioni più complesse.

si distacca dai fedeli affidatigli (essere con) ma ha una vivissima coscienza della gravosità della preposizione (essere per) che dovrebbe essere un chiaro monito per tutti i pastori.

MATRIMONIO CANONICO,  
MATRIMONI RELIGIOSI,  
PROLIFERAZIONE  
DELLE UNIONI PARA-MATRIMONIALI

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI

**ABSTRACT:** Da alcuni anni stiamo assistendo ad una lenta agonia del matrimonio civile. Le coppie sposate in Italia (come nel resto d'Europa) vanno drasticamente diminuendo in favore di altri modelli di unioni. Questa particolare situazione rende oggi necessario un intervento del Parlamento, sia per quanto concerne la regolamentazione giuridica di alcuni aspetti della convivenza di fatto (fattispecie in ogni caso diversa da quella matrimoniale e rientrante nell'ambito del diritto della persona e dei rapporti patrimoniali), sia – guardando la questione da un diverso profilo – in ordine ad un auspicabile pieno riconoscimento della libertà religiosa matrimoniale. La libertà di sposarsi secondo il proprio credo dovrebbe infatti venire maggiormente tutelata, concedendo diretta rilevanza nell'ordinamento statale al matrimonio religioso senza bisogno di trascrizione alcuna. La possibilità di vedere riconosciuta dallo Stato a tutti gli effetti questa scelta pare del resto una risposta coerente con l'impianto di tutela della persona che caratterizza l'ordinamento italiano, ma anche una soluzione lungimirante rispetto ad alcuni preoccupanti orientamenti che iniziano a filtrare dall'Europa.

**PAROLE CHIAVE:** matrimonio canonico,

**ABSTRACT:** In these last years we are observing a slow agony of civil marriages.

Married couples in Italy (as well as in the rest of Europe) are decreasing drastically for other forms of civil partnership.

Today, this particular situation makes indispensable an action by the Parliament, both to rule some features of common-law marriage (a different form from a matrimonial one and concerned with the rights of persons and property connections) and, from a different point of view, to fully acknowledge the matrimonial religious freedom.

The freedom of marrying, according everyone's faith, should be protected by a special significance of the religious marriage in the legal order without any needed transcription in the public register.

The acknowledge of this kind of choice by the State, to all intents and purposes, seems a consistent answer with the Italian laws about the protection of individual rights, but also a forward – looking solution compared with several alarming tendencies which are starting to seep from Europe.

**KEYWORDS:** Canonical Form of Mar-

unioni para-matrimoniali, matrimonio riage, Civil Partnerships, Civil Marriage, civile, secolarizzazione, Unione Europea. Secularization, European Union.

SOMMARIO: 1. Secolarizzazione e matrimonio – 2. Il dato sociologico – 3. Il dato antropologico – La questione delle unioni omosessuali – 5. Monogamia ed eterosessualità solo per i matrimoni religiosi? – 6. L'Europa sta a guardare?

## 1. SECOLARIZZAZIONE E MATRIMONIO

L'ESPRESSIONE finale del titolo affidatomi, “proliferazione di unioni para-matrimoniali”, descrive un fenomeno caratterizzante realtà o desideri attuali, che, a loro volta, ci conducono ad un interrogativo: siamo nell'età del dissolvimento (reale o sperato) del matrimonio civile?

La risposta, per i profili giuridici, attiene alla competenza diretta, *ratione materiae*, dei civilisti e costituzionalisti, piuttosto che di noi canonisti ed ecclesiasticisti. Ma anche le nostre discipline sono indirettamente chiamate in causa, non fosse altro che per gli occhiali della storia che siamo soliti mettere, per la dialettica dogmatica sempre intercorsa tra matrimonio religioso e matrimonio civile, per tutte le possibili ricadute nell'ordine civile della scelta della persona – cittadino e fedele insieme – di affidarsi ad un ordinamento religioso per il proprio matrimonio.

Dalla storia ricavo una riflessione, che condivido ormai da parecchi anni con Giuseppe Dalla Torre:<sup>1</sup> la nascita del matrimonio civile, sotto la pressione dell'illuminismo settecentesco è affermazione della gelosa sovranità dello Stato,<sup>2</sup> che tuttavia modella l'istituto civilistico sulla secolarizzazione del matrimonio canonico, dal quale, si noti, mutua diritti e doveri, indis-

<sup>1</sup> (\*) Relazione svolta in occasione del Convegno Nazionale A.D.E.C. sul tema “Per una disciplina che cambia. Il diritto canonico e il diritto ecclesiastico nel tempo presente” (Bologna, 7-9 novembre 2013).

G. DALLA TORRE, *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*, (in *Veritas non auctoritas facit legem*, Studi di diritto matrimoniale in onore di P. A. Bonnet, Città del Vaticano 2012, p. 211 ss.) che di recente ha ripreso temi già in precedenza affrontati nello scritto *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Diritto persona e vita sociale, Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. I, Milano 1984, p. 410 ss.

<sup>2</sup> Riferendosi alla legge francese del 1792, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, III ed., rist., Torino 1961, p. 29, osserva che l'introduzione del matrimonio civile obbligatorio è corollario della “duratura conquista della Rivoluzione francese: la sottomissione assoluta ed esclusiva del cittadino allo Stato, la negazione di ogni potere, estraneo ed indipendente dallo Stato, da cui il cittadino rilevi, e che possa proteggerlo anche contro lo Stato”; e, sotto altro profilo, è “corollario dell'affermazione dello Stato etico: dello Stato cioè che, in quanto la sua attività non può non prendere le mosse da principi morali e non ispirarsi a questi, non si limita ad accettare i principi della Chiesa ed a farsene il rispettoso e fedele esecutore, bensì afferma una sua propria nozione di bene e di male e questa vuole attuare, senza curarsi se essa corrisponda sempre con quella della Chiesa” (ivi, p. 25).

solubilità compresa, escludendo soltanto i profili sacramentali. Di secolarizzazione in secolarizzazione siamo giunti oggi all'eclissi del matrimonio civile.

L'evoluzione storica è ben nota, ma val la pena brevemente ricordarla.

A fine Settecento, poco più di 2 secoli fa, la Francia, archiviando per sempre il valore civile del matrimonio religioso, nella Costituzione rivoluzionaria del 1791 (art. 7) afferma: *“la loi ne considère pas le mariage que comme contrat civil”*. Principio successivamente accolto dapprima nella legge francese 20-25 settembre 1792 e poi nel *Code civil* all'art. 165. Con espressione sbrigativa Napoleone afferma: *“Les concubins se passent de la loi; la loi se passe d'eux”*. Non c'è spazio giuridico per le convivenze di fatto.

Analogo modello è successivamente introdotto nel nostro Paese. Negli anni tra Restaurazione ed unificazione italiana,<sup>3</sup> infatti, si incrina il monopolio ecclesiastico sul matrimonio, caratterizzante la legislazione degli ex Stati.<sup>4</sup> Sotto la spinta di una particolare declinazione della laicità,<sup>5</sup> coerente con il dogma liberale dell'esclusivismo giuridico statale, nel 1865 la politica liberale separatista spinge lo Stato italiano a introdurre come obbligatorio il matrimonio civile (R.D. 25 giugno 1865, n. 2358, art. 55 ss.). L'indissolubilità continua a caratterizzarlo, sia perché essa è allora considerata favorevole alla donna come soggetto debole, sia perché non si intende esasperare il conflitto con il Vaticano (siamo a 4 anni dall'unificazione e 5 anni prima della breccia di Porta Pia).

Beninteso, la scelta di non combattere, neppure indirettamente, né di favorire il matrimonio religioso, è un male minore per i cattolici. Il Codice del 1865 non impone per legge<sup>6</sup> la celebrazione del matrimonio civile prima della celebrazione religiosa; non accoglie dunque la tendenza dapprima illuminista, poi della Rivoluzione francese ed infine del *Code Napoleon* del 1801 di munire di sanzioni penali il divieto di celebrare il rito civile prima del rito religioso.<sup>7</sup> Si limita a considerare civilmente irrilevante il matrimonio religioso.

<sup>3</sup> Con particolare riferimento alla giurisdizione ecclesiastica ed al riconoscimento della sua efficacia immediata si veda O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano 1970, 2 ed., p. 29 ss. e 71 ss.

<sup>4</sup> Una sintesi in G. MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli Stati dell'Unione Europea*, I, *Sistemi matrimoniali a confronto: matrimonio civile obbligatorio o facoltativo*, Ancona 1997, p. 40 ss.

<sup>5</sup> V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, x ed., Milano 1964 p.258; S. GHERRO – M. MIELE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, II, Padova 2009, p. 8 ss.

<sup>6</sup> Venne presentato un progetto di legge per rendere obbligatoria la previa celebrazione civile; ma esso, approvato dalla Camera il 18 maggio 1879, non ottenne il consenso del Senato (C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1996, p. 431).

<sup>7</sup> Altre posizioni statuali di matrice separatista (matrice anche di sistemi diversi da quelli liberali) vanno ben oltre. Alcune pagine della storia dei rapporti tra la Chiesa ed alcuni Stati, se poste a confronto con quelle scritte dal nostro Stato liberale ottocentesco, mostrano

Via via che il processo di secolarizzazione mette radici in Italia e la rivoluzione industriale spinge alla famiglia coniugale, l'originario modello civilistico, secolarizzante il modello canonico, è mutilato. Siamo negli anni settanta dello scorso secolo. Sulla scia di un orientamento comune agli Stati membri del Consiglio d'Europa,<sup>8</sup> si comincia a parlare di "privatizzazione del matrimonio"<sup>9</sup> con il prevalere del modello volontaristico-individualistico rispetto al modello istituzionale.

L'introduzione del divorzio (legge 1 dicembre 1970, n. 898) segna agli inizi degli anni settanta una vittoria del "vissuto" contro il "voluto", con il rifiuto di ogni limite allo spontaneismo dei sentimenti. La ricerca della felicità individuale è giustapposta ai doveri (caratterizzanti il modello istituzionale) di garantire, in nome dell'unità familiare, non la propria felicità ma quella degli altri membri della famiglia. Vi è l'eco di filosofie esistenzialiste di tipo libertario, che, più avanti nel tempo, influiscono sulla riduzione del numero di anni (da 5 a 3) di separazione legale necessari per chiedere il divorzio. Oggi si spinge *de iure condendo* a cancellare i termini e dunque a ridurre il divorzio ad una forma di recesso *ad nutum*, scardinando lo stesso impianto<sup>10</sup> che sinora ha retto la disciplina italiana del divorzio.

Il "vissuto", insomma, ormai è colorato di precarietà. Nella coscienza sociale, venuta meno l'etica del dovere, ci si orienta a considerare le unioni di fatto come una risposta non disdicevole, secondo l'ideologia dell'"indifferenziato", che propone di mettere sullo stesso piano anche sotto il profilo giuridico ogni rapporto di coppia (legale o di fatto, etero o omosessuale).

Uno scenario analogo si delinea anche nel diritto ecclesiastico. Varie innovazioni, spesso giurisprudenziali, si abbattano sui nodi degli effetti civili del matrimonio canonico. Un'interpretazione innovativa della categoria dell'ordine pubblico prende avvio negli stessi anni settanta, nei quali inizia la lotta tra modello istituzionalista e modello volontaristico. Il matrimonio civile è posto a paradigma del matrimonio canonico, nel senso che sono riconosciuti gli effetti civili del matrimonio canonico e delle cause di nullità

come il sistema del doppio regime (qualunque sia la dottrina politica, dal quale fiorisce) può trasformarsi in persecuzione religiosa del nubente e del ministro assistente. Ciò avviene nel Novecento e persino oggi fuori d'Italia, con una conflittualità che arriva sino a tradursi in gravi sanzioni quando, nonostante il divieto statale, sia celebrato il matrimonio canonico anteriormente al matrimonio civile. Rinvio a O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa ed intervento dello Stato*, Milano 2012, p. 6 ss.

<sup>8</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, ora in A. NICOLUSSI (a cura di), *Diritto civile della famiglia*, Milano 2011, p. 43 ss.

<sup>9</sup> R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid 1994, p. 57 ss.

<sup>10</sup> Sulla compatibilità tra divorzio, come oggetto di un diritto potestativo esercitabile solo quando sia venuta meno la possibilità della comunione di vita tra i due coniugi, ed assenza del matrimonio implicante una volontà iniziale di unirsi per tutta la vita, rinvio a L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, «Iustitia», 1990, p. 5.

matrimoniali solo nei limiti in cui la disciplina canonistica coincide con la normativa civilistica. Proprio in nome della diversità dei modelli, canonico e civile,<sup>11</sup> l'automatismo, caratterizzante il sistema sino agli anni settanta del Novecento, è via via sostituito da una serie di filtri in sede di trascrizione e soprattutto di delibazione. Se nel 1865, al momento della sua introduzione, il matrimonio civile nasceva "sui ginocchi della Chiesa"<sup>12</sup> ed in un certo senso era steso sul letto di Procuste del matrimonio canonico, dagli anni settanta dello scorso secolo in poi la situazione si rovescia. Il letto di Procuste vede il matrimonio canonico steso sulla disciplina del matrimonio civile, ormai radicalmente rinnovato. Per giunta la tendenza della legislazione statale è di attenuare fino ad annullare la differenza di regime giuridico tra convivenze fondate sul matrimonio e quelle non fondate sul matrimonio, con l'aggravante che talvolta il diritto non favorisce né agevola la famiglia legittima. Si pensi al diritto tributario.

Oggi la concorrenza di unioni di fatto para-matrimoniali è in crescita, anche se le iscrizioni nei registri comunali non rivelano ancora un fenomeno imponente. Questa crescita è assunta dalla corrente anti-istituzionale, per realizzare il suo vero obiettivo: liquidare l'istituto del matrimonio civile.

Sorgono spontanee due domande, una relativa all'ordinamento civile e l'altra al sistema ecclesiasticistico. La prima è la seguente: siamo ormai giunti all'agonia del matrimonio civile, in Italia come altrove? La seconda è: la libertà religiosa matrimoniale, la libertà cioè di sposarsi secondo il proprio credo e vedere questa scelta riconosciuta dallo Stato, è sufficientemente tutelata?

I dati offerti da scienze umane diverse dal diritto ci offrono alcune riflessioni. Vediamone due, il primo sociologico ed il secondo antropologico.

## 2. IL DATO SOCIOLOGICO

Tra i mutamenti morfologici della nostra società segnalati dai sociologi, una recente notizia (riportata dai quotidiani dello scorso 13 ottobre 2013) viene dal Regno Unito: le coppie sposate sono diventate una minoranza. Per la prima volta sono scese al 47% della popolazione locale britannica, a fronte del 56% del 1991 e 51% del 2001. Nelle grandi città, come Londra, le coppie unite in matrimonio sono addirittura un terzo della popolazione totale. Conquista terreno, dunque, la generazione così detta "Bridget Jones" (personaggio dei romanzi di Helen Fielding<sup>13</sup> e conseguenti film), secondo un *trend* frutto

<sup>11</sup> Mi permetto rinviare, anche per le citazioni, a O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa ed intervento dello Stato*, cit., p. 49 ss. e 75 ss.

<sup>12</sup> O. GIACCHI, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, «JUS», 1974, p. 21

<sup>13</sup> *Bridget Jones's Diary* (1996); *Bridget Jones: The Edge Of Reason* (1999); *Bridget Jones's Guide to Life* (2001); *Olivia Joules and The Overactive Imagination* (2004); *Bridget Jones: Mad About the Boy* (2013).

dell'importazione in Europa di un analogo fenomeno presente negli Stati Uniti.

Per tutta risposta il premier inglese, dopo avere accusato i precedenti governi laburisti di non avere sostenuto abbastanza la famiglia legittima, con coerenza che si fatica a trovare ha legalizzato i patti di unione civile tra omosessuali (che oggi pare siano più di 100.000 l'anno).

Se allarghiamo poi l'orizzonte al contesto mondiale, troviamo un dato OMS: entro il 2031 i coniugati saranno solo il 40% della popolazione dell'intero pianeta.

I sociologi invitano a non considerare un dramma il fallimento della famiglia legittima fondata su monogamia e eterosessualità. Rilevano, quanto al nostro paese, che già alcune aree regionali italiane (come l'Emilia Romagna) sono in linea con la media europea, che anch'essa registra per la famiglia legittima un *trend* in discesa.

Peraltra altre regioni italiane vanno in altra tendenza. Il Trentino-Alto Adige ha il suo asso nella manica nel "Distretto famiglia". In particolare la provincia di Trento ha fatto un ulteriore salto di qualità: la legge provinciale sul benessere familiare, varata il 2 marzo 2011, ha introdotto un "sistema integrato di politiche strutturali per la promozione del benessere della famiglia e della natalità", al quale collabora un insieme di soggetti pubblici e privati. Sostenere dunque la famiglia produce effetti positivi. È vero che la legge non dice esplicitamente che per famiglia si deve intendere quella che nasce dal matrimonio ma, da un lato, il riferimento fatto dall'art. 1 della legge in questione all'art. 29 Cost. e, d'altro lato e soprattutto, le profonde radici cattoliche di una Regione da sempre amica della famiglia tradizionale inducono a ritenere che il salto di qualità abbia riguardato la famiglia che nasce dal matrimonio. Senza dire poi che la legge parla di "famiglia", non di "famiglie" (termine nel quale si tende a comprendere anche le unioni civili e le famiglie di fatto).

### 3. IL DATO ANTROPOLOGICO

Altri dati, più sorprendenti rispetto a quelli ora citati, vengono dalle scienze antropologiche.

Un antropologo evoluzionista (di tendenza dunque non allineata al pensiero cristiano) di Oxford, Robin Dunbar, famoso per avere dimostrato<sup>14</sup> che al massimo possiamo stringere relazioni di amicizia con 150 persone, ma che i veri amici non sono più di 4-5 (5-6 per le donne), nel suo ultimo saggio, "*Amore e tradimento: uno sguardo scientifico*",<sup>15</sup> si è concentrato sulle relazioni

<sup>14</sup> *Di quanti amici abbiamo bisogno? Frivolezze e curiosità evoluzioniste*, trad. it., Milano 2011.

<sup>15</sup> *Amore e tradimento. Uno sguardo scientifico*, trad. it., Milano 2013, p. 296 ss.

di coppia. Poco sorprendente il risultato: chi entra a far parte di una coppia frequenta (per ragioni di tempo) almeno due amici in meno rispetto a quando era *single*. Più sorprendente è la spiegazione: se così non fosse, oggi saremmo né più né meno come gli scimpanzé (e come il 95% dei mammiferi), che hanno molti amici e si accoppiano con promiscuità, ma senza formare mai veri legami di coppia. Conclusione della ricerca: siamo monogami da almeno 200.000 anni, da quando cioè la dimensione dei gruppi umani superò i 100 membri e la pressione dei 20-25 maschi riproduttori sulle femmine divenne intollerabile. Questa situazione creò il bisogno della donna di avere un solo maschio per essere difesa dagli altri. Legame continuo che serviva alla donna anche per prevenire l'infanticidio da parte di altri uomini desiderosi di accoppiarsi. Così, afferma lo studioso nella sua analisi evolucionista, ci siamo differenziati da animali come il leone che, quando ha una nuova compagna, le uccide i cuccioli, figli di altri leoni, per mandarla di nuovo in estro ed avere figli da lei.

Il dato antropologico poi più stimolante è che, per differenziare sé da altri rivali, l'essere (umano o animale) ha dovuto vincere sfide che gli hanno fatto crescere il cervello. Negli animali le specie monogamiche (ci assicura l'Autore) hanno il cervello più grande di quelle poligame.

L'antropologia evolucionista, dunque, ci allerta sulla positività della forza sociale della famiglia fondata sulla monogamia ed eterosessualità con argomenti non basati su dati giusnaturalistici laici o religiosi o sul richiamo alla tradizione romanistica<sup>16</sup> dalla quale veniamo, ma che, proprio perciò, sono ancor più eloquenti e dovrebbero essere tenuti presenti anche da chi si appresta a modificare le leggi.

#### 4. LA QUESTIONE DELLE UNIONI OMOSESSUALI

Tenendo conto dei dati pre-giuridici ora indicati, affrontiamo la questione che più divide oggi il diritto e soprattutto la politica legislativa: le unioni omosessuali. Che fare? Legalizzarle: sì o no? Se sì, come? Che dice la Costituzione? Come interpretare l'espressione "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29, c. 1, Cost.)?

Va subito ricordato, sul piano dell'interpretazione giuridica, che la critica alla natura istituzionale della famiglia, pur avendo all'origine un qualche elemento di fondatezza,<sup>17</sup> ha in realtà condotto -direbbero gli inglesi - a "buttar

<sup>16</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Famiglia (dir.rom.)*, «Enc. Dir.», XVI (1967), p. 727 ss.

<sup>17</sup> Si pensi ad esempio alla resistenza ad applicare il principio di eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi alla materia dell'adulterio, che vedeva la donna civilmente e penalmente discriminata rispetto all'uomo; un illustre giurista come Carnelutti addirittura poneva in guardia il legislatore a non fare "malipassi"!

via l'acqua e il bambino insieme".<sup>18</sup> Sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, c. 2, Cost.) ha fatto leva una parte della dottrina che, giustamente criticando la precedente normativa civilistica imperniata sulla superiorità del marito rispetto alla moglie (principio gerarchico), è giunta alla conclusione (a mio avviso errata) che il modello istituzionale sia ormai da abbandonare. Si sarebbe potuto (come da taluni scelto) ricondurre il modello istituzionale ai parametri costituzionali, assumendo a principio organizzativo non più il criterio gerarchico, ma la relazione di solidarietà come dovere finalizzato all'unità della famiglia, sicché il fine di ogni suo membro diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro. Si è invece imboccata una via decisamente opposta: la famiglia come società di eguali, che autonomamente sceglie le regole della convivenza; una famiglia non più fondata sullo *status*, ma sul contratto, sulla libera determinazione dei suoi appartenenti.<sup>19</sup>

Su questa stessa via, con ulteriori argomentazioni che non è necessario ricordare qui, essendo ben note, l'art. 29 della Costituzione è letto come se vi fosse scritto che la famiglia è fondata "sulla stabile convivenza", e non, come i nostri costituenti chiaramente scrissero, "sul matrimonio". Il matrimonio in altri termini diventa una delle tante fattispecie di una categoria più ampia: quella dei patti di convivenza. Sostituendo la stabile convivenza al matrimonio, le coppie di fatto sono impropriamente ricondotte allo schema familiare. In gran parte degli interpreti appartenenti a questa linea si tende, poi, ad elidere ogni riferimento alla diversità di sesso, che certamente i nostri Costituenti avevano nel loro animo, quando elaboravano e poi scrivevano il testo dell'art. 29 Costituzione. Beninteso, nessuno nega il senso originario della norma, quale presente ai nostri Costituenti, ma esso è considerato non più rispondente ai costumi della società. In breve, una lettura di matrice sociologico – storicistica (per la quale, per dirla con un'espressione riassuntiva, "la famiglia non è, ma si fa"), opposta alla lettura istituzionale, spoglia la famiglia di gran parte dei suoi elementi costitutivi ed identificativi. La spoglia in modo così drastico da doverci domandare se siamo di fronte al medesimo istituto o ad un altro che abusivamente porta il nome di famiglia.<sup>20</sup>

In gioco, peraltro, non è solo il modello costituzionale di famiglia, ma lo stesso modello di coppia umana e persino di persona. Non ha torto chi, al

<sup>18</sup> Per un'eccellente ricostruzione rinvio ad A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, ora in *Diritto civile della famiglia*, cit., p. 151 ss.

<sup>19</sup> G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di uguaglianza e garanzia di unità della famiglia*, in M. SESTA – V. CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 138 ss.

<sup>20</sup> A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, «Quaderni cost.», XXVII, n. 4, dicembre 2007, p. 751 ss.

proposito, parla<sup>21</sup> di “Avventure giuridiche della differenza sessuale” e osserva che ciò avviene con l’applicazione del diritto alla *privacy* e del divieto di discriminazione.

Riservandomi di tornare più avanti su questi aspetti, mi soffermo brevemente sulla più recente giurisprudenza costituzionale.

Nell’ordinanza 5 gennaio 2011, n. 4<sup>22</sup> (come già nella precedente sentenza 138/2010, nella quale era chiaramente<sup>23</sup> detto che “il paradigma eterosessuale del matrimonio è iscritto nella Costituzione”) la Corte ha ribadito, se mai ve ne fosse bisogno, che l’art. 29 Costituzione si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e che questo significato non può essere superato in via ermeneutica perché le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee<sup>24</sup> al matrimonio. Chiarimento importante perché consente di concludere che nell’ordinamento italiano il così detto matrimonio omosessuale non può essere introdotto né con legge, né, tanto meno, con provvedimento giudiziale.

D’altro canto la stessa Corte riconosce che tra le formazioni sociali rientra anche l’unione omosessuale “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il fondamentale diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.<sup>25</sup> La Corte toglie dunque di mezzo ogni pregiudiziale giuridico-costituzionale (vi è chi nell’art. 2 vede solo la tutela di singoli diritti inviolabili della persona) o morale o di ordine pubblico, riguardo ad esempio all’illiceità della causa dei negozi di diritto privato, utilizzata nel passato quando dalla riprovazione morale delle convivenze *more uxorio* si deduceva l’illiceità giuridica per contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume e quindi la nullità delle promesse negoziali di contenuto patrimoniale.

Un intervento del Parlamento si rende dunque necessario al fine di sottrarre la materia all’incertezza dei rapporti giuridici, caratterizzante l’odierno

<sup>21</sup> M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, Relazione al Convegno *Identità sessuale e identità della persona* (Palermo 9-11 dicembre 2010), «Iustitia», 3/2011, p. 285 ss.

<sup>22</sup> Si veda il bel commento di S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, «Dir. fam. pers.», XL, 2011, 2, p. 555 ss.

<sup>23</sup> A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), contra B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Si veda anche P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità della sentenza n.138/2010*, «Quaderni cost.», II, 2010, p. 361 ss.

<sup>24</sup> Commenti durissimi contro questa “pietra tombale” in I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio* e F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso*, richiamati da A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, «Quaderni cost.», II, 2010, p. 20.

<sup>25</sup> Sentenza n. 138/2010, par. 8.

diritto vivente. Lo richiede anche la difesa del matrimonio civile in quanto unione eterosessuale che, stante l'attuale *trend* interpretativo (dottrinale o giurisprudenziale), rischia di essere snaturato persino rispetto al dato antropologico evolucionista sopra ricordato, oltre che rispetto alla antropologia di derivazione cristiana, ancorché secolarizzata.

Personalmente non vedrei ostacoli all'introduzione di una regolamentazione giuridica di alcuni aspetti della convivenza di fatto, purché sia chiaro che ci troviamo di fronte a negozio altro rispetto a quello matrimoniale. I modelli della tutela personale e patrimoniale di una coppia legata da unione libera non possono essere trovati nel diritto di famiglia, ma nel diritto delle persone e dei rapporti patrimoniali. Matrimonio ed unioni libere, per riprendere l'antica espressione di Luigi Mengoni, sono "entità giuridicamente incommensurabili".<sup>26</sup>

La materia è di competenza dei civilisti e costituzionalisti, ma anche noi ecclesiasticisti abbiamo qualche dato da sottolineare. Tra le situazioni che per la legge civile sono solo "di fatto" (mentre per la legge canonica sono "di diritto") vi sono quelle di coloro che hanno contratto matrimonio religioso "di coscienza" non trascritto. Agli occhi dello Stato è una "convivenza more uxorio", non certamente agli occhi della Chiesa, che invece la considera legittimo vincolo coniugale.

Una regolamentazione giuridica dunque sarebbe strumento idoneo anche per casi siffatti, che presentano indubbie situazioni di ingiustizia bisognose di essere portate a giustizia: si pensi ad esempio ai risvolti civilistici patrimoniali.

## 5. MONOGAMIA ED ETEROSESSUALITA'

### SOLO PER I MATRIMONI RELIGIOSI?

Se le nozze civili si avviano alla dissoluzione e se la difesa del modello di matrimonio monogamico ed eterosessuale è effettuata solo dagli ordinamenti religiosi, la conclusione che un saggio legislatore dovrebbe trarre nel rispetto delle scelte dei propri cittadini sarebbe quella di concedere la libertà religiosa matrimoniale ai propri cittadini di diversa fede religiosa.

È ormai tempo di invertire la rotta rispetto a tempi antichi, quando l'introduzione del matrimonio civile come obbligatorio incise sul principio della libertà religiosa matrimoniale.

Il nostro Stato è oggi poggiato su pilastri ben diversi da quelli liberali ottocenteschi. Ha scelto di avere a stella polare la tutela della persona ed il pluralismo delle istituzioni, anche confessionali. Nel ventaglio delle libertà

<sup>26</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme*, cit., p. 60.

ha le sue armi per vincere la lotta contro tentazioni autoritarie o regressioni esclusiviste. Intende la libertà non in senso formale, ma in senso sostanziale. Ci si aspetterebbe, come logico corollario, il riconoscimento della più ampia libertà matrimoniale, della libertà cioè di sposarsi secondo il proprio credo,<sup>27</sup> in conformità al pluralismo religioso caratterizzante la nostra Costituzione. Si tratterebbe, in definitiva, di dare diretta rilevanza nell'ordinamento statale al matrimonio religioso, celebrato in uno o altro culto, senza bisogno di trascrizione, come accadeva in età preunitaria nel Regno di Sardegna o nel Lombardo-Veneto. Unici limiti dovrebbero essere aspetti del credo religioso tanto configgenti con i principi dell'ordinamento, da fare dubitare della compatibilità del matrimonio religioso con il sentire comune o con l'ordinata convivenza.

Quest'ampio riconoscimento fatica ad affermarsi.

Per quanto riguarda in particolare la libertà del cattolico di sposarsi davanti alla propria Chiesa e di vedere ciò riconosciuto dallo Stato, essa è oggi tutelata dall'art. 8 Accordo di revisione concordataria, anche se in termini meno ampi del precedente art. 34 Concordato lateranense. Ma, un'interpretazione sostanzialmente separatista, non accettando la sovranità della Chiesa ancorché formalmente riconosciuta dallo Stato, ha cercato (spesso riuscendovi) e continuerà a cercare in tutti i modi di restringerla. A farne le spese è stata e continuerà ad essere proprio la libertà matrimoniale, come espressione della libertà religiosa.

La questione si pone in termini diversi per le altre confessioni, ai fedeli delle quali è concesso il matrimonio religioso ma solo come forma di celebrazione del matrimonio civile. Anche per esse è comunque in gioco la libertà religiosa.

Consentire dunque a ogni cittadino-fedele di contrarre matrimonio secondo il proprio credo e vedere questa scelta riconosciuta dallo Stato a tutti gli effetti parrebbe coerente con l'impianto di libertà e di tutela della persona e delle sue scelte che una democrazia matura come la nostra dovrebbe agevolare. Ma, come gli esperti del settore ben sanno, la meta è lontana. Per giunta, non più solo all'orizzonte ma ormai *in medias res*, aumenta la presenza di matrimoni religiosi difforni dal modello europeo: basti un accenno alla questione della poligamia ammessa nel matrimonio islamico e di dubbia

<sup>27</sup> Sul punto sono sempre efficaci le osservazioni di L. SPINELLI, *Matrimonio civile e matrimonio religioso (problemi e prospettive de iure condendo*, in *Rapporti attuali tra Stato e Chiesa in Italia*, Atti del xxvi Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (6-8 dicembre 1975), Quaderni di Iustitia, Milano 1976, p. 182 ss.; *Id.*, *Stato e Chiesa per la promozione dell'istituto matrimoniale oggi in Italia*, in *Documentazioni di Iustitia*, 24 aprile 1977, 4/5, p. 12 ss. Si veda anche G. DALLA TORRE, *Intervento xxvi Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (6-8 dicembre 1975)*, p. 232 ss.

conformità sia all'ordine pubblico italiano sia all'ordine pubblico europeo.<sup>28</sup> Questione che va affrontata dal legislatore anche al fine di porre termine all'incertezza dei rapporti giuridici dovuta al riversare sulla magistratura mancate scelte del potere legislativo.

## 6. L'EUROPA STA A GUARDARE?

L'Europa che fa? Sta a guardare?

Si è molto scritto<sup>29</sup> sui limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario. Ma, a fronte di delimitazioni formali, la materia sostanziale è in forte movimento.

Come è noto su matrimonio e famiglia i singoli Stati presentano profonde differenze di cultura e di legislazione. Di qui la scelta dell'Unione Europea di rispettare la competenza del legislatore nazionale (art. 5 Trattato sull'Unione Europea) in forza del principio di attribuzione. L'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea garantisce "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia, secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Statuizione, dunque, che ad un primo approccio appare in linea di continuità con remoti e chiari antecedenti,<sup>30</sup> che garantivano il modello tradizionale, accolto pressoché in tutti i paesi dell'Unione Europea. Tra essi, l'art. 12 CEDU riserva espressamente il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a "uomini e donne", cioè a coppie eterosessuali. In realtà l'art. 9 della Carta, se letto più attentamente, compie un primo passo di discontinuità

<sup>28</sup> Come è stato osservato da P. MENGOZZI, *Cittadinanza comune e identità nazionali e culturali*, in *Verso una Costituzione europea*, a cura di L. Leuzzi – C. Mirabelli, Lungro di Cosenza 2003, p. 488, se la visione personalistica europea vuole che sia assicurata completa eguaglianza tra uomo e donna, è evidente che il riconoscimento dello statuto personale di cittadini di paesi islamici non potrà operare riguardo ad uno straniero islamico, unito da un primo matrimonio celebrato nel suo Paese d'origine, che voglia concludere nell'Unione un secondo matrimonio. Un riconoscimento così esteso, infatti, concretizzerebbe una situazione matrimoniale di tipo poligamico contrastante con i principi dell'Unione. Ciò però non significa che un matrimonio islamico non possa essere posto in essere nell'Unione, ma solo che esso può essere contratto a condizione che costituisca il primo matrimonio. Ben diversa situazione si ha se il figlio residente in un paese dell'Unione, della seconda moglie di un soggetto (es. Marocchino) unito a lei da un matrimonio poligamico, contratto in Marocco, intenta nell'Unione una causa di accertamento della sua qualità di figlio legittimo: non sarebbe affatto contrario alla concezione europea dei diritti dell'uomo che i giudici degli Stati membri riconoscessero efficacia alla legge marocchina (che considera il figlio legittimo in quanto nato dal secondo matrimonio del padre).

<sup>29</sup> Una buona recente sintesi in V. MARANO, *Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2011.

<sup>30</sup> Art. 16, par. 1, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; art. 23, par. 2, Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici; art. 12, Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

con il passato. A differenza della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, menziona in modo disgiunto il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia ed inoltre non menziona la specificazione del sesso.

Di qui due interrogativi, che dividono gli interpreti: si può ritenere che i due diritti siano separati ed indipendenti e che dunque il diritto di costituire famiglia sia tutelato a prescindere dal diritto di sposarsi? Il silenzio sulla diversità di sesso è o no una porta aperta alla famiglia omosessuale?

È ben vero che l'interpretazione dell'art. 9 deve rispettare i modelli di famiglia previsti nei diversi ordinamenti costituzionali, e dunque va sempre fatto riferimento a quanto il legislatore nazionale consente. Ma vi è sempre il pericolo che la Carta dei Diritti sia intesa da interpreti creativi per scardinare le norme costituzionali.

C'è di più. Nel corso degli ultimi due decenni diversi interventi dell'Unione in specifici settori (ad esempio, direttive in materia di circolazione e soggiorno 2004/38/CE art. 2, par. 2; cooperazione giudiziaria in materia civile ex art. 81, par. 3 del Trattato di Lisbona) o disposizioni generali plurivoche (il diritto alla "vita familiare" ex art. 7 Carta dei Diritti<sup>31</sup> comprende qualunque modello familiare, compresa l'unione omosessuale?) sembrano potere legittimare interpretazioni, che incidono indirettamente sulla materia che stiamo esaminando. Analoghe tendenze si registrano in risoluzioni del Parlamento Europeo, che, è vero, non hanno carattere vincolante, ma sono pur sempre importanti casse di risonanza politica.

Anche recenti indirizzi giurisprudenziali europei sembrano andare in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato<sup>32</sup> di ritenere "pacífico" che il termine matrimonio designi l'unione tra due persone di sesso diverso. Intendo riferirmi a pronunce sia della Corte di Giustizia sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Esse radicano nel principio di non discriminazione di orientamento sessuale l'estensione al *partner* o al coniuge omosessuale (ovviamente nei Paesi in cui vi è il riconoscimento del matrimonio omosessuale) di specifici diritti, con argomenti che finiscono con il portare acqua al mulino della possibile equiparazione tra famiglie legittime e nuove unioni

<sup>31</sup> Rinvio a F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Milano 2002, p. 41 ss.

<sup>32</sup> Ancora nella sentenza 17 febbraio 1998 (C-249/96) la Corte di Giustizia riteneva "pacífico che il termine matrimonio secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designi un'unione tra due persone di sesso diverso" ; orientamento sino allora seguito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo (Cfr. *Rees c. United Kingdom*, sentenza 17 ottobre 1986: " Il diritto di sposarsi garantito dall'art. 2 CEDU fa riferimento al matrimonio tradizionale tra persone biologicamente di sesso diverso. Ciò risulta altresì dalla lettura dell'articolo, là dove si evince con chiarezza che l'art. 12 si preoccupa fondamentalmente di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia").

(siano esse etero o omosessuali). Si parte dall'affermazione che in un Paese che abbia legalizzato l'unione civile registrata tra eterosessuali (in questa situazione sono molti Paesi europei) la non estensione alle unioni omosessuali del regime delle unioni civili sia contraria al divieto di discriminazione. L'obiettivo indiretto è equiparare unioni civili, sia etero che omosessuali, al matrimonio. Obiettivo sinora raggiunto in pochi Paesi europei.

Per prendere un esempio di questa tendenza, si veda la sentenza *Kozac c. Polonia* della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (2010),<sup>33</sup> che estende il diritto alla successione nel contratto di locazione al *partner* omosessuale superstite in applicazione del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) in combinato disposto con il diritto alla *privacy* (art. 8), inteso come diritto di stabilire i dettagli della propria identità sessuale secondo la propria scelta personale. Si faccia attenzione: non siamo ancora all'equiparazione tra matrimonio e unione civile, bensì alla equiparazione tra coppie etero e coppie omosessuali all'interno della convivenza non matrimoniale. Oggetto della censura della Corte è la legislazione polacca in quanto, avendo questa già riconosciuto al convivente di sesso opposto il diritto alla successione nel contratto di locazione, non lo ha esteso al *partner* omosessuale. In sostanza la Corte afferma che lo Stato non è tenuto ad accordare alle coppie omosessuali le stesse tutele previste per i coniugi, ma deve loro garantire gli stessi diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali, pena la discriminazione per orientamento sessuale. Altro esempio, che possiamo trarre dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è in materia di pensione di reversibilità. La sentenza *Tadao Maruku* del 2008<sup>34</sup> ha ritenuto violasse il principio di non discriminazione la legislazione

<sup>33</sup> Nella sentenza 2 marzo 2010 (*Kozac c. Polonia*, ricorso n. 13102/02) il diniego della successione nel contratto di locazione del *partner* omosessuale superstite è considerato violazione dell'art. 14 (*divieto di discriminazione*) della CEDU in combinato disposto con l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*). Nella successiva sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04 del 24 giugno 2010) la Corte afferma che il diniego a una coppia omosessuale di contrarre matrimonio civile non viola né l'art. 12 della Convenzione (*diritto al matrimonio*) né l'art. 14 (*divieto di discriminazione*) in combinazione con l'art. 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*). Quanto in particolare all'art. 12, che espressamente riserva il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a "uomini e donne", la Corte osserva che non è escluso il matrimonio tra due uomini o tra due donne, anche se nel contesto storico in cui la CEDU fu approvata il matrimonio era inteso come eterosessuale. Il diritto di sposarsi riconosciuto alle coppie eterosessuali, insomma, non impedisce agli Stati membri che lo desiderano di riconoscere il matrimonio omosessuale. La Corte richiama, evidentemente volendo ad essa allinearsi, l'art. 9 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che, nel riconoscere "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia" secondo le leggi nazionali omette il riferimento esplicito all'uomo e alla donna. Interpretazione quest'ultima contestata in una *dissenting opinion* dei giudici Malinverni e Kovler.

<sup>34</sup> La sentenza *Tadao Maruku* della Corte di Giustizia, 1° aprile 2008, afferma: "È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza.

tedesca, che nella disciplina delle unioni civili registrate tra persone dello stesso sesso non estendeva il diritto alla pensione di reversibilità al *partner* superstite omosessuale. È vero che, quanto all'equiparazione tra matrimonio e nuove unioni, la prima conclude che comunque la competenza è degli Stati e la seconda si rimette al margine di apprezzamento dei medesimi, ma intanto la discontinuità con il passato è segnata ed il principio di non discriminazione per orientamento sessuale<sup>35</sup> comincia a premere.

Come è stato intelligentemente osservato<sup>36</sup> ed ho già accennato, la tendenza a giungere all'equiparazione tra unioni omosessuali e matrimonio riflette un orientamento culturale più ampio, teso ad annullare le differenze di fatto nell'"indifferenza del diritto". Orientamento che si aggira in Europa ed ha trovato sinora alimento giuridico nei collegamenti tra l'emersione dei diritti dei transessuali e l'emersione dei diritti degli omosessuali. Mi spiego meglio. Le rivendicazioni dei diritti dei transessuali (anzi, come ormai si dovrebbe dire, *trans-gender*) sono giuridicamente distinte dalle richieste di equiparazione delle convivenze omosessuali al matrimonio, tanto che per le prime si argomenta dal divieto di discriminazione sulla base del sesso e per le seconde dalla discriminazione per orientamento sessuale. Tuttavia le prime hanno aperto la strada alle seconde sul piano culturale, avendo introdotta una mutazione della matrice antropologica eterosessuale.<sup>37</sup> L'avvio si è avuto nella materia della rideterminazione anagrafica del genere, sulla base di un'interpretazione che in sede europea<sup>38</sup> ha fatto perno (anziché sulla di-

Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione". La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è vietata dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 Direttiva n. 2000/78, sempre che nel diritto nazionale la coppia omosessuale sia in posizione analoga a quella eterosessuale.

<sup>35</sup> Il riferimento all'orientamento sessuale nell'ordinamento dell'Unione Europea risale al 1997, al Trattato di Amsterdam. Oggi, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si ritrova nell'art. 19 (ex art. 13 TCE) TFUE. Si ritrova altresì nell'art. 21 Carta dei diritti dell'Unione Europea, che, nell'elencare i vari divieti di discriminazione, inserisce sia quello fondato sul sesso sia quello determinato dall'orientamento sessuale.

<sup>36</sup> M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 304 ss.

<sup>37</sup> C. DI MARTINO, *Le evidenze dell'esperienza*, in *Famiglia e DiCo: una mutazione antropologica*, *Quaderni della sussidiarietà*, 1, 2007, p. 15 ss.

<sup>38</sup> Ad aprire l'evoluzione in materia di transessualità nel nostro Paese è una ormai remota sentenza della Corte costituzionale, la n. 161/1985 riguardante la richiesta di modificare i dati anagrafici di una persona in seguito alla modificazione dei suoi caratteri sessuali (transessualità). Ma si noti: a differenza delle successive evoluzioni in sede europea, la nostra Corte costituzionale impenna la tematica sul diritto alla salute. Nell'analogo caso Gooddwin (sentenza 11 luglio 2002), invece, la Corte Europea dei diritti dell'uomo fa perno sull'art. 8 della Convenzione che riconosce il diritto al rispetto della vita privata, che la Corte intende come diritto di stabilire i dettagli della propria identità sessuale secondo la propria scelta individuale. Dall'art. 8 CEDU, va sottolineato, fiorisce la gran parte dei diritti di ultimissima generazione.

scriminazione sulla base del sesso acquisito a seguito dell'intervento chirurgico) sul diritto alla *privacy*, legittimando un modello di convivenza liberata non solo dalle relazioni sociali e familiari ma persino dall'identità sessuale e perciò dal corpo. Orientamento già adottato in alcuni Paesi, tra i quali comunque non è l'Italia. La Spagna<sup>39</sup> e il Regno Unito<sup>40</sup> consentono oggi di ottenere la rettifica del nome sui documenti anagrafici non solo senza che sia avvenuto l'adeguamento chirurgico (come già in Germania<sup>41</sup>), ma anche dopo soli 2 anni di vita continuativa nello stile del genere prescelto. Non è questa la sede per approfondire ulteriormente la questione.

Mi preme almeno segnalare che, una volta ricondotta sul piano culturale l'identità sessuale (anzi identità di genere, comprendente i diritti delle persone *LGTB lesbian, gay, transexual and bisexual*) all'autonoma scelta della persona, con la predominanza dunque dell'elemento volontaristico a detrimento del dato fisico, il passaggio ulteriore è porre ad oggetto di scelta anche il modello di convivenza, che ognuno ritenga più confacente. Ad agevolarlo in sede europea è pronta l'applicazione sia del diritto alla *privacy*, sia e soprattutto il divieto di discriminazione per orientamento sessuale, secondo una strategia che non è difficile prevedere e che coinvolge la politica legislativa dei singoli Paesi. Il primo passo è l'equiparazione (in sede nazionale) delle unioni registrate eterosessuali al matrimonio ed il secondo è invocare in sede europea il divieto di discriminazione per orientamento sessuale.

L'obiettivo è tutelare le "differenze indifferenti", con il diritto che fa da cornice neutrale (in questo senso indifferente) rispetto alle scelte di campo e l'identità sessuale (quanto dunque di più fisico vi sia) svincolata dalle componenti corporali per levarsi a scelta soggettiva individuale. Questa tendenza traspare in alcune prese di posizione assunte in sede giurisdizionale europea,<sup>42</sup> che insistono affinché nelle asimmetrie tra le due forme giuridiche non sia ravvisato un indizio di differenziazione voluta per disciplinare situazioni diverse, bensì indizio di discriminazione. Con buona pace dunque del principio di eguaglianza nella declinazione di "dare a ciascuno il suo" e con l'enfaticizzazione del "dare a tutti l'eguale"; e con il principio di non discriminazione inteso come variante prevalente del principio di eguaglianza e la neutralità intesa come annullamento di tutti i valori.

Per ora sono solo tendenze, che, tuttavia, sembrano volere spingere l'Europa, nonostante la sua incompetenza formale, a incidere sostanzialmente

<sup>39</sup> *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.*

<sup>40</sup> *Gender Recognition Act 2004.*

<sup>41</sup> *Transsexuellengesetz*, 10 settembre 1980.

<sup>42</sup> A proposito del caso *Jurgen Romer*, portato davanti alla Corte di Giustizia (C-147/08), si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Nilo Jaaskinen, citate da M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 301 ss., che comunque riporta altre sentenze successive in senso contrario.

sul modello di matrimonio e famiglia andando, si direbbe, in senso opposto rispetto ai valori propri all'eredità religiosa, pur richiamati dal Preambolo del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Sembrano, in altri termini, dare per scontato che le convivenze non matrimoniali (etero o omosessuali) sono ormai i frutti maturi di una secolarizzazione causata anche dalla scomparsa del sacro nelle nostre società.

Conclusione a mio avviso affrettata, anche perché, nonostante i tanti annunciatori della "morte di Dio", l'eclissi del sacro<sup>43</sup> nella nostra civiltà non ha in realtà avuto luogo. Anche il sociologo americano Harvey Cox,<sup>44</sup> teorizzatore dell'indifferentismo religioso, nel giro di pochi decenni ha dovuto riconoscere l'inatteso "ritorno del sacro". Un ritorno del sacro ben presente ai negoziatori europei, che hanno conferito un importante ruolo alle Chiese e comunità religiose.

Nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione, c'è una significativa norma, forse a tutt'oggi sottostimata. Si tratta dell'art. 17, par. 3, che istituzionalizza un "dialogo aperto, trasparente e regolare" con le Chiese, facendo tesoro della prassi di confronto già felicemente utilizzata tra Chiese ed organismi europei nel percorso dell'integrazione europea. L'applicazione di questa norma può produrre risultati positivi, nonostante ai tempi in cui fu varata appariva essere poco più di un contentino agli insoddisfatti della mancata menzione delle radici cristiane.<sup>45</sup>

Non affidare alla mera benevola attenzione delle istituzioni comunitarie il dialogo, ma prevederlo come regolare significa inserire le confessioni religiose in un contesto partecipativo proprio a modelli davvero democratici di comunità politica. Certamente l'applicazione concreta dovrà sciogliere vari nodi: se ad esempio ogni identità o ogni contributo specifico sia compatibile con i principi generali dell'Unione, ricavabili interpretativamente da tutti i valori sui quali essa poggia, a loro volta riconducibili alle eredità, del-

<sup>43</sup> È il titolo di un volume di S. ACQUAVIVA (1961), capofila italiano della "sociologia della secolarizzazione".

<sup>44</sup> Mi riferisco, in particolare, al *revirement* di H. COX dalle tesi di *The Secular City*, New York, 1965 a quelle di *Fire from Heaven. The Rise of Pentecostal Spirituality and the Reshaping of Religion in the Twenty-First Century*, Reading (Mass.), 1995. Sul ritorno del sacro nelle società contemporanee v. P. NORRIS – R. INGLEHART, *Sacred and Secular. Religion and Politic Worldwide*, Cambridge 2004.

<sup>45</sup> Più articolate considerazioni in O. FUMAGALLI CARULLI, "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio", cit., p. 137 ss.; ID., *Dal diritto romano al diritto europeo*, Commento alla relazione di P. Casavola, in *Conceptualization of the person in Social Sciences*, XI Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, 18-22 november 2005, a cura di E. Malinvaud - M. A. Glendon, Città del Vaticano 2006, p. 206. In particolare sull'art. 17 TFCE si veda V. MARANO, *Il contributo delle Chiese e delle comunità religiose alla governance europea*, in *Lo Stato dell'Unione. L'Europa tra allargamento e costituzionalizzazione*, Torino 2009, p. 38 ss.

le quali parla il Preambolo del Trattato sull'Unione Europea (TUE)<sup>46</sup> e tra le quali è l'eredità religiosa. Ma è indubbio che nell'interpretazione di un testo che poggia sui "valori", può essere decisivo il confronto con i "valori" laicamente sostenuti dalle Chiese, specie di quelle che nel lungo percorso che ha accompagnato l'unificazione europea si sono dimostrate levatrici sagge di democrazia.<sup>47</sup>

Per quanto riguarda il credo cattolico, papa Benedetto XVI, riprendendo pensieri già da lui esposti all'ONU,<sup>48</sup> il 3 dicembre 2010 nel ricevere l'Ambasciatore di uno Stato europeo (l'Ungheria), ha pronunciato parole con le quali termino il mio dire: "Il matrimonio ha dato all'Europa il suo particolare aspetto ed il suo umanesimo.(.....). L'Europa non sarebbe più Europa se tale cellula basilare della costruzione sociale sparisse o venisse sostanzialmente trasformata. Sappiamo tutti quanto sono a rischio il matrimonio e la famiglia oggi, da un lato per l'erosione dei loro valori più intimi di stabilità e indissolubilità a causa di una crescente liberalizzazione del diritto al divorzio e della abitudine, sempre più diffusa, alla convivenza di un uomo e una donna senza la forma giuridica e la protezione del matrimonio, dall'altro lato per diversi generi di unione che non hanno alcun fondamento nella storia della cultura e del diritto in Europa".

<sup>46</sup> Così si esprime il Preambolo: "Ispirandosi alle eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto".

<sup>47</sup> Rinvio a O. FUMAGALLI CARULLI, *Freedom of conscience and religion as Fundamental Human Right*, in *Catholic Social Doctrine and Human Rights*, xv Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, 1-5 may 2009, a cura di R. Minnerath – O. Fumagalli Carulli – V. Possenti, Città del Vaticano 2010, p. 303 ss.

<sup>48</sup> Di specifico interesse è il *Discorso* 18 aprile 2008 all'ONU, nel quale il Pontefice ricorda che proprio l'azione delle Nazioni Unite negli ultimi anni ha permesso al dibattito pubblico di offrire punti di vista ispirati da una visione religiosa in tutte le sue dimensioni, compreso il rito, il culto, l'educazione, la diffusione di informazione e la libertà di professare e scegliere la propria religione.

THE INSTITUTE  
OF CANONICAL POSSESSION  
IN THE 1983 CODE OF CANON LAW\*

EDWIN OMOROGBE

ABSTRACT: The Code mandates that a diocesan bishop takes canonical possession before he is capable of exercising the office to which he has been appointed. This research examined the institute of canonical possession as it particularly relates to the office of diocesan bishop. In the course of this study, the consequences of acts placed without canonical possession were outlined. The write up studied the legislative history of canon 382 to understand the mind of the legislator concerning whether canonical possession was an incapacitating law. The purposes of canonical possession were identified as the protection of communion with the Bishop of Rome. It was to ensure

ABSTRACT: Il Codice prevede che un vescovo diocesano possa detenere il possesso canonico prima che sia in grado di esercitare il compito per cui è stato nominato. Questa ricerca ha esaminato l'istituzione del possesso canonico in quanto essa si riferisce in modo particolare all'incarico del vescovo della diocesi. Durante lo studio, sono state sottolineate le conseguenze dei comportamenti tenuti senza il possesso canonico. Questo lavoro esamina la storia legislativa del canone 382 per capire l'idea originale del legislatore per quanto riguarda il possesso canonico se sia una legge incapacitante o no. Gli scopi del possesso canonico furono identificati nella protezione della comunione

\* *Codex iuris canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, Vatican City State, Libreria editrice Vaticana, 1989, *Code of Canon Law: Latin-English Edition, New English Translation*, prepared under the auspices of THE CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, Washington, CLSA, 1999 (=CIC/83).

*Codex canonum Ecclesiarum orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, fontium annotatione auctus*, Vatican City State, Libreria editrice Vaticana, 1995, English translation *Code of Canons of the Eastern Churches: Latin-English Edition, New English Translation*, prepared under the auspices of THE CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, Washington, CLSA, 2001 (=CCEO).

*Codex iuris canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, Typis polyglottis Vaticanis, 1917, English translation E. N. PETERS editor, *The 1917 Pio-Benedictine Code of Canon Law*, San Francisco, Ignatius Press, 2001. These three translations are used throughout this work.

that bishops who were to govern dioceses had been properly appointed by the Supreme Pontiff. This research concludes by recommending that canonical possession be done always in a liturgical ceremony where all the faithful are gathered. The recommendation of canon 382, §4 be given full juridical value by mandating it and not just mere recommendation as it is in the present Code. In this way the faithful will be able to take part as the bishop begins his governance of the diocese. This process will fulfill the purpose of proclaiming apostolic letter of appointment to the college of consultors and also allow the entire faithful to participate in the process to some extent.

KEY WORDS: Diocesan Bishops, College of Consultors, Canonical Possession.

con il Vescovo di Roma. Questo per assicurare che i vescovi che erano a capo delle diocesi venissero nominati correttamente dal Sommo Pontifice. Questa ricerca ha portato alla conclusione che il possesso canonico deve essere sempre conferito in una cerimonia liturgica nella quale tutti i fedeli sono radunati. Il consiglio del canone 382, §4 è che ad esso venga riconosciuto il completo valore giuridico con un mandato e non per una semplice raccomandazione come prevede l'attuale Codice. In questo modo i fedeli sarebbero in grado di partecipare nel momento in cui il vescovo inizia a dirigere la diocesi. È per questo che la lettera apostolica della nomina va letta davanti al collegio dei consultori e questa permette anche a tutti i fedeli di partecipare al processo in un certo modo.

PAROLE CHIAVE: Vescovo diocesano, collegio dei consultori, possesso canonico.

SUMMARY: 1. The Legislative History of Canon 382 of the 1983 Code of Canon Law. - 2. The Institute of Canonical Possession in the 1983 Code of Canon Law. - 3. The Effects of Canonical Possession. - 4. Conclusion.

## INTRODUCTION

**E**CCLIASTICAL offices are established for the spiritual good of the faithful. The established procedures for the right to acquire and exercise these offices are therefore of great consequence in a particular church. A candidate appointed to an ecclesiastical office will be required to fulfill the legal formalities in order to acquire the right to exercise the power of such an ecclesiastical office, especially when the law formally stipulates or mandates such formalities.

In order to exercise the rights that go with the acquisition of the ecclesias-

tical office<sup>1</sup> of a diocesan bishop,<sup>2</sup> canon law requires that a bishop should fulfil the formalities of taking canonical possession.<sup>3</sup> Without canonical possession a diocesan bishop may have the right and privileges of the office and still be incapable of exercising the power of the office. The institute of canonical possession will be studied with a view to understand the purpose of the law that mandate a bishop to observe canonical possession in order to exercise the power of governance that goes with the office of diocesan bishop.

#### 1. THE LEGISLATIVE HISTORY OF CANON 382 OF THE 1983 CODE OF CANON LAW

The legislative history of any legal document is essential to understanding the mindset of its legislator (c. 17).<sup>4</sup> The 1983 Code passed through several stages before it was finally promulgated.<sup>5</sup> The four major stages were: the 1972 to 1977 *primae versiones*, the 1980 *Schema*, the 1982 *Schema*, and finally the 1983 Code.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Canon 145 states: “§1. An ecclesiastical office is any function constituted in a stable manner by divine or ecclesiastical ordinance to be exercised for a spiritual purpose.

§2. The obligations and rights proper to individual ecclesiastical offices are defined either in the law by which the office is constituted or in the decree of the competent authority by which the office is at the same time constituted and conferred.”

The *CCEO* defines office in the Church in similar terms (c. 936, §§1-2). JOHN M. HUELS points out that, among other differences between the two codes, there is a difference in the wording of the *CCEO*: “A final difference between the two canons [*CIC*/83, c. 145 and *CCEO*, c. 936 §§1-2] is the phrase about the decree of the competent authority that *Simultaneously establishes and confers* an office, which is not found in the Eastern canon. This is not a mere editorial correction; the elimination of these words in the Eastern code marks a genuine and substantial difference from the Latin code, namely, the suppression of the possibility of creating offices with no objective stability. In the Eastern law, an office must first be created in the objective law before it is conferred on an individual; the two may not be done simultaneously” in *Towards Refining the Notion of ‘Office’ in Canon Law*, «The Jurist», 70 (2010), p. 419 (=HUELS, «The Notion of Office»).

<sup>2</sup> JOHN M. HUELS says: *The offices of pope, diocesan bishop, and member of the college of bishops are of divine law. All other offices in the Church are of ecclesiastical origin*, «The Notion of Office», p. 413.

<sup>3</sup> The Code sometimes mentions explicitly that some formalities are required for validity of a juridical act (cc. 124 and 1108); at other times formalities may be required only for licity, such as a singular administrative act being in writing (c. 154, §3), and a curial act being signed and notarized (474), etc., see *CCEO*, c. 931.

<sup>4</sup> EDWARD N. PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal 2005, p. xi (= PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*).

<sup>5</sup> For a critical analysis of the revision process for what is now Book V, see J. C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l’Église*, Éditions Tardy, Paris 1966, pp. 17-27, 275-282.

<sup>6</sup> See PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, p. xi.

JULIÁN HERRANZ notes: “Paul VI had already established that the Code Commission should solicit the opinion of the Pastors of the Church on each of the *schemata*. In a discourse to the College of Cardinals, he announced, ‘After approval of the guiding principles

Canon 334 of the 1917 *Code*<sup>7</sup> reads:

§1. Residential Bishops are ordinary and immediate pastors in the dioceses committed to them.

§2. In the governance of the diocese, however, neither personally nor through others nor under any title can they involve themselves before they have first taken up possession canonically of the diocese; but if, before being designated for the episcopate, they have been appointed Vicars Capitulary, officials, or economes, these offices they may retain and exercise after designation [as Bishop].

§3. Residential Bishops take up canonical possession of a diocese immediately upon showing the apostolic letters personally or through a procurator to the Chapter of the cathedral church in that diocese in the presence of the secretary of the Chapter or chancellor of the Curia, who records the matter in the acts.<sup>8</sup>

and of the systematic arrangement of the new legislation, some *schemata* are already in final phase. Soon the examination by the Episcopate will begin.' Later he decided that the dicasteries of the Roman Curia, ecclesiastical universities and faculties, the union of Religious Superiors General and other institutions should also be consulted" in *Genesis and Development of the New Code of Canon Law*, in MARZOA, Á., J. MIRAS, and R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (eds.), and E. CAPARROS (gen. ed. of English translation), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2004, p. 153 (=«ExComm»). The same author remarks: "Considering the high number of general and particular comments sent in by the bishops in spite of the relatively short time (six months for each consultation) given for studying and preparing the comments, the actual contribution of the universal Episcopate as a consultative body to the legislator was very important. [...] In effect, about 90% of the bishops on the five continents expressed their own opinions on the Code Commission's draft legislation either through their Conference of Bishops or by sending in their responses directly." in *ibid.*, p. 154.

<sup>7</sup> English translation by Edward PETERS, CIC/1917: "§1. Residential Bishops are ordinary and immediate pastors in the dioceses committed to them.

§2. In the governance of the diocese, however, neither personally nor through others nor under any title can they involve themselves before they have first taken up possession canonically of the diocese; but if, before being designated for the episcopate, they have been appointed Vicars Capitulary, officials, or economes, these offices they may retain and exercise after designation [as Bishop].

§3. Residential Bishops take up canonical possession of a diocese immediately upon showing the apostolic letters personally or through a procurator to the Chapter of the cathedral church in that diocese in the presence of the secretary of the Chapter or chancellor of the Curia, who records the matter in the acts."

<sup>8</sup> "§ 1. Episcopi residentiales sunt ordinarii et immediati pastores in dioecibus sibi commissis.

§ 2. In regimen tamen dioecesis neque per se neque per alios, nec ullo sub titulo sese ingerere possunt, nisi prius eiusdem dioecesis possessionem canonicè ceperint; sed si ante suam ad episcopatum designationem vicarii capitulares, officiales, oeconomii fuerint renuntiati, haec official etiam post designationem retinere et exercere possunt.

§ 3. Canonicam dioecesis possessionem capiunt Episcopi residentiales simul ac in ipsa dioecesi vel per se vel per procuratorem apostolicas litteras Capitulo ecclesiae cathedralis ostenderint, praesente secretario Capituli vel cancellario Curiae, qui rem in acta referat."

Among other things, this paper shall attempt to examine the 1977 *Schema*, 1980 *Schema* and the 1982 *Schema* as they relate to the institute of canonical possession stated in canon 334 of the 1917 Code. The various committees of the revision of the Code published ten individual sets of canons in specific areas of law.<sup>9</sup> The *coetus* made a number of changes in the process of revising canon 334 of the 1917 Code. Let us briefly examine the changes made to the text of the canon and the reasons given for such amendments.<sup>10</sup>

Canon 234 in the 1977 *Schema*<sup>11</sup> reads<sup>12</sup>:

§1. One promoted to the office of bishop is not to assume the office entrusted to him by himself nor through another nor through any other title, unless he has taken canonical possession of the diocese, but if before his promotion to the office of the diocesan bishop, he has in the same diocese the office of diocesan administrator or financial officer, he retains the same responsibility and exercise that same office, unless otherwise specified by the competent authority, if he was an auxiliary bishop before in the same diocese, he retains the powers and faculties of vicar general or episcopal vicars according to the norm of can. 264, §2.

§ 2. Unless he is lawfully impeded, one who has been promoted to the office of diocesan Bishop, must take canonical possession of his diocese, within four months of receiving the apostolic letters and if already been consecrated a bishop, within two months from the receipt of the same .

§3. A bishop takes canonical possession of the diocese by himself or through a proxy, by showing the apostolic letter to the college of consultors mentioned in can. 316, or to the cathedral chapters, in the presence of the chancellor of the curia who makes a record of the fact, or in the cathedral church in the newly erected diocese with the clergy and the people present at the same time and with the most senior clergy recording the act.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> For the various versions of publications, see PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, p. xiv. A decade passed from the beginning of preparation of the first *schema* until the last was completed in July 1976. As each *schema* was prepared, the President of the Code Commission would send it to the Legislator, through the Office of the Secretary of State. The President would receive in return the responses, any observations and necessary explanations. If the draft was deemed ready, permission to submit it for examination to the Episcopate and other consultative bodies was also received. See «Communicationes», 9 (1977), pp. 62-79.

<sup>10</sup> For details of the changes to the canon that relates to the doctrine of canonical possession see, «Communicationes», 12 (1980), pp. 293-296; see also PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, pp. 342-344.

<sup>11</sup> This canon was the revision of canon 1519 of the 1917 Code.

<sup>12</sup> Texts in italics indicate text in earlier version of a canon that was not accepted in the next version, and texts in bold indicate addition to the latter version. All the English translations of the Latin and Italian texts are mine unless otherwise indicated.

<sup>13</sup> “§1. Episcopus promotus in exercitio officii sibi commissi, *neque per se neque per alios, nec ulo titulo, sese ingerere potest, nisi prius dioecesis canonicam possessionem ceperit; qui vero ante suam ad officium Episcopi dioecisani promotionem, in eadem dioecesi Administrator*

The first thing to be noted here is that the title “residential bishop” is no longer used. The Council of Trent had used the term to underscore the requirement of bishops to be residence in their territory and not to leave the people entrusted to their care for a long time without proper provision for their governance.<sup>14</sup> Dominique Le Tourneau explains the reasons for the change of terminology from “residential bishops” to “diocesan bishops”:

Diocesan bishops were previously called residential (c. 344 *CIC* 1917), in that they were obligated by law to personally reside in their diocese (c. 395 § 1). As dictated by the Council of Trent against the absenteeism of those bishops who limited themselves to receiving the ‘benefice’ of their office. However, Vatican II calls them diocesan (CD 11), and not without reason, given that all coadjutor and auxiliary bishops are also residential, but not diocesan<sup>15</sup>

Furthermore, we find that in the first paragraph of c. 234 of the 1977 *Schema* the *coetus* deleted the text “*neque per se neque per alios, nec ullo titulo*” and “*potest,*” and in §3 the following texts were also omitted “*de quo in can. 316 aut, ubi Capitulo cathedrali competat ius eligendi aut praesentandi Episcopum, Collegio consultorum una cum Capitulo cathedrali in unum collegium coadunatis.*” The reason given for these changes were stated in the minutes of the *coetus*: “The secretary prefers that the mention of the office of the *economus* be suppressed (par. 5) because the norm is too particular. With regards to the second part of § (item...), I also think that this norm can be suppressed, because, if the auxiliary bishop isn’t nominated successor to the see it is

diocesanus, officialis, oconomus fuerit renuntiatus, haec official retinet et exercere potest; item, nisi aliud a competenti auctoritate statutum fuerit, qui ante promotionem suam Episcopus auxiliarius in eadem dioecese fuerit, potestates et facultates, quibus uti Vicarius generalis aut episcopalis, instructus fuit ad normam can. 264, §2, retinet et exercere potest.

“§2. Nisi legitimo detineatur impedimento, promotus ad officium Episcopi dioecesanum debet canonicam suae dioecesis possessionem capere, si non iam sit consecratus Episcopus intra quattuor menses a receptis apostolicis litteris, si iam sit consecratus intra duos menses ab eisdem receptis.

“§3. Canonicam dioecesis possessionem capit Episcopus, simul ac in ipsa dioecesi, per se vel per procuratorem, apostolicas litteras Collegio consultorum *de quo in can. 316 aut, ubi Capitulo cathedrali competat ius eligendi aut praesentandi Episcopum, Collegio consultorum una cum Capitulo cathedrali in unum collegium coadunatis* ostenderit, praesente {cancellario Curiae} qui rem in acta referat, aut, in diocesis noviter erectis simul ac clero populoque in ecclesia cathedrali praesenti earundem litterarum communicationem procuraverit, presbytero inter praesentes seniore act referente.” In PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, pp. 342-343.

<sup>14</sup> NORMAN P. TANNER, (editor), *Decrees of the Ecumenical Councils*, vol. II, *Decree on the Residence of Bishops and others of the lower rank*, Sheed Ward and Georgetown University Press, Washington DC. 1990, Session 6, in pp. 681-683.

<sup>15</sup> Dominique Le TOURNEAU, *Bishops in General*, «ExComm», vol. II/1, p. 751.

good that that he be retained, but if he is the designated successor, it is better that the solemn principle expressed in the first part of the paragraph be respected..”<sup>16</sup> In other words, the changes reflected the desire to ensure that an auxiliary bishop retains executive power if he were to be appointed the diocesan bishop of the same diocese. What this also means is that if an auxiliary bishop were appointed a diocesan bishop in another diocese he does not possess the same executive power he has in the diocese to which he is assigned to as in his previous diocese before he has taken canonical possession. The purpose of the text is to respect the dignity of the office of the auxiliary bishop and still respect the canonical doctrine of possession before assuming the exercise of the office of a diocesan bishop.<sup>17</sup> Thus one member of the *coetus* opined: “Of the same opinion was also a consultor that declared: It would almost be a reduction in respect to the auxiliary if he loses all his faculties, while the bishop elect, who hasn’t yet taken possession, maintains the office of diocesan administrator, or official of bursar.”<sup>18</sup>

1980 *Schema* canon 349 reads:

1. One promoted to the office of bishop *is not able* to exercise the same office entrusted to him, before he has taken canonical possession of the diocese, but he who before his promotion to the office of the diocesan bishop, in the same diocese had the office of diocesan administrator or finance officer retains the responsibility and he can exercise the same office, unless the provision has been made by the competent authority, he who before promotion has been auxiliary bishop in the same diocese, retains the powers and faculties as that of vicar generals or episcopal vicars, according to the norm of can. 264, §2.

§ 2. Unless he is lawfully impeded, one who has been promoted to the office of diocesan Bishop, must take canonical possession of his diocese, within four months of receiving the apostolic letters and if already been consecrated a bishop, within two months from the receipt of the same .

§ 3. A bishop takes canonical possession of the diocese, at the same time and, in the diocese itself, by himself, or through a proxy, by showing the apostolic letter to the college of consultors.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> “§1 Mons.Segretario preferisce che venga soppresso l’accenno all’ufficio dell’economista (5 riga), perché è una norma troppo particolare. Per quanto riguarda la 2 parte del § (item, nisi aliud ... et exercere potest), pensò che si potrebbe sopprimere questa norma, perché, se il Vescovo ausiliario non è nominato successore nella sede è bene forse che ritenga quelle, ma se è designato successore è meglio che si rispetti il principio solennemente espresso nella prima parte del paragrafo”, «Communicationes», 12 (1980), p. 295.

<sup>17</sup> See *CD*, no. 26.

<sup>18</sup> “Dello stesso parere è anche un Consultore che dichiara: sarebbe quasi una diminuzione nei confronti dell’ Ausiliario se questo perdesse tutte le facoltà, mentre il Vescovo eletto, ma che non ha preso ancora possesso, potesse mantenere gli uffici di Amministratore diocesano, di ufficiale o di economista”, «Communicationes», 12 (1983), p. 295.

<sup>19</sup> §1. Episcopus promotus in exercitio officii sibi commissi. sese ingerere **non valet**, nisi

The words *non valet* was added to the text. The intention of the *coetus* was to make it obvious that one promoted to the office of a diocesan bishop cannot place acts before he has taken canonical possession. But they also wanted to add the word *non valet* to show that this concerns lawfulness of the act and not its validity: “Six Consultors are in favor of the text. The following are approved emendations: a) delete ‘for neither by the title’ (-2 row); b) say ‘valid’ instead of ‘power’ (line 2), because it looks better that the prohibition is ‘for liceity’ and not ‘for validity.’”<sup>20</sup> At this point the prohibition of canonical possession affects only lawfulness of the act and not its validity.

*The 1982 Schema* reads:

§1. One promoted to the office of bishop cannot assume the exercise of the office before he has taken canonical possession of the diocese, but he is able to exercise the same offices which he already had in the same diocese at the time of promotion, without prejudice to the norm of can. 264, §2.

§ 2. Unless he is lawfully impeded, one who has been promoted to the office of diocesan Bishop, must take canonical possession of his diocese, within four months of receiving the apostolic letters and if already been consecrated a bishop, within two months from the receipt of the same.

§ 3. A bishop takes canonical possession of the diocese, at the same time and, in the diocese itself, by himself, or by proxy, by showing the apostolic letter to the College of Consultors.<sup>21</sup>

*prius* dioecesis canonicam possessionem cepit; qui vero ante suam ad officium Episcopi dioecisani promotionem, in eadem dioecesi Administrator dioecisanus, officialis, oeconomus fuerit renuntiatus, haec official retinet et exercere potest; item, nisi aliud a competenti auctoritate statutum fuerit, qui ante promotionem suam Episcopus auxiliarius in eadem dioecese fuerit, potestates et facultates, quibus uti Vicarius generalis aut episcopalium, instructus fuit ad normam can. 264, §2, retinet et exercere potest.

§2. Nisi legitimo detineatur impedimento, promotus ad officium Episcopi dioecisani debet canonicam suae dioecesis possessionem capere, si non iam sit consecratus Episcopus intra quattuor menses a receptis apostolicis litteris, si iam sit consecratus intra duos menses ab *eisdem* receptis.

§3. Canonicam dioecesis possessionem capit Episcopus, simul ac in ipsa dioecesi, per se vel per procuratorem, apostolicas litteras Collegio consultorum in PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, pp. 342-343.

<sup>20</sup> “Si vota: 6 Consultori sono favorevoli a che il testo rimanga.

Si approvano i seguenti emendamenti:

a) sopprimere “neque per se titulo” (1-2 riga);

b) dire “non valet” al posto di “potest” (2 riga), perché meglio appaia che la proibizione è “ad licietatem” e non “ad validitatem.” In *Communicationes*, 9/2 (1983), p. 295.

<sup>21</sup> “§1. Episcopus promotus in *exercitium* officii sibi commissi sese ingerere **nequit, ante captam** dioecesis canonicam possessionem cepit; qui vero ante **ipsius** ad officium Episcopi dioecisani promotionem, in eadem dioecesi Administrator dioecisanus, officialis, oeconomus fuerit renuntiatus, haec official retinet et exercere potest; item, nisi aliud a competenti auctoritate statutum fuerit, qui ante promotionem suam Episcopus auxiliarius in eadem dioecese fuerit, potestates et fa-

There were major changes made to the previous text. The reference to auxiliary bishops and office of financial officer were rightly deleted because it was no longer relevant because of the addition of the phrase without prejudice to the office of auxiliary bishop referenced in the canon. Other words added are; *nequit, ante captam*. There is no reason given for the addition of these words. The words *ante captam* literary mean *before been capable*. *Captam* is a word that refers to capacity. Could this mean that the legislator intend to implicitly states that acts placed without canonical possession no longer affect only the lawfulness of the act but it also affects validity because it touches on capacity? Since there were no reasons given for the addition of these terms, it will be only reasonable to adhere to the canonical doctrine of the use of the word *captam* which we shall address later in this paper.

Canon 382 in the 1983 *Code of Canon Law* reads:

§1. One promoted as bishop cannot assume the exercise of the office entrusted to him before he has taken canonical possession of the diocese. Nevertheless, *he is able to exercise offices which he already had in the same diocese at the time of promotion, without prejudice to the prescript of can. 409, §2.*

§2. Unless he is prevented by a legitimate impediment, one promoted to the office of diocesan bishop must take canonical possession of his diocese within four months of receipt of the apostolic letter if he has not already been consecrated a bishop; if he has already been consecrated, within two months from receipt of this letter.

§3. A bishop takes canonical possession of a diocese when he personally or through a proxy has shown the apostolic letter in the same diocese to the college of consultors in the presence of the chancellor of the curia, who records the event. In newly erected dioceses, he takes canonical possession when he has seen to the communication of the same letter to the clergy and people present in the cathedral church, with the senior presbyter among those present recording the event.

§4. It is strongly recommended that the taking of canonical possession be done within a liturgical act in the cathedral church with the clergy and people gathered together.<sup>22</sup>

*cultates, quibus uti Vicarius generalis aut episcopalium, instructus fuit ad normam can. 264, §2, retinet et exercere potest.*

“§2. Nisi legitimo detineatur impedimento, promotus ad officium Episcopi dioecesanum debet canonicam suae dioecesis possessionem capere, si non iam sit consecratus Episcopus intra quattuor menses a receptis apostolicis litteris, si iam sit consecratus intra duos menses ab *iisdem* receptis.

“§3. Canonicam dioecesis possessionem capit Episcopus, simul ac in ipsa dioecesi, per se vel per procuratorem, apostolicas litteras Collegio consultorum.” In PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, pp. 342-343.

<sup>22</sup> “§1. Episcopus promotus in exercitio officii sibi commissi. sese ingerere non valet, nisi prius dioecesis canonicam possessionem; *exercere tamen valet officia, quae in eadem dioecesi tempore promotionis iam retinebat, firmiter prescripto can. 409, §2.*

The following phrase was added to the text “*exercere tamen valet officia, quae in eadem dioecesi tempore promotionis iam retinebat, firmo prescripto can. 409, §2*,” he is able to exercise offices which he already had in the same diocese at the time of promotion, without prejudice to the prescript of can. 409, §2” The purpose is to make it clear that even if a priest who had pastoral ministry in the diocese is appointed a bishop in the same diocese, he still cannot begin to exercise the office of bishop without canonical possession. In other words, familiarity with the functioning systems and knowledge of the diocese still does not give the bishop elect the ability to shepherd the people without canonical possession. It must not be misconstrued that the legislator primarily intends to show that only priests incardinated to the diocese or priests working in the diocese are the ones suitable for the office of bishop in the diocese. In fact canon 377, §2 makes it obvious that it is not the domicile or incardination of a priest that necessarily makes him suitable for consideration for the office of a diocesan bishop. The Roman Pontiff may freely appoint or confirm candidates for the episcopacy as he judges fit.<sup>23</sup>

The entire paragraph four was added to the text. The recommendation that canonical possession be done within a liturgical act in the cathedral church is quite reasonable. The ceremonial of bishops and the present Roman Pontifical both provide norms for taking canonical possession within a liturgical celebration.<sup>24</sup> This recommendation helps to give canonical pos-

“§2. Nisi legitimo detineatur impedimento, promotus ad officium Episcopi dioecesanum debet canonicam suae dioecesis possessionem capere, si non iam sit consecratus Episcopus intra quattuor menses a receptis apostolicis litteris, si iam sit consecratus intra duos menses ab iisdem receptis.

“§3. Canonicam dioecesis possessionem capit Episcopus, simul ac in ipsa dioecesi, per se vel per procuratorem, apostolicas litteras Collegio consultorum.

“§4. *Valide commendatur ut captio canonicae possessionis cum actu liturgico in ecclesia cathedrali, {presente clero et populo, fiat.}* In PETERS, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, pp. 342-343.

<sup>23</sup> Canon 377, §2 stipulates: “At least every three years, bishops of an ecclesiastical province or, where circumstances suggest it, of a conference of bishops, are in common counsel and in secret to compose a list of presbyters, even including members of institutes of consecrated life, who are more suitable for the episcopate. They are to send it to the Apostolic See, without prejudice to the right of each bishop individually to make known to the Apostolic See the names of presbyters whom he considers worthy of and suited to the episcopal function.”

The corresponding CCEO canons 188, §2 and 189 states that an eparchial bishop takes canonical possession by legitimate enthronement itself during which the apostolic letter is publicly read. There is no provision for showing the letter to the college of eparchial consultors.

<sup>24</sup> *The Roman Rituals and Pontifical revised by the Decree of the Second Vatican Ecumenical Council and published by authority of Pope Paul VI and Pope John Paul II*, vol. 2, no. 14, Collegeville, A Pueblo Book, The Liturgical Press, Minnesota 1991, p. 89 (= *The Roman Pontifical*).

session a liturgical dignity without replacing the importance of episcopal consecration.<sup>25</sup> Furthermore, it also gives the entire faithful the opportunity to participate in the process of the assumption of office of their shepherd. This public process of taking canonical possession is not just a recommendation in the Eastern Code but a legal requirement.<sup>26</sup> Subsequent legislation in the Latin Code may also make this a binding legislation and not merely a recommendation as paragraph four now reflects.

## 2. THE INSTITUTE OF CANONICAL POSSESSION IN THE 1983 CODE OF CANON LAW

The Code requires canonical possession before a bishop can begin to exercise his office. We have already cited canon 382 in its entirety, so let us now analyze this canon.

### 2. 1. *Analysis of Canon 382*

The first paragraph of canon 382 states that a person promoted to the office of bishop cannot assume the exercise of the office before he has taken canonical possession of the diocese. Four important stages are required before a candidate designated as diocesan bishop can fully acquire the office. The first step is the canonical mission through which the Roman Pontiff entrusts a portion of the people of God to a presbyter or a bishop.<sup>27</sup> The second step is the profession of faith and the oath of fidelity to the apostolic see that the candidate must make before fully acquiring the office of a diocesan bishop.<sup>28</sup> The third step is the episcopal consecration through which the person receives the fullness of the sacrament of orders and formally becomes a member of the college of bishops.<sup>29</sup> The fourth step is the canonical possession that the candidate must observe before his is capable of exercising the office.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> See ALBERTO DE LA HERA, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, pp. 783-784.

<sup>26</sup> See *CCEO*, cc. 188, §2 and 189.

<sup>27</sup> See c. 377, §1.; *CCEO*, c. 181 speaks of canonical election in accordance with the legislation for election. The Roman Pontiff confirms the election.

<sup>28</sup> Canon 380 states: "Before he takes canonical possession of his office, the one promoted is to make the profession of faith and take the oath of fidelity to the Apostolic See according to the formula approved by the Apostolic See." The corresponding *CCEO*, c. 187, §2 states that in addition to the profession of faith and promise of obedience to the Roman Pontiff, the candidate is also to promise obedience to the patriarch in those matters in which he is subject to the patriarch.

<sup>29</sup> Canon 379 stipulates: "Unless he is prevented by a legitimate impediment, whoever has been promoted to the episcopacy must receive episcopal consecration within three months from the receipt of the apostolic letter and before he takes possession of his office." *CCEO*, c. 188, §1 is the same with *CIC*/83.

<sup>31</sup> See c. 382, §1.

Given the wordings of Canon 382, §1, there is no doubt that the legislator clearly prescribes that ordination and canonical mission are not enough for a diocesan bishop to start assuming the exercise of governance over the faithful in his jurisdiction. Canonical possession is required to enable the diocesan bishop start shepherding the diocese. Without canonical possession he cannot administer the diocese. The canon says the diocesan bishop “cannot become involved in the exercise of the office entrusted to him before he has taken canonical possession of the diocese.” The phrasing of the canon shows that it is an incapacitating law. This canon renders the diocesan bishop *inhabilis* to administer the diocese pending canonical possession.

## 2. 2. *Canonical Possession and Incapacitating Law*

The Code declares that there are laws which disqualify a person from placing an act. There are also laws which declare a person incapable of placing an act. Canon 10 states: “Only those laws must be considered invalidating or disqualifying which expressly establish that an act is null or that a person is unqualified.”<sup>31</sup> Invalidating laws (*leges irritantes*) or disqualifying (incapacitating- *leges inhabilitantes*) determine the requirements of acts to be valid. The non-fulfilment of such act(s) or the lack of capacity of the person renders the expected results of the act null, that is, lacking legal existence.<sup>32</sup>

One of the legal formalities to enable diocesan bishops exercise governance over the territory entrusted to them is the canonical possession. Acts that are placed contrary to disqualifying laws are not only null but non-existent, because the subject lacks the capacity to act.<sup>33</sup> This explains why such acts in law cannot be con-validated by a competent authority. While it is true that an invalid act can be con-validated by a competent authority, a non-existent act cannot be con-validated or sanated.<sup>34</sup> In other words, such acts are to be distinguished from voidable or rescindable acts.<sup>35</sup> A voidable act or rescindable act is valid but may be declared invalid by a competent authority.<sup>36</sup>

Canon 382 says a diocesan bishop cannot assume exercise of the office of diocesan bishop before taking canonical possession. This is without prejudice to canon 409, §2 that grants auxiliary bishops the faculties to continue to exercise their power even when the see is vacant. Canon 382 §1 uses the

<sup>31</sup> CCEO c. 1495 is the same with CIC/83, c. 10.

<sup>32</sup> See JOHN M. HUELS, *Ecclesiastical Laws*, «Comm2», p. 62.

<sup>33</sup> See LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico: commento giuridico-pastorale*, vol. 1, Libiri, seconda edizione accresciuta e aggiornata, Edizioni Dehoniane, Rome 1996, p. 50 (=CHIAPPETTA, 1996).

<sup>35</sup> See *ibid.*

<sup>36</sup> See *ibid.*

<sup>37</sup> Rescindable or voidable acts are mentioned in canons 125, §2, 126, 149, §2, 166, §2, 1451, §2, and 1739.

words *sese Ingerere nequit, ante captam diocesis canonical possessionem*. The use of these words is instructive in the proper interpretation of the text in Latin. The use of the Latin verb “*captam*” does not explicitly indicate whether his actions will be valid or not, if these acts are placed before canonical possession.

John M. Huels argues that certain words indicate explicit invalidating and disqualifying laws in canonical doctrine: “The law uses many explicit expressions pertaining to validity and capacity, notably *capax esse; dirinere; habere effectum, obtinere effectum or sortiri effectum; incapax; inhabilis; invalidus; nullus; valide; validitas; validus; vi carere; vim habere; vim non habere; and vitiare.*”<sup>37</sup> The canon under review uses the verb *captam* which is derived from the Latin noun *captus*, which could be translated to mean capacity.<sup>38</sup> Judging from the circumstances of the use of the words *ingerere nequit* “cannot assume” it is reasonable to conclude that canon 382, §1 is an incapacitating law.<sup>39</sup> One that not only render the acts of governance of a diocesan bishop who lack canonical possession invalid but also makes such acts not subject to sanation subsequently.<sup>40</sup> This explains why the requirement of taking canonical possession by a diocesan bishop is very important.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> JOHN M. HUELS, *Ecclesiastical Laws*, «CLSA Comm2», p. 62.

<sup>38</sup> See LEO F. STELTEN, *Dictionary of Ecclesiastical Latin*, Peabody, Hendrickson Publishers, Massachusetts 2008, p. 36.

<sup>39</sup> The corresponding CCEO, c. 189, §3 does not use the word *captam*. It only states that the bishop may not involve himself the governance of the diocese prior to canonical possession. It will mean that the legislator does not intend to establish an incapacitating prohibition in the Eastern churches.

<sup>40</sup> JUAN I. ARRIETTA holds a contrary view when he argues that canon 382 is not an incapacitating law: “Of all those cases [cases requiring canonical possession of office] already indicated, the furthest reaching are the ones which deal with the diocesan bishop, both due to the attributions of authority derived from the valid attainment of office, and for the act that in § 1 of c. 382 establishes the prohibition against involvement in the exercise of an office before taking possession of that office. When it is understood that this canon contains an incapacitating norm, the invalidity of acts undertaken prior to the taking of possession comes as a natural consequence.

“This case has raised doubt regarding the doctrine, which in our judgment can be resolved by taking the meaning of the norm of c. 382 into account. Starting from the point that this canon does not establish in clear terms the invalidating nature of what it prescribes (cf. 10) and that its goal does not appear to be purely formal but that it attempts to guarantee proper governance in the case of a vacant see, one can affirm that, in this case, the formal act of taking of possession should not be considered an integral element of the canonical provision. Moreover it appears to be a juridical acts carried out in violation of c. 382 § 1, but that do not cause the nullification *ipso iure* of said acts.” In *The Provision of Ecclesiastical Offices*, «ExeComm», vol. 1, p. 903 (=ARRIETTA, *The Provision of Ecclesiastical Offices*).

<sup>41</sup> See JOHN A. ABBO and JEROME D. HANNAN, *The Sacred Canons: A Concise Presentation of the Current Disciplinary Norms of the Church*, vol. 1, B. Herder Book Co., Saint Louis 1952, p. 360.

### 2. 3. *The Place and Means of taking Canonical Possession*

The third paragraph of canon 382 explains that canonical possession is done by the proclamation of the apostolic letter of appointment to the college of consultors,<sup>42</sup> with the chancellor recording the event.<sup>43</sup> The requirement of the presence of the college and the chancellor all indicate that the canonical possession is a curia act that is to take place in the diocese where the curia is located. When the person taking canonical possession is designated to be a diocesan bishop or a coadjutor, he may present the letter himself or through a proxy. But this presentation is to be done in the territory of the diocese that the bishop is to shepherd. In a newly created diocese, the canonical pos-

<sup>42</sup> Canon 502 stipulates that a diocesan bishop constitute the college of consultors by choosing from members of the presbyteral council. The number should not be less than six and not more than twelve. Particular law will determine the manner in which the college is to function. Corresponding *CCEO*, c. 271 is similar to the *CIC/83*.

The Second Vatican Council decreed that among the cooperators of the bishop in the governance of the diocese is the college of consultors. See *CD*, no. 27. In a number of instances the Code requires a diocesan bishop to receive the counsel or consent of the college before he acts:

1. to appoint the diocesan finance officer (canon 494 §1);
2. to remove the diocesan finance officer during his or her five year term (canon 494 §2);
3. to place 'non-routine' acts of ordinary administration of diocesan ecclesiastical goods which are more important in light of the economic condition of the diocese (canon 1277).

The diocesan bishop must receive the consent of the college in order:

1. to place acts of extraordinary administration, as defined by the conference of bishops (canon 1277; the diocesan finance council must also give its consent);
2. to give permission to alienate goods of public juridic persons subject to his authority, and to alienate diocesan goods, which belong to the stable patrimony and whose value is beyond the minimum amount established by the conference of bishops (canon 1292 § 2; the diocesan finance council and 'those concerned' must also give their consent);
3. to give permission to administrators to perform any contractual transaction (other than alienation) which can worsen the patrimonial condition of a public juridic person subject to his authority, or to perform the transaction himself if it involves diocesan goods (canon 1295; the diocesan finance council and 'those concerned' must also give their consent; see canon 1292 § 2). See JOHN A. RENKEN, *Church Property: A Commentary on Canon Law Governing Temporal Goods in the United States and Canada*, The Society of Saint Paul/Alba House, New York 2009, pp. 108-109 (=RENKEN, *Church Property*,); JAMES PROVOST, *Presbyteral Councils and Colleges of Consultors: Current Law and Some Diocesan Statutes*, «CLSA Comm2», pp. 201-211; MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, *La administración de los bienes eclesíasticos*, «Ius canonicum», 24 (1984), pp. 87-121; JORDAN HITE, *Church Law on Property and Contracts*, «The Jurist», 44 (1984), pp. 117-133; VELASIO DE PAOLIS, *I beni temporali nel Codice di diritto canonico*, «Monitor ecclesiasticus», 111 (186), pp. 9-30.

<sup>43</sup> This is in line with the prescribed function of chancellors in the curia; that is, taking care that acts of the curia are gathered, arranged and safeguarded in the archive (c. 482). The corresponding *CCEO*, c. 252, §1 is basically the same with *CIC/83*, but with the exception that chancellors in the Eastern Code is to be a priest or a deacon.

session is to be done in the cathedral with the most senior priest recording the event.<sup>44</sup> These are the essential elements of canonical possession.

First, it requires that the event takes place in the diocese to be governed, and secondly, it requires that the college of consultors be shown the letter of appointment, if it is not a new diocese. What is worth noting here is that the college of consultors are not expected to do anything other than their physical presence.<sup>45</sup> It does not require consent or disapproval of the letter of appointment. It is not a process of seeking the view or opinion of the college of consultors. It is just an informative process. So if the college of consultors upon seeing the letter of appointment decide to reject the bishop, their action does not impede the taking of canonical possession. The college lacks any legal capacity to impede the taking of canonical possession once they are convoked and the letter is presented to them.

How many of the college of consultors must be present before it can be adjudged that the law has been fulfilled? The canon does not stipulate the number. However, the statutes of the college of consultors may state the number. If the college of consultors does not have statutes, the canonical provision for an absolute majority in canon 119 could be used.<sup>46</sup> Could the bishop show the apostolic letter of appointment to the college of consultors via email or fax, or mail a photocopy of the letter of appointment to each of the consultors? Will this fulfill the legal requirement of taking canonical possession? The text of the canon seems to presume physical presence for the presentation of the letter of appointment. Canon 382, §3 states that the letter of appointment has to be presented in the presence of the chancellor of the curia and that the presentation must take place in the diocese. Besides, a further support for the argument of physical presence of the college at the presentation of the letter of appointment is the fact that the canon provides for an alternative way of presentation, namely, through a proxy. If physical presence was not required, the provision that a proxy could act on behalf of the bishop would be superfluous. Therefore, the use of electronic means of presentation or registered mail will not fulfill the essential requirement of physical presence. If there was no chancellor or if the chancellor was unavoidable absent, then any other member of the college of consultors could record the event.

<sup>44</sup> This is practical wisdom because a newly erected diocese lacks the existence of a college of consultors and diocesan curia or chancellor.

<sup>45</sup> It is perhaps one of the few instances in the Code where the mere observance of an act has serious canonical consequence. Another instance will be the two witnesses at the exchange of marriage consent (c. 1108). Although, it is pertinent to point out that the authoritative witness is not a mere observer unlike the other two witnesses. A person who assists at a marriage is present, asks for the manifestation of consent, and receives it in the name of the Church. This is much more active than the college of consultors in canon 382.

<sup>46</sup> See c. 19, see also, Javier OTADUY, *Ecclesiastical Laws*, «ExComm», vol. 1, pp. 346-364.

In the unlikely event that the college of consultors decides not to respond to convocation and they refuse to assemble so that the letter of appointment can be presented to them, then the bishop cannot fulfill the taking of canonical possession. As a result, he cannot assume the office he has been legitimately appointed to. If he places any act, the act will be non-existent by reason of lack of legal capacity because of lack of canonical possession.

This is to say that legally, the college of consultors may impede the taking of canonical possession and thereby declare a diocesan bishop incapable of fulfilling his office. It must be noted here that the intention of the legislator is not to see the college of consultors play this role of impeding the act of the Supreme legislator.<sup>47</sup> The principal role of the college of consultors in the process of canonical possession, as we have noted earlier, is to ensure that authentic letter of appointment is presented by the bishop. Perhaps some many argue that it appears to be a legal requirement that is now superfluous. The Vatican website readily communicates apostolic act of the Roman Pontiff almost on a daily basis. One such notification is the Pontifical act of appointment of bishops. The names, places and a short biography of appointees are published. So, it will appear that such an authentic public notification by the Apostolic See reduces the chances of having unknown persons usurp the office of the diocesan bishop, or having the civil authority impose a bishop that is not in communion with the Roman Pontiff on the faithful.

Furthermore, canonical possession is a merely ecclesiastical law, and like all such laws a just reason may suffice for the dispensation of such a law.<sup>48</sup> If a bishop is legitimately impeded, the competent authority may dispense from this requirement. The Apostolic See will be competent to delegate the apostolic nuncio or any other prelate to grant the dispensation.<sup>49</sup>

### 3. THE EFFECTS OF CANONICAL POSSESSION

Canonical possession has a number of consequences in the life of the diocese. It enables a bishop to start exercising the power of the office. It also creates vacancy in the previous office of the bishop taking canonical possession. These effects or results of canonical possession are also important in the life of a diocese. Without canonical possession a bishop cannot assume the exercise of the office of a diocesan bishop. It means he cannot perform his role as shepherd of the diocese. Canon 375, §1 says by episcopal consecration bishops by divine institution succeed to the place of the apostles. §2 of

<sup>47</sup> Canon 1375 recommends a just penalty for those who impede the exercise of ecclesiastical authority.

<sup>48</sup> See cc. 85-93, see also, Eduardo BAURA, *Dispensations*, «ExComm», vol. 1, pp. 644-679

<sup>49</sup> See c. 87, §1, see *ibid.*, pp. 655-660.

the same canon state that episcopal consecration itself grants the bishop the function of sanctifying, teaching and governing.<sup>50</sup> These functions are always to be exercised in communion with the Roman Pontiff and the members of the college of bishops. One of the ways of acting in communion with the college of bishops and the head of the college is by observing the laws promulgated by the Supreme Pontiff or the college in union with the Pontiff.<sup>51</sup> It is in this light that the stipulations of the Code of Canon Law should be seen. Observance of canon 382 becomes imperative for bishops to exercise the right of the office. In fact, the law provides more obligations for bishops to observe and ensure that the universal laws are respected.<sup>52</sup>

Canon 391 explains some of the functions that are attached to the office of the diocesan bishop. He governs the diocese with legislative power by promulgating laws for the good of the faithful. A diocesan bishop exercises his judicial power by himself or as it is highly recommended through his judicial vicar and judges appointed according to the norms of law. The diocesan bishop exercises executive power by issuing general decrees which explain the laws and specific ways of how they are to be observed.<sup>53</sup> Instructions, which are directed to executors of the laws, may also be issued by a diocesan bishop.<sup>54</sup> The issuance of singular administrative acts, which is the most common way of exercising the executive power, can also be issued by a diocesan bishop.

For the purpose of clarity, we have decided to list some of the effects of canonical possessions below; in other words, upon taking canonical possession, a bishop will be able to perform the following acts (stated negatively, it will mean these are also the acts he is not capable of performing before canonical possession):

1. Bishop can assume the exercise of office of governance in the diocese
  - a. Bishop can govern the diocese
    - i. Bishop can promulgate laws for the diocese
    - ii. Bishop can judge marriage and other cases in the diocese
    - iii. Bishop can exercise executive power
      - Issue general executive decrees
      - Issues singular administrative acts: Appoint pastors, transfer and remove pastors,<sup>55</sup> appoint associate pastors, transfer associate pastors, appoint vicar

<sup>50</sup> There are no corresponding canons in the Eastern Code.

<sup>51</sup> See cc. 205 and 212, §1. The Corresponding *CCEO*, cc. 8 and 15, §1 are basically the same.

<sup>53</sup> See c. 392, §1.

<sup>54</sup> See cc. 29-33, see also MARIÁ JOSÉ CIÁURRIZ, *General Decrees and Instructions*, «Ex-Comm», pp. 437-470.

<sup>55</sup> See c. 34, see *ibid.*, pp. 465-466.

<sup>56</sup> The procedures for the appointment, transfer and removal of pastors are always to be observed (cc. 190-191, 192-195 and 1740-1752). See SUPREME TRIBUNAL OF THE APOSTOLIC SIGNATURA, *Removal of a Parish Priest from Office: Decision coram Cacciavillan*, 28 June 2003, «Studies

- general, episcopal vicars, chancellor, financial officer, appoint members to the curia, establish presbyteral council, college of consultors, erect parishes, merger or suppress parishes, etc.
- b. Exercise the office of sanctifying
    - i. Ordain candidates of the diocese to the diaconate or priesthood<sup>56</sup>
    - ii. Lawfully perform the sacrament of confirmation<sup>57</sup>
    - iii. Celebrate *missa pro populo*<sup>58</sup>
    - iv. Preside at any liturgical celebration in the diocese,<sup>59</sup> e.g., chrism Mass,<sup>60</sup> celebrate wedding within the diocese, etc.
  - c. Exercise the teaching office
    - i. Issue Catechism for the faithful as the primary teacher of the faith in the diocese<sup>61</sup>
    - ii. Preach at liturgical celebrations as the teacher of faith in the diocese<sup>62</sup>
    - iii. Approve catechetical programs or establish catechetical programs in the diocese<sup>63</sup>
    - iv. Grant a *mandatum* to professors in the seminary or ecclesiastical university in the diocese<sup>64</sup>
  2. Previous ecclesiastical office of the bishop becomes vacant<sup>65</sup>
  3. Diocesan Administrator loses his ecclesiastical office<sup>66</sup>

in Church Law», 2 (2006), pp. 275-296; VICTOR D'SOUZA, *The Procedure for the Removal and Transfer of Pastors: Balancing the Rights*, «Studies in Church Law», 4 (2008), pp. 287-340; PAUL HAYWARD, *The Apostolic Signatura and Disputes Involving The Transfer of Parish Priests*, «Canon Law Society Newsletter», London, 104, (1995), pp. 24-32.

<sup>56</sup> See cc. 1010-1023.

<sup>57</sup> See cc. 882-888. See JAVIER GONZÁLEZ, *Valid Administration of the Sacrament of Confirmation by a Priest*, «Boletín Eclesiástico de Filipinas», 85 (2009), pp. 405-409; JOHN M. HUELS, *The Supply of the Faculty to Confirm in Common Error*, «Studia canonica», 40 (2006), pp. 293-348.

<sup>58</sup> See c. 388, see also, ALBERTO DE la HERA, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, pp. 801-802.

<sup>59</sup> See LG, nos. 20-27, CD, no. 15; c. 835, §1, see also, ELOY TEJERO, *The Sanctifying Office of the Church*, «ExComm», vol. III/1, pp. 367-370. <sup>61</sup> See c. 389.

<sup>62</sup> See c. 775, §1. On the teaching ministry of a diocesan bishop see also JAMES CORIDEN, *The Teaching Ministry of the Diocesan Bishop and its Collaborative Exercise*, «The Jurist», 68 (2008), pp. 382-407.

<sup>63</sup> See c. 763. On the prophetic mission of a diocesan bishop see JAN DYDUCH, *Apostolorum successores (= The participation of the bishops in the prophetic mission of the Church in the light of the Directory Apostolorum successores)*, «Annales Canonici», 2 (2006), pp. 3-15.

<sup>64</sup> See c. 775, see also JOSÉ A. FUENTES, *Catechetical Formation*, «ExComm», vol. III/1, pp. 117-120.

<sup>65</sup> See c. 812. For a study of an opinion on *mandatum* Robert J. KASLYN, *Role of College Of officials in Obtaining Faculty Mandatum*, in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions*, 2004, pp. 144-145.

<sup>66</sup> See c. 418, §1, see also, CARLOS SOLER, *The Vacant See*, «ExComm», vol. II/1, pp. 900-901.

<sup>67</sup> See c. 430, §1. For some reflection on the administration of a diocese *Sede Vacante* MANUEL MONSANTO, *If a Retiring Bishop is Appointed Apostolic Administrator of his own Diocese*,

4. Bishop can represent the diocese – contracts and sales of ecclesiastical goods may be performed by him<sup>67</sup>
5. Exercise vigilance over the proper administration sacraments and of ecclesiastical goods of public juridic persons in the diocese<sup>68</sup>
6. Coordinate the works of the apostolate in the diocese<sup>69</sup>
7. Bound by the law of personal residence in the diocese<sup>70</sup>
8. Participate in *ad limina* visits, councils, synods of bishops, conference of bishops<sup>71</sup>
9. Engage in a pastoral visitation of parishes in the diocese and religious institutes<sup>72</sup>

*What are his Powers while the Diocese is Sede Vacante?*, «Boletín Eclesiástico de Filipinas», 82 (2006), pp. 689-700.

<sup>67</sup> See c. 393. This is a new canon, canon 1653, §1 of CIC/17 had prescribed that the local ordinary could represent the cathedral chapter and standing in trial for episcopal temporal goods. Canon 393 clearly makes the diocesan bishop to represent the public juridic person of the diocese in all affairs and not only during trials. Once a diocese is erected, it enjoys *ipso iure* public juridic personality (cc. 373 and 116). Canon 118 states that those persons recognized by universal law or statutes of the public as competent representative of public juridic persons act in the name of the public juridic person. Canon 393 is the universal law recognizing a diocesan bishop, who has taken canonical possession, as the competent representative of the public juridic person of the diocese. This means, he can enter contracts on behalf of the diocese with other parties (cc. 1290-1292); he can alienate ecclesiastical goods of the diocese, of course always observing the *ius* on alienation of stable patrimony; he can acquire temporal goods for the diocese (c. 1254, §1, and 1261, §2), he can administer and supervise the administration of goods of the diocese (c. 1276, §2 and 1279, §1), and can also designate stable patrimony of the diocese (c. 1295). For more detail see, VALENTÍN GÓMEZ-IGLESIAS, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, p. 820; GAUTHIER, A., *Juridical Persons in the Code of Canon Law*, «Studia canonica», 25 (1991), pp. 77-92; FRANCIS G. MORRISSEY, *The Temporal Goods of the Diocesan Church*, «CLSA Comm2», pp. 24-36.

<sup>68</sup> See c. 392, §2. For more reading on the vigilance role of a diocesan bishop over ecclesiastical goods in his diocese, see, EDWIN N. OMOROGBE, *The Power of the Diocesan Bishop with Regard to the Administration of Ecclesiastical Goods of Public Juridic Persons subject to Him: An Analysis of Canon 1276, §2*, Ottawa, Saint Paul University, 2010. In this work the author concludes that the duty to protect ecclesiastical goods of the Church is rooted in the obligation to participate in the mission of the Church, see especially, *ibid.*, pp. 302-303.

<sup>69</sup> See c. 223, §2, regarding specific ways how a diocesan bishop may regulate rights of the faithful as it concerns common good of the society, see, DANIEL CENALMOR, *The Obligations and Rights of all Christ's Faithful*, «ExComm», II/1, p. 147. The Second Vatican Council describes what should be regarded as the common good of society, as conditions and of social living which enable people to develop their qualities fully and easily. In other words, the sum total of conditions that allows and enables human beings to realize their full potentials. See *DH*, no. 6 and *GS*, nos. 26 and 75.

<sup>70</sup> See c. 395, §1, see also, VALENTÍN GÓMEZ-IGLESIAS, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, pp. 827-829. The obligation of personal residency of diocesan bishop has been traditionally binding on bishops and this can be found even in Decree of Gratian (C 7, q. 1, cc. 19-21, 25-26) and also in the Decretals of Gregory IX (X III, 4, 9).<sup>72</sup> See c. 395, §2.

<sup>71</sup> See c. 396. GÓMEZ-IGLESIAS holds that canonical doctrine regards the following as the purposes of pastoral visits of a diocesan bishop: a) to maintain the doctrine intact and ortho-

10. Official pastoral visitations to catholic institutes in the diocese, sacred places e.g., shrines in the diocese.<sup>73</sup>

This list above is part of the function or duties attached to the office of a diocesan bishop, thus one who has not taken canonical possession is incapable of exercising them.<sup>74</sup>

#### 4. CONCLUSION

The institute of canonical possession, as reflected in the present Code, is one that affects the offices of the diocesan bishop and pastor of parishes. This paper mainly treated the institute as it relates to the office of the diocesan bishop. In the process of this study, we attempted to establish the specific determination of canon 382. The first paragraph of this canon prohibits diocesan bishops from assuming the exercise of their office unless they have taken canonical possession of their diocese. Canonical possession is established as a procedure that requires the bishop to show the apostolic letter of appointment to the college of consultors in the presence of the chancellor who records the event or in the case of a new diocese, to proclaim the apostolic letter of appointment in the liturgical celebration of the installation of the diocesan bishop.

As we have tried to show, laws do have their purposes and this must always be kept in view when analyzing any law.<sup>75</sup> The purpose of canon 382, §1 among other things is to verify and authenticate the apostolic letter of appointment of the bishop before he starts exercising power in the diocese. As the bishop-elect shows the letter of appointment to the college of consul-

dox; b) to protect good morals and correcting bad ones; c) to promote charity, piety and discipline among the people and the clergy; d) to foster the apostolate; and e) to establish that, in view of the circumstances, is good for the faith” in VALENTÍN GÓMEZ-IGLESIAS, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, p. 832; see also *Communicationes*, 12 (1980), p. 305.

<sup>73</sup> See c. 397, see also, Valentín GÓMEZ-IGLESIAS, *Diocesan Bishops*, «ExComm», vol. II/1, pp. 833-835.

<sup>74</sup> Renken gives a list of what a bishop who has taken canonical possession is to do: “Very soon after he has taken canonical possession, the new diocesan must fulfill several important responsibilities identified in the Code:

1. to draw up a list of persons, listed in successive order, to govern the see should it become impeded, and to communicate the list to the metropolitan while the chancellor preserve it secretly in the diocese (c. 413 §1); the apostolic vicar and apostolic prefect must appoint a pro-vicar and a pro-prefect (c. 420)

2. to appoint at least one vicar general 9c. 475 § 1); the auxiliary bishops should be vicar general or at least episcopal vicars (c. 406)

3. to establish the presbyteral council within one year (c. 501 § 2)

4. to confirm the judicial vicar and the adjutant judicial vicars (c. 1420 § 5)” in *Particular Churches and the Authority Established in Them*, p. 102.

<sup>75</sup> See c. 17, CCEO, c. 1499.

tors, they view the document and perform no other function. Their opinion or decision is not required and, even if they express acceptance or rejects the appointment, it lacks any juridic force. The bishop will still have fulfilled the obligation to take canonical possession.

The strong recommendation of canon 382, §4 should be made binding. It should no longer be a *valde commendatur* strong recommendation, but a juridical requirement that is essential to the institute of canonical possession. The response to the doubts proposed to the Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments in 2009 states that one already ordained a bishop simply takes canonical possession of his diocese by the proclamation of the apostolic letter and sitting on his cathedra chair. Although, the question that the congregation was responding to primarily concerns bishops transferred from another diocese or bishops who did not receive episcopal ordination in their cathedral churches, the inherent value of placing canonical possession within a liturgical ceremony is obvious in the reading of the response. Here the competent authority states the essential elements of canonical possession within a liturgical ceremony. "For the bishop essentially takes possession by reason of the proclamation of the apostolic letter and at the moment when the bishop sits in his cathedra."<sup>76</sup> Subsequent revision of the Code should extend this to all bishops who are to take canonical possession of their dioceses. The taking of canonical possession within a liturgical celebration will express more profoundly the service to the people of God that a bishop is called to.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> CONGREGATION FOR DIVINE WORSHIP AND THE DISCIPLINE OF THE SACRAMENTS, *Responsa ad dubia proposita, On Having Over the Crozier to a Transferred Bishop*, «Notitiae», 46 (2009), nn. 11-12, p. 622; «Communicationes», 42 (2010), p. 62, English translation in RENKEN, *Particular Churches and the Authority Established in Them*, p. 326.

<sup>77</sup> The CCEO, c. 189, §1 already mandate public celebration of canonical possession.

# GIURISPRUDENZA

---

1. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA – Decreto del Segretario (Daneels), *Scelta della chiesa di una nuova parrocchia* – Prot. N. 45184/11 CA [contenzioso amministrativo], 5 luglio 2011.\*

**Unione estintiva di parrocchie – Scelta della chiesa parrocchiale – Riduzione di chiesa ad uso profano – Ricorso gerarchico – Insussistenza**

**Processo amministrativo – Rigetto fin dall’inizio del ricorso – Merito – Assenza di fondamento – Insussistenza**

**N**ELL’UNIONE estintiva di parrocchie, salve le norme giuridiche, sono seguiti criteri di opportunità per la scelta della chiesa della parrocchia costituenda, potendo optare fra le diverse chiese presenti nel territorio. Le ragioni di convenienza appartengono al merito e, pertanto, non sono impugnabili davanti alla Segnatura Apostolica nel contenzioso amministrativo.

## DECRETUM

Nuntio in ecclesia Sancti Francisci Assisiensis diebus 31 ianuarii et 1 februarum 2009 dato de suppressione duarum paroeciarum personalium et unionis earum cum paroecia S. Francisci, cuius vero ecclesia pro cultu claudenda videbatur, adeo ut ecclesia Transfigurationis dein adhiberetur uti ecclesia paroecialis pro paroecia S. Francisci, D.nus N. simul cum quattuor fidelibus die 7 februarum 2009 revocationem annuntiatæ decisionis ab Exc.mo Episcopo expetivit.

Recepto exemplari decreti ab Exc.mo Episcopo die 3 februarum 2009 ad rem emanati et remonstratione die 16 februa-

## DECRETO

Dopo che il 31 gennaio e il 1° febbraio 2009 fu annunciata nella chiesa di San Francesco d’Assisi la soppressione di due parrocchie personali e l’unione delle medesime con la parrocchia di San Francesco, la cui chiesa sembrava sarebbe stata chiusa al culto, dato che come chiesa parrocchiale della parrocchia di San Francesco sarebbe stata adoperata la chiesa della Trasfigurazione, il 7 febbraio 2009 il Signor N., insieme a quattro fedeli, chiese all’Ecc.mo Vescovo la revoca della decisione che era stata annunciata.

Allorché ricevette una copia del decreto emanato dall’Ecc.mo Vescovo il 3 febbraio 2009 riguardante la decisione [che

\* Vedi alla fine dei tre decreti della Segnatura Apostolica il commento di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*.

rii 2009 reiecta, D.nus N. cum tribus fidelibus die 15 martii 2009 recursum hierarchicum apud Congregationem pro Clericis interposuit.

Exc.mus autem Episcopus die 1 septembris 2009 novum decretum emanavit, quod reductionem ecclesiae Sancti Francisci in usum profanum, rationibus additis, denuo statuit, quodque a Recurrentibus separatim impugnatum non est. Congregatio pro Clericis die 25 ianuarii 2011 recursum, facta mentione utriusque decreti, reiecit.

Litteris tandem diei 7 martii 2011 solummodo D.nus N. recursum ad H.S.T. subscripsit.

Petitis ac receptis actis pro examine praeliminari,

#### SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL

Re sedulo examini subiecta;

Praemisso quod paroecia S. Francisci Assisiensis impugnatibus decretis nec relate ad territorium nec relate ad personam iuridicam mutata est;

Perpenso quod Congregatio in decreto impugnatibus relate ad reductionem ecclesiae S. Francisci in usum profanum agnovit:

- gravem causam reductionis, scilicet insufficientiam bonorum paroeciae S. Francisci ad tres ecclesias conservandas: "the inability to maintain all of the sacred edifices within its boundaries";
- accuratam selectionem ecclesiae conservandae ex parte Exc.mi Episcopi iuxta criteria accessus et amplitudinis ad auctum numerum fidelium recipiendum;

era stata annunciata] ed essendo stata rigettata la rimostranza in data 16 febbraio 2009 [precedentemente presentata], il Signor N. insieme a tre fedeli propose ricorso gerarchico davanti alla Congregazione per il Clero il 15 marzo 2009.

Il 1° settembre 2009, adducendo delle ragioni, l'Ecc.mo Vescovo emanò un nuovo decreto, stabilendo nuovamente la riduzione ad uso profano della chiesa di San Francesco, senza che fosse impugnato separatamente dai ricorrenti. La Congregazione per il Clero rigettò il ricorso il 25 gennaio 2011, menzionando entrambi i decreti.

Da ultimo, il 7 marzo 2011 il Signor N. firmò da solo il ricorso a Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale].

Dopo aver chiesto e ricevuto gli atti per l'esame preliminare,

#### IL SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA

Esaminata attentamente la questione;

Premesso che la parrocchia di San Francesco d'Assisi non è stata mutata dai decreti impugnati né per quanto riguarda il territorio né riguardo alla personalità giuridica;

Visto che nel decreto impugnato per ciò che attiene alla riduzione della chiesa di San Francesco ad uso profano, la Congregazione [per il Clero] ravvisò:

- l'esistenza della grave causa per la riduzione, e cioè l'insufficienza dei beni della parrocchia di S. Francesco per conservare le tre chiese: "l'incapacità di mantenere tutti gli edifici sacri entro i suoi confini";
- l'accurata selezione da parte dell'Ecc.mo Vescovo della chiesa che doveva essere conservata, in accordo con i criteri di accessibilità e di ampiezza per ricevere un accresciuto numero di fedeli;

Considerato quod Recurrens tantummodo asserit paroeciam S. Francisci ecclesiam S. Francisci sustinere posse et criteria in decreto Exc.mi Episcopi adducta pro selectione ecclesiae Transfigurationis tamquam ecclesiae ad cultum conservandae vera non esse, dum, e contra, ecclesia S. Francisci seligenda fuisset: "In a head to head comparison of which church building would be most accommodating, safest to access, least expensive to maintain, and have the best structural longevity, the Saint Francis church is clearly the best locale to accommodate the consolidated parish";

Perpenso ergo quod:

- obiectum huius recursus solummodo est selectio ecclesiae Transfigurationis loco ecclesiae S. Francisci Assisiensis tamquam ecclesiae ad cultum publicum in paroecia S. Francisci adhibendae;
- quaestio quaenam ex illis duabus ecclesiis melius cum exigentiis novae paroeciae congruat meritum causae, non legitimitatem decreti respicit;

Praetermissis aliis quoque ad rem forte animadvertendis;

Auditis Rev.mo Promotore Iustitiae et Rev.do Promotore Iustitiae substituto;

Vi art. 76 *Legis propriae* Signaturae Apostolicae,

#### decrevit:

**Recursum in limine reiciendum esse et facto reici ob evidentem defectum fundamenti**

Et notificetur iis, quorum interest, ad omnes iuris effectus.

Adversus hoc decretum datur recursus, motivis suffultus, ad Congressum intra

Considerato che il Ricorrente asserisce unicamente che la parrocchia di S. Francesco può sostenere la chiesa di S. Francesco e che i criteri adottati nel decreto dell'Ecc.mo Vescovo per la selezione della chiesa della Trasfigurazione come la chiesa da conservare non sono veri, mentre, per contro, dovrebbe essere scelta la chiesa di S. Francesco: "In un confronto per determinare quale chiesa fra le due sarebbe stata più accogliente, di più facile accesso, meno costosa da mantenere, e con la migliore stabilità strutturale, la chiesa di San Francesco è chiaramente il miglior locale per ospitare la parrocchia consolidata";

Considerato quindi che:

- l'oggetto di questo ricorso è soltanto la scelta della chiesa della Trasfigurazione al posto della chiesa di San Francesco d'Assisi come la chiesa da adoperare per il culto pubblico nella parrocchia di San Francesco;
- la questione riguardante quale di queste due chiese si adatti meglio alle esigenze della nuova parrocchia concerne il merito della causa, e non la legittimità del decreto;

Omessi altri argomenti che forse potrebbero anche essere considerati;

Sentiti il Rev.mo Promotore di Giustizia e il Rev.do Promotore di Giustizia sostituto,

In forza dell'art. 76 della *Lex propria* della Segnatura Apostolica,

#### decreta:

**Che il ricorso deve essere rigettato fin dall'inizio e di fatto è rigettato per evidente difetto di fondamento.**

E sia notificato agli interessati, ad ogni effetto di diritto.

Contro questo decreto è ammesso ricorso al Congresso, adducendone le

terminum peremptorium decem dierum ab eodem recepto (cf. art. 76, § 3 *Legis propriae Signaturae Apostolicae*).

Datum Romae e Sede huius Supremi Tribunalis die 5 iulii 2011

✠ FRANCISCUS DANEELS, o.praem.  
Secretarius

Iosephus Ferdinandus MEJÍA YÁÑEZ, M.G.  
Notarius

ragioni, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione dello stesso (cf. art. 76, § 3 della *Lex propria* della Segnatura Apostolica).

Dato a Roma, dalla sede di questo Supremo Tribunale, 5 luglio 2011<sup>1</sup>

✠ Frans DANEELS, o. praem.,  
Segretario

José Fernando MEJÍA YÁÑEZ, M.G.  
Notarius

★

2. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA – Decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, *Soppressione di parrocchia* – Prot. N. 44958/11 CA [contenzioso amministrativo], 23 settembre 2011.<sup>2</sup>

**Unione estintiva di parrocchie – Soppressione di una parrocchia – Scelta della chiesa parrocchiale – Ricorso gerarchico – Insussistenza  
Processo amministrativo – Difetto di presupposto – Insussistenza**

**N**ON è impugnabile davanti alla Segnatura Apostolica la soppressione di una parrocchia confermata da un decreto della Congregazione per il Clero che non sia stata precedentemente contestata mediante ricorso gerarchico davanti alla stessa Congregazione della Curia romana.

**DECRETUM**

1. Post processum consultationis, audito die 10 martii 2008 Consilio presbyterali, Exc.mus Episcopus dioecesanus die 29 maii 2008 decrevit unionem exstinctivam trium paroeciarum in quodam pago, scilicet paroeciae territorialis SS.mi Cordis Iesu necnon paroeciarum personalium Immaculae Conceptionis B.M.V. pro slovacis et B.M.V. a Monte Carmelo pro italis, ita ut a die 15 iulii 2008 ex iis fieret nova paroecia S. Francisci Assisiensis, cuius ecclesia esset illa Immaculae Conceptioni dicata, ea tamen mente ut ceterae ecclesiae ad divi-

**DECRETO**

1. Dopo un processo di consultazione, nel corso del quale fu sentito il Consiglio presbiterale il 10 marzo 2008, l'Ecc.mo Vescovo diocesano, in data 29 maggio 2008 decretò l'unione estintiva di tre parrocchie che si trovavano in una certa località, e cioè della parrocchia territoriale del Ss.mo Cuore di Gesù nonché delle parrocchie personali dell'Immacolata Concezione della Beata Vergine Maria, per gli slovacchi, e della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo, per gli italiani, in modo che a partire dal 15 luglio 2008 dalle precedenti tre fosse co-

<sup>1</sup> Il ricorso all'Em.mo Prefetto è stato dichiarato estinto il 24 ottobre 2011.

<sup>2</sup> Vedi alla fine dei tre decreti della Segnatura Apostolica il commento di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*.

num cultum amplius non adhiberentur

Instantia diei 8 iunii 2008, d.nus N. et alia membra paroeciae B.M.V. a Monte Carmelo nuper suppressae remonstrationem exhibuerunt, exponentes rationes ob quas eorum ecclesia potius quam ecclesia Immacolatae Conceptionis eligi debuisset tamquam una ecclesia paroecialis novae paroeciae iuxta criteria data: “The correct church to remain open is Our Lady of Mount Carmel and not Immaculate Conception”.

Decreto vero diei 1 iulii 2008 Exc.mus Episcopus petitionem reiecit Quam ob rem, d.nus N., d.nus M. et alii paroeciani die 21 iulii 2008 recursum interposuerunt coram Congregatione pro Clericis, impugnantes electionem ecclesiae Immacolatae Conceptionis pro nova paroecia et clausuram definitivam ecclesiae B.M.V. a Monte Carmelo: “The parishioners of Our Lady of Mount Carmel appreciate the decision to keep a Catholic Church [...]. The facilities of Our Lady of Mount Carmel offer superior accessibility to our handicap handicapped and elderly parishioners. [...] Our only desire is to provide the Saint Francis of Assisi parish the best possible facilities ..”

Quo recurso recepto, die 9 augusti 2008 Congregatio pro Clericis omnes notitias utiles exquirit ab Exc.mo Episcopo, qui tandem die 10 novembris 2008 explicationes una cum actis transmisit. Interea litteris diei 1 novembris 2008, d.nus M. coram Congregatione institit: “... we beg you to help us have

stituita la nuova parrocchia di San Francesco d’Assisi, la cui chiesa fosse quella dedicata all’Immacolata Concezione, con l’intenzione che le altre chiese non fossero più destinate al culto divino.

Con istanza dell’8 giugno 2008, il sig. N. e altri membri della parrocchia della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo appena soppressa, presentarono una rimostranza, esponendo le ragioni per le quali la loro chiesa sarebbe dovuta essere scelta come chiesa parrocchiale della nuova parrocchia invece della chiesa dell’Immacolata Concezione in base ai criteri forniti: “La chiesa che deve restare aperta è Nostra Signora del Monte Carmelo e non l’Immacolata Concezione”.

Tuttavia, con decreto del 1° luglio 2008 l’Ecc.mo Vescovo rigettò la petizione. Quindi, il sig. N., il sig. M. ed altri parrocchiani il 21 luglio 2008 interposero ricorso dinanzi alla Congregazione per il Clero, impugnando l’elezione [come chiesa parrocchiale] della chiesa dell’Immacolata Concezione per la nuova parrocchia nonché la chiusura definitiva della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo: “I parrocchiani di Nostra Signora del Monte Carmelo apprezzano la decisione di mantenere una Chiesa Cattolica [...]. Le condizioni di Nostra Signora del Monte Carmelo offrono un’accessibilità maggiore per i nostri parrocchiani disabili e anziani. [...] Il nostro unico desiderio è quello di procurare alla parrocchia di San Francesco d’Assisi le migliori condizioni...”

Allorché ricevette il ricorso, in data 9 agosto 2008 la Congregazione per il Clero richiese tutte le informazioni utili all’Ecc.mo Vescovo, il quale poi, in data 10 novembre 2008, inviò dei chiarimenti insieme agli atti. Nel frattempo, con lettera del 1° novembre 2008, il sig. M. insistette presso la Congregazione: “... ”

the Our Lady of Mount Carmel Church re-opened to house the Saint Francis of Assisi Parish". Denuo litteris diei 4 novembris 2008 ad Exc.mum Nuntium Apostolicum, d.nus M. rationes exposuit ob quas ecclesia B.M.V a Monte Carmelo potius quam ecclesia Immaculatae Conceptionis sedes aptior esset pro nova paroecia S. Francisci Assisiensis. Tandem instantia diei 25 novembris 2008, d.nus M., agnoscens rationes ob quas tres paroeciae unitae erant, sed impugnans electionem ecclesiae Immaculatae Conceptionis super ecclesiam B.M.V. a Monte Carmelo, duas vias Congregationi proposuit quibus ecclesia B.M.V. a Monte Carmelo denuo pro cultu divino adhiberi posset, nimirum vel restitutionem paroeciae autonomae B.M.V. a Monte Carmelo vel translationem sedis novae paroeciae S. Francisci Assisiensis ad ecclesiam B.M.V. a Monte Carmelo.

Litteris diei 31 augusti 2009, Congregatio pro Clericis novum Episcopum dioecesanum invitavit ut decisiones Exc.mi Praedecessoris recognosceret, attenta etiam recta distinctione inter suppressionem paroeciae, de qua in can. 515, § 2, et reductionem ecclesiae ad usum profanum, de qua in can. 1222, § 2. Quibus attentis, Exc.mus Episcopus, audito Consilio presbyterali diebus 29 septembris 2009 et 11 martii 2010, die 29 martii 2010 decretum formale reductionis ecclesiae B.M.V. a Monte Carmelo in usum profanum tulit.

Dein, litteris dierum 14 aprilis et 22 iunii 2010 datis, Exc.mus Episcopus cum

Vi preghiamo di aiutarci ad avere riaperta la Chiesa di Nostra Signora del Monte Carmelo per ospitare la Parrocchia di San Francesco d'Assisi". Nuovamente, con lettera del 4 novembre 2008 il sig. M. espone all'Ecc.mo Nunzio Apostolico le ragioni per le quali la chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo fosse più adatta rispetto alla chiesa dell'Immacolata Concezione come sede per la nuova parrocchia di San Francesco d'Assisi. Infine, con istanza del 25 novembre 2008, il sig. M., riconoscendo i motivi per cui le tre parrocchie erano unite in una, ma impugnando l'elezione della chiesa dell'Immacolata Concezione invece della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo, propose alla Congregazione due strade affinché la chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo fosse adibita nuovamente al culto, vale a dire, o tramite la restituzione come parrocchia autonoma della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo o mediante il trasferimento della sede della nuova parrocchia di San Francesco d'Assisi alla chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo.

Con lettera del 31 agosto 2009 la Congregazione per il Clero invitò il nuovo Vescovo diocesano a riesaminare le decisioni del suo Ecc.mo Predecessore, tenendo nel dovuto conto l'esatta distinzione fra la soppressione di una parrocchia, di cui al can. 515, § 2, e la riduzione di una chiesa ad uso profano, di cui al can. 1222, § 2. Osservate tali indicazioni, l'Ecc.mo Vescovo, sentito il Consiglio presbiterale nei giorni 29 settembre 2009 e 11 marzo 2010, il 29 marzo 2010 emanò un decreto formale di riduzione della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo ad uso profano.

Successivamente, con lettere del 14 aprile e del 22 giugno 2010, l'Ecc.mo Ve-

Congregatione pro Clericis communicavit se decisiones Exc.mi Praedecessoris confirmare.

Quibus omnibus praehabitis, Congregatio pro Clericis decreto diei 22 decembris 2010 responsum recursui diei 21 iulii 2008 dedit, statuens:

- quoad unionem exstinctivam paroeciae B.M.V. a Monte Carmelo, recursum reici utpote fundamento canonico in iure et in facto carentem;
- quoad reductionem ecclesiae B.M.V. a Monte Carmelo ad usum profanum, recursum reici "de procedendo" utpote fundamento canonico in iure et in facto carentem, sed admitti "de decernendo", ob defectum causae gravis.

2. Quam adversus decisionem, die 4 Ianuarii 2011 notificatam, quatenus respiciebat suppressionem paroeciae, d.ni N. et M., una cum aliis, instantia diei 19 Ianuarii 2011 provocaverunt ad H.S.T. et die 1 Martii 2011 Cl.mi Advocati C. et A. Gullo rationes recursus summarie exhibuerunt.

Actis receptis iisque examini subiectis, audito Rev.mo Promotore Iustitiae deputato, Exc.mus H.S.T. Secretarius decreto diei 14 Martii 2011 recursum in limine reiecit, utpote indubie et evidenter praesupposito carentem. Quod contra decretum recurrentes ad Congressum H.S.T. provocaverunt. Re deinde discussa inter Cl.mos recurrentium Defensores, Cl.mam Patronam Congregationis et Exc.mi Episcopi, necnon

scovo comunicò alla Congregazione per il Clero che aveva confermato le decisioni del suo Ecc.mo Predecessore.

Compiuto tutto questo, la Congregazione per il Clero con decreto del 22 dicembre 2010 rispose al ricorso del 21 luglio 2008 stabilendo che:

- per quanto atteneva all'unione estintiva della parrocchia della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo, il ricorso era rigettato in quanto mancante di fondamento canonico in diritto ed in fatto;
- per quanto si riferiva alla riduzione ad uso profano della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo, il ricorso era rigettato, per quanto concerne la legittimità della procedura, in quanto mancante di fondamento canonico in diritto ed in fatto, ma veniva ammesso, relativamente alla parte inerente la legittimità della decisione, per difetto della causa grave.

2. Contro tale decisione, notificata in data 4 gennaio 2011, relativa alla soppressione della parrocchia, i signori N. e M., insieme ad altri, con istanza del 19 gennaio 2011 si rivolsero a Q. S. T. [Questo Supremo Tribunale] e il 1° marzo 2011 i Ch.mi Avvocati C. e A. Gullo presentarono sommariamente le ragioni del ricorso.

Dopo aver ricevuto gli atti e averli esaminati, sentito il Rev.mo Promotore di Giustizia deputato, l'Ecc.mo Segretario di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale] rigettò il ricorso fin dall'inizio con decreto del 14 marzo 2011, in quanto indubbiamente ed evidentemente carente di presupposto. Allora, i ricorrenti proposero impugnazione al Congresso di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale] contro il decreto. Discussa poi la causa

Rev.mum Promotorem Iustitiae deputatum,

nel modo dovuto fra i Ch.mi Difensori dei ricorrenti, la Ch.ma Patrona della Congregazione e dell'Ecc.mo Vescovo nonché il Rev.mo Promotore di Giustizia deputato,

SUPREMUM SIGNATURAE  
APOSTOLICAE TRIBUNAL

3. Praemisso quod, ad normam art. 123, § 1 Const. Ap. *Pastor bonus*, huius Supremo Tribunalis est cognoscere de recursibus adversus actus administrativos singulares sive a Dicasteriis Curiae Romanae latos sive ab ipsis probatos, quoties contendatur num actus impugnatus legem aliquam in decernendo vel in procedendo violaverit;

4. Considerato quod recursus diei 19 ianuarii 2011 in limine reiectus est ob evidentem defectum praesuppositi, scilicet obiecti, uti explicatum est in parte motiva decreti impugnati:

“Attento quod impugnatur decretum Congregationis pro Clericis quatenus statuit: «The Congregation hereby decrees that this petition for recourse [diei 21 iulii 2008] as presented, with regard to the merger of the parish of Our Lady of Mount Carmel (c. 515, § 2), does not have canonical basis in law and in fact and is rejected *de procedendo* and *de decernendo*»;

“Perspecto quod recurrentes in dicto recursu diei 21 iulii 2008 unionem extinctivam paroeciae B.M.V. a Monte Carmelo, de qua in can. 515 § 2, minime impugnaverunt sed tantummodo electionem ecclesiae Immaculae Conceptionis B.M.V., loco ecclesiae B.M.V. a Monte Carmelo, tamquam unius ecclesiae novae paroeciae S. Francisci Assisiensis, asserentes quod «Our only

IL SUPREMO TRIBUNALE  
DELLA SEGNETURA APOSTOLICA

3. Premesso che, secondo la norma dell'art. 123, § 1 della Cost. Ap. *Pastor bonus*, compete a questo Supremo Tribunale giudicare i ricorsi contro gli atti amministrativi singolari sia posti da Dicasteri della Curia Romana sia da essi approvati, tutte le volte che si discuta se l'atto impugnato abbia violato una qualche legge, nel deliberare o nel procedere;

4. Considerato che il ricorso del 19 gennaio 2011 è stato rigettato fin dall'inizio a causa di un evidente difetto di presupposto, vale a dire dell'oggetto, come viene spiegato nella parte motiva del decreto impugnato:

“Atteso che è stato impugnato il decreto della Congregazione per il Clero in quanto stabilisce: «La Congregazione decreta che questa petizione per il ricorso [del 21 luglio 2008], come è stata presentata, per quanto riguarda la fusione della parrocchia di Nostra Signora del Monte Carmelo (c. 515, § 2), non ha fondamento canonico in diritto e in fatto e viene respinta per quanto riguarda la procedura e per quanto riguarda la decisione»;

“Considerato che i ricorrenti nel menzionato ricorso del 21 luglio 2008 non impugnarono affatto l'unione estintiva della parrocchia della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo, della quale si tratta nel can. 515, § 2, ma [impugnarono] unicamente l'elezione della chiesa dell'Immacolata Concezione della Beata Vergine Maria al posto della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo

desire is to provide the Saint Francis of Assisi parish [with] the best possible facilities ...»;

“Cum proinde reiectio recursus diei 21 iulii 2008 ex parte Congregationis relate ad suppressionem paroeciae nullum effectum iuridicum habuerit et proinde recursus ad H.S.T. careat obiecto”;

5. Admisso quod, uti recte animadvertunt Cl.mi recurrentium Defensores, modus ineptus procedendi et loquendi ex parte Curiae dioecesanae, saepe negligens debitam distinctionem inter innovationem paroeciarum, de qua in can. 515, § 2, et reductionem ecclesiae in usum profanum, de qua in can. 1222, § 2, confusionem et incertitudinem apud fideles facilius gignere poterat;

6. Visa autem voluntate recurrentium in recursu hierarchico diei 21 iulii 2008 expressa, verbis non technicis sed utique claris, quibus constabat eos tunc impugnare tantummodo electionem ecclesiae Immacolatae Conceptionis et clausuram definitivam ecclesiae B.M.V. a Monte Carmelo cum asserto detrimento novae paroeciae S. Francisci Assisiensis, cuius maius bonum promovere volebant, ita excludentes etiam implicitam impugnationem erectionis dictae paroeciae;

7. Perspecto quod, praetermissis aliis instantiis extra terminum de quo in can. 1737, § 2 porrectis, Congregatio pro Clericis tantum respondit ipsi recursui hierarchico diei 21 iulii 2008, infirmans clausuram definitivam ecclesiae B.M.V.

come la unica chiesa della nuova parrocchia di San Francesco d'Assisi, allegando che «il nostro unico desiderio è quello di fornire le migliori strutture possibili alla parrocchia di San Francesco d'Assisi...»;

“Poiché il rigetto del ricorso del 21 luglio 2008 da parte della Congregazione, relativamente alla soppressione della parrocchia, non ha sortito alcun effetto giuridico e, di conseguenza, il ricorso a Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale] manca di oggetto”;

5. Ammesso che, come giustamente hanno osservato i Ch.mi Difensori dei ricorrenti, il modo inadeguato di procedere e di parlare da parte della Curia dioecesana, spesso negligente riguardo alla dovuta distinzione fra l'innovazione delle parrocchie, della quale si tratta nel can. 515, § 2, e la riduzione di una chiesa ad uso profano, della quale si tratta nel can. 1222, § 2, facilmente poteva far nascere nei fedeli la confusione e l'incertezza;

6. Vista, inoltre, la volontà dei ricorrenti espressa nel ricorso gerarchico del 21 luglio 2008 con parole non tecniche ma certamente chiare, nelle quali constava che ciò che essi impugnavano allora era soltanto l'elezione della chiesa dell'Immacolata Concezione e la chiusura definitiva della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo asserendo il detrimento della nuova parrocchia di San Francesco d'Assisi, il cui maggior bene essi volevano promuovere, escludendo così anche l'implicita impugnatione dell'erezione della menzionata parrocchia;

7. Considerato che la Congregazione per il Clero ritenne come non poste le istanze presentate oltre il termine previsto nel can. 1737, § 2, e perciò diede risposta unicamente al ricorso gerarchico del 21 luglio 2008, che contestava la chiusura

a Monte Carmelo seu eius reductionem in usum profanum, simul vero, forte per inadvertentiam sed utique inaniter, reiciens recursum haudquaquam die 21 iulii 2008 propositum adversus suppressionem paroeciae B.M.V. a Monte Carmelo;

8. Cum in casu, ergo, nullum par adducatur argumentum ad rationes motivas in decreto Exc.mi H.S.T. Secretarii diei 14 martii 2011 submovendas;

Praetermissis aliis forte animadvertendis;

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

Re sedulo examini subiecta in Congressu die 23 septembris 2011 coram infra-scripto Praefecto habito,

#### decrevit:

**Confirmandum esse et facto confirmari decretum Exc.mi H.S.T. Secretarii diei 14 martii 2011, quo recursus reiciebatur ob evidentem et indubium defectum praesuppositi.**

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

Et notificetur iis quorum interest, ad omnes iuris effectus.

Datum, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 23 septembris 2011

Raimundus Leo Card. BURKE, *Praefectus*  
✠ Franciscus DANEELS, o. praem.,  
*Secretarius*

definitiva della chiesa della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo e la sua riduzione a uso profano, ma nel contempo, magari per inavvertenza comunque irrilevante, respinse il ricorso proposto il 21 luglio 2008 in nessun modo contrario alla soppressione della parrocchia della Beata Vergine Maria del Monte Carmelo.

8. Siccome nel caso, dunque, non è stato addotto alcun argomento in grado di scalzare le motivazioni presenti nel decreto dell'Ecc.mo Segretario di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale] del 14 marzo 2011,

Omessi gli altri argomenti che potrebbero essere considerati;

Visto l'art. 83, § 1 della *Legge propria* di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale];

Esaminata attentamente la questione nel Congresso il 23 settembre 2011, innanzi al sottoscritto Prefetto,

#### decreta:

**Deve essere confermato e di fatto si conferma il decreto dell'Ecc.mo Segretario di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale] del 14 marzo 2011, che rigettava il ricorso per evidente ed indubbio difetto di presupposto.**

Quanto alle spese si trattiene la cauzione depositata dalle parti ricorrenti nella cassa di Q.S.T. [Questo Supremo Tribunale]. Ciascuna parte corrisponda al proprio Ch.mo Patrono un congruo onorario.

E sia notificato agli interessati, ad ogni effetto di diritto.

Roma, dalla sede del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 23 settembre 2011

Raymond Leo Card. BURKE, *Prefetto*  
✠ Frans DANEELS, o. praem.,  
*Segretario*

3. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGANTURA APOSTOLICA – Decreto del Segretario (Daneels), *Circa l'uso di una chiesa* – Prot. N. 46187/11 CA [contenzioso amministrativo], 20 gennaio 2012.\*

**Soppressione di parrocchia – Riduzione di chiesa a uso profano – Ricorso gerarchico – Insussistenza parziale**  
**Processo amministrativo – Rigetto fin dall'inizio del ricorso – Assenza di fondamento – Assenza di presupposto – Insussistenza**

**I**L Vescovo diocesano può decidere legittimamente un uso limitato di una chiesa sotto la sua giurisdizione. Tale provvedimento non s'identifica con la riduzione della chiesa a uso profano.

DECRETUM

Die 29 maii 2008, Exc.mus Episcopus dioecesanus decrevit suppressionem paroeciae personalis S. Iosephi pro slovenis et clausuram definitivam eius ecclesiae. Interposito recursu hierarchico, Congregatio pro Clericis die 5 ianuarii 2011 confirmavit suppressionem paroeciae, sed infirmavit reductionem ecclesiae ob defectum causae gravis. Quam adversus decisionem, quatenus paroeciam S. Iosephi respiciebat, paroeciani nullum recursum proposuerunt. Quatenus autem decretum ecclesiam S. Iosephi respiciebat, Exc.mus Episcopus die 2 martii 2011 provocavit ad H.S.T., sed die 29 aprilis 2011 recursui renuntiavit. H.S.T., audita Congregatione pro Clericis, die 17 maii 2011 renuntiationem admisit.

Iam die 5 maii 2011, officium communicationis socialis dioecesanum notitias de renuntiatione causarum diffuderat,

DECRETO

Il 29 maggio 2008 l'Ecc.mo Vescovo diocesano decretò la soppressione della parrocchia personale di S. Giuseppe per gli sloveni e la chiusura definitiva della sua chiesa. Fu proposto ricorso gerarchico e il 5 gennaio 2011 la Congregazione per il Clero confermò la soppressione della parrocchia, ma annullò la riduzione della chiesa per la mancanza della causa grave. Contro la decisione che riguardava la parrocchia di S. Giuseppe i parrochiani non proposero alcun ricorso. Invece l'Ecc.mo Vescovo ricorse a Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] il 2 marzo 2011 per quelle parti del decreto che concernevano la chiesa di S. Giuseppe, ma il 29 aprile 2011 vi rinunciò. Q.S.T. [questo Supremo Tribunale], dopo aver sentito la Congregazione per il Clero, ammise la rinuncia il 17 maggio 2011.

Precedentemente il 5 maggio 2011, l'ufficio diocesano per la comunicazione sociale, aveva diffuso delle notizie

\* Vedi alla fine dei tre decreti della Segantura Apostolica il commento di J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*.

animadvertens vero quod: “It is the diocese’s understanding that the decrees that were issued [a Congregatione pro Clericis] do not require the opening of the churches”.

Die 8 maii 2011, tres fideles ex suppressa paroecia S. Iosephi quandam instantiam coram Exc.mo Episcopo exhibuerunt, et die 18 maii 2011, una cum aliis duobus d.nis per Cl.mum Adv.tum institerunt coram Exc.mo Episcopo, qui vero litteris diei 18 iulii 2011 respondit quod: “The Decree [Congregationis] did not require that the Church be reopened and used for divine worship. Since public divine worship is not being conducted in the Church, the Church remains closed”.

Cl.mus N. die 27 iulii 2011 nomine praedictorum fidelium remonstrationem coram Exc.mo Episcopo exhibuit et, ipso Praesule silente, die 2 septembris 2011 recursum hierarchicum interposuit coram Congregatione pro Clericis, petens ut ecclesia denuo ad cultum divinum aperiretur; insuper petiit ut Exc.mus Episcopus cogeretur ad prohibendum propositam alienationem, ex parte paroeciae ad quam, domus olim paroecialis S. Iosephi una cum area minore pro autoraedis collocandis.

Congregatio dein respondit se rem detulisse Exc.mo Episcopo, qui die 4 novembris 2011 nuntiavit quod ecclesia S. Iosephi a die 1 decembris 2011 “will be able to host funeral Masses for former parishioners and a Mass on the patronal feast of that church”. Cl.mus vero N., nova instantia diei 27 novembris 2011, institit pro “formali” decisione Congregationis circa omnia die 2 septembris 2011 petita.

Die tandem 21 decembris 2011, Cl.ma Flavia Speranza, nomine praedictorum

circa la rinuncia delle cause, osservando però che: “è l’intendimento della diocesi che i decreti che sono stati emanati [dalla Congregazione] non impongano l’apertura delle chiese”.

L’8 maggio 2011 tre fedeli della soppressa parrocchia di S. Giuseppe proposero un reclamo all’Ecc.mo Vescovo, e il 18 maggio 2011, insieme ad altri due signori tramite un chiarissimo avvocato si rivolsero all’Ecc.mo Vescovo, il quale però con la lettera del 18 luglio 2011 rispose che: “Il decreto [della Congregazione] non ha imposto che la chiesa sia riaperta e utilizzata per il culto divino. Siccome non si svolge un culto divino pubblico nella chiesa, la chiesa rimane chiusa”.

Il chiarissimo N. a nome dei menzionati fedeli presentò dinanzi all’Ecc.mo Vescovo la rimostranza il 27 luglio 2011 e, tenuto conto del silenzio del Presule, propose ricorso gerarchico davanti alla Congregazione per il Clero il 2 settembre 2011, chiedendo che fosse aperta nuovamente al culto divino la chiesa; richiedeva inoltre che fosse disposto che l’Ecc.mo Vescovo vietasse l’alienazione, proposta dalla parrocchia ricettrice, della antica casa parrocchiale di S. Giuseppe insieme con il piccolo parcheggio per le macchine.

La Congregazione rispose successivamente che aveva trasferito la questione all’Ecc.mo Vescovo, il quale, il 4 novembre 2011 annunciò che dal 1° dicembre 2011 la chiesa di S. Giuseppe “sarà in grado di ospitare le messe funebri per gli ex parrocchiani e una messa in occasione della festa patronale di quella chiesa”. Tuttavia, il chiarissimo N., presentò il 27 novembre 2011 una nuova richiesta nella quale chiese una decisione formale della Congregazione riguardo tutto quanto era stato chiesto il 2 settembre. 2011.

In fine, il 21 dicembre 2011, la Chiarissima avvocatessa Flavia Speranza, a nome

fidelium, recursum coram H.S.T. interposuit adversus assertum silentium Congregationis pro Clericis relate ad duplicem instantiam diei 2 septembris 2011.

Quibus praehabitis,

SUPREMUM SIGNATURAE  
APOSTOLICAE TRIBUNAL

Re sedulo examini subiecta;

Praemisso quod, ad normam art. 123, § 1 Const. Ap. *Pastor bonus*, huius Supremi Tribunalis est cognoscere de recursibus adversus actus administrativos singulares sive a Dicasteriis Curiae Romanae latos sive ab ipsis probatos, quoties contendatur num actus impugnatus legem aliquam in decernendo vel in procedendo violaverit;

Perspecto quod obiectum recursus diei 21 decembris 2011 est assertus defectus responsionis Congregationis pro Clericis ad instantiam diei 2 septembris 2011, qui iuxta partem recurrentem constituat praesumptum responsum negativum, de quo in can. 57, § 2;

Quoad impugnatam clausuram S. Iosephi pro cultu divino, attento quod:

- Interveniente Congregatione pro Clericis, ecclesia S. Iosephi a die 4 novembris 2011 denuo aperta est ad cultum divinum exercendum, dum can. 1214, a parte recurrenti adductus, non statuit quoties cultus divinus in ecclesia subsidiaria exerceri debeat, quam ob rem in casu haud indicata est lex quae violata esset eo quod usus ecclesiae S. Iosephi sat limitatus habetur;

- Usus, ceterum, illius ecclesiae progrediente tempore ab Exc.mo Episcopo vel a paroco augeri potest;

dei menzionati fedeli, propose ricorso presso Q.S.T. [questo Supremo Tribunale] contro l'asserito silenzio della Congregazione per il Clero riguardante la duplice richiesta del 2 settembre 2011.

Tutto ciò premesso,

IL SUPREMO TRIBUNALE  
DELLA SEGNAURA APOSTOLICA

Esaminata attentamente la questione;

Premesso che, secondo la norma dell'art. 123, § 1 della Cost. Ap. *Pastor bonus*, compete a questo Supremo Tribunale giudicare dei ricorsi contro atti amministrativi singolari sia posti da Dicasteri della Curia Romana che da essi approvati, tutte le volte che si discuta se l'atto impugnato abbia violato una qualche legge, nel deliberare o nel procedere;

Visto che l'oggetto del ricorso del 21 dicembre 2011 è l'asserita mancanza di risposta della Congregazione per il Clero all'istanza del 2 settembre 2011, la quale, secondo la parte ricorrente, costituirebbe una risposta negativa presunta della quale si tratta nel can. 57 § 2;

Per quanto concerne l'impugnata chiusura al culto divino della chiesa di S. Giuseppe, tenuto in conto che:

- Grazie all'intervento della Congregazione per il Clero, la chiesa di S. Giuseppe è nuovamente aperta per l'esercizio del culto a partire dal 4 novembre 2011, e invece, il can. 1214, addotto dalla parte ricorrente, non stabilisce quante volte debba essere esercitato il culto divino in una chiesa sussidiaria, per cui in questo caso non è stata indicata una legge che sia stata violata dato che l'uso della chiesa di S. Giuseppe è stato limitato abbastanza;

- inoltre, l'uso di questa chiesa potrà essere incrementato da parte del Ecc.mo Vescovo o dal parroco con lo scorrere del tempo;

Quoad cetera a parte recurrenti in instantia diei 2 septembris 2011 petita, considerato quod Exc.mus Episcopus in responsione diei 18 iulii 2011 de eis non egit, adeo ut deficiat praerequisitum ut ad rem recursus hierarchicus coram Congregatione pro Clericis proponi potuisset et consequenter contra silentium eiusdem ad H.S.T. provocari valeat;

Ceteris forte animadvertendis sepositis;

Audito Rev.mo Promotore Iustitiae deputato;

Vi art. 76 § 1 *Legis propriae* H.S.T.

**decrevit:**

**Recursum diei 21 decembris 2011 adversus assertum silentium Congregationis pro Clericis, relate ad instantiam diei 2 septembris 2011, in limine reiciendum esse et facto reici, quia evidenter et procul dubio caret fundamento vel praesupposito.**

Adversus hoc decretum, intra peremptorium terminum decem dierum ab eodem recepto, datur recursus, motivis suffultus, ad Congressum H.S.T.

Quod notificetur ad omnes iuris effectus.

Datum Romae, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 20 ianuarii 2012

✠ Franciscus DANEELS, o.praem.,  
*Secretarius*  
 Paulus MALECHA,  
*Cancellariae Praepositus*

Per quanto concerne le restanti richieste formulate dai ricorrenti nell'istanza del 2 settembre 2011, considerato che l'Ecc.mo Vescovo non ha trattato di esse nella risposta del 18 luglio 2011, in modo che manca un prerequisito perché possa essere proposto il ricorso gerarchico presso la Congregazione per il Clero e, conseguentemente, [manca un prerequisito perché] contro il silenzio della stessa [Congregazione] possa essere chiamato in causa Q.S.T. [questo Supremo Tribunale],

Esclusi altri argomenti che potrebbero essere considerati;

Sentito il Rev.mo Promotore di Giustizia deputato,

In forza dell'art. 76 § 1 della *Lex propria* di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale]

**decreta:**

**Il ricorso del 21 dicembre 2011 contro l'asserito silenzio della Congregazione per il Clero, relativamente all'istanza del 2 settembre 2011, deve essere rigettato fin dall'inizio e di fatto si rigetta perché evidentemente e senza dubbio è carente di fondamento e di presupposto.**

Contro questo decreto è ammesso ricorso al Congresso di Q.S.T. [questo Supremo Tribunale], allegandone i motivi, entro il termine perentorio di dieci giorni da quando il medesimo è stato ricevuto.

Che sia notificato per tutti gli effetti di legge.

Roma, dalla sede del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 20 gennaio 2012

✠ Frans DANEELS, o. praem.,  
*Secretario*  
 Paweł MALECHA,  
*Capo della Cancellaria*

## I DIVERSI EFFETTI DELLA TUTELA GARANTITA DAL DIRITTO AMMINISTRATIVO CANONICO

SOMMARIO: 1. Un appunto di storia recente relativa al diritto amministrativo canonico.- 2. Gli effetti della tutela giuridica offerta agli amministrati nei provvedimenti di soppressione di parrocchie e/o di destinazione di chiese a usi profani non sordidi.- 3. Altri effetti della tutela giuridica offerta agli amministrati.

### 1. UN APPUNTO DI STORIA RECENTE RELATIVA AL DIRITTO AMMINISTRATIVO CANONICO

IL periodo a cavallo fra gli anni ottanta e gli anni novanta dello scorso secolo ebbe un singolare significato in quanto allo sviluppo del contenzioso amministrativo canonico. Da un sistema di legalità c. d. oggettiva ci si evolse, in alcuni aspetti rilevanti, verso un impianto di legalità soggettiva a partire dal quale, oltre che la salvaguardia della conformità dei provvedimenti amministrativi all'ordinamento, risultava essenziale per l'attività contenziosa amministrativa della Chiesa garantire che gli amministrati ricevessero la giusta tutela qualora avessero subito le conseguenze di un intervento della pubblica amministrazione ecclesiastica che non si presentasse legittimo.<sup>1</sup> A propiziare siffatto progresso contribuirono diversi fattori, fra i quali andrebbe considerato il consolidamento, verificatosi dopo i primi quindici anni di attività, nel contenzioso amministrativo presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Giovarono pure a tale miglioramento la promulgazione e l'applicazione dei Codici di Diritto canonico, latino e orientale, comprendenti le norme in grado di articolare un intero sistema di diritto amministrativo canonico, nonché l'incorporazione, tramite il disposto dell'art. 123 § 2 della cost. ap. *Pastor bonus* (1988), della possibilità di chiedere e di ottenere, nel contenzioso amministrativo, la riparazione dei danni illegitti-

<sup>1</sup> Sulle differenze tra le due impostazioni, oggettiva e soggettiva, si vedano, ad esempio, le analisi svolte da S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la «Lex propria»*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano 2010, pp. 121-138, nonché P. VALDRINI, *La decisione di governo nella Chiesa. Rationabilitas e iustitia dell'atto amministrativo singolare*, in P. GHERRI (a cura di), *Decidere e giudicare nella Chiesa. Atti della VI Giornata Canonistica Interdisciplinare*, Città del Vaticano 2012, pp. 233-247. Sintetizza bene Ilaria Zuanazzi la finalità dell'attività contenziosa amministrativa della Chiesa, e la sua permanente tensione verso la giustizia, quando conclude che "i rimedi contenziosi possono e devono essere strumenti idonei a promuovere rapporti di comunione nel popolo di Dio, ma sono in grado di rivestire questo ruolo solo e in quanto riescano a garantire una piena ed efficace tutela alle esigenze di giustizia" (I. ZUANAZZI, *Le contentiones ortae ex actu potestatis administrativae: riflessioni critiche tra il "già" e il "non ancora"*, «Apollinaris», in corso di stampa).

mamente causati dall'atto amministrativo illegittimo.<sup>2</sup> Altresì ebbe particolare rilievo, nel passaggio storico menzionato, il ruolo della giurisprudenza della Segnatura Apostolica, come anche quello dei saggi pubblicati da diversi canonisti relativi all'argomento.<sup>3</sup> Quasi certamente l'ambito specifico che ricevette l'influsso più diretto del mutamento richiamato fu l'impugnazione dei decreti di soppressione di parrocchie e/o di destinazione di chiese a usi profani non sordidi, ovvero, una tipologia di provvedimenti che, fino a quel periodo appena figurava fra le cause giunte in Segnatura e che, invece, a partire dalla fine degli anni ottanta, divenne oggetto frequente dell'attività contenziosa amministrativa del Supremo Tribunale della Chiesa.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cf., sul sistema del diritto amministrativo, nel CIC, J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, Roma 2009<sup>2</sup>, pp. 40-42 e 55-56, e nel CCEO, P. MONETA, *I ricorsi amministrativi nel Codice per le Chiese Orientali*, in *Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente*, Bari 1994, pp. 557-570. Sulla rilevanza del miglioramento introdotto tramite l'art. 123 § 2 della cost. ap. *Pastor bonus*, cf. J. MIRAS, *El contencioso-administrativo canónico en la Constitución Apostólica Pastor Bonus*, «*Ius Canonicum*» 60 (1990), pp. 409-422 e P. HAYWARD, *Changes in ecclesiastical administrative justice brought about by the new competence of the «Sectio altera» of the Apostolic Signatura to award damages*, «*Ius Ecclesiae*» 5 (1993), pp. 643-673.

<sup>3</sup> Le due decisioni che, stando ai dati disponibili, segnarono il cambiamento di tendenza furono SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, sentenza definitiva, *Suppressionis parociae*, prot. n. 22036/90 CA, 20 giugno 1992, *coram* Fagiolo, e IDEM, sentenza definitiva, *Suppressionis parociae*, prot. n. 21883/90 CA, 16 gennaio 1993, *coram* Fagiolo (per avere diverse notizie su queste sentenze, si vedano i volumi «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale», del 1992, p. 1117 e del 1993, pp. 1269-1270, nonché T. PAPROCKI, *Parish Closings and Administrative Recourse to the Apostolic See: Recent Experiences of the Archdiocese of Chicago*, «*The Jurist*» 55 (1995), pp. 875-896; I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fideles" per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, pp. 429-442; F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, «*Ius Ecclesiae*» 10 (1998), pp. 111-148, specificamente le pp. 114, 120, 121, 142, 146-147; G. P. MONTINI, *I ricorsi amministrativi presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Una ricognizione a partire dai ricorsi in materia di parrocchie e di edifici sacri*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (ed.), *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*. xxv *Incontro di Studio*. Villa S. Giuseppe - Torino 29 giugno - 3 luglio 1998, Milano 1999, pp. 85-119, specificamente le pp. pp. 89, 108-111, nonché A. GULLO, *La normativa della "Sectio altera" del Supremo tribunale della Segnatura apostolica*, Roma 2000, pp. 57 e 73. Fra i contributi di dottrina canonistica non va omissso il riferimento di E. LABANDEIRA, *La tutela de los derechos subjetivos ante la sección II de la Signatura Apostólica*, in E. CORECCO, N. HERZOG, A. SCOLA (a cura di), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Eglise et dans la société. Actes du I<sup>er</sup> Congrès International de Droit Canonique*, Fribourg (Suisse), (6-11.x.1980), Fribourg-Freiburg i. Br.-Milano, 1981, pp. 571-580, anteriore all'indicato cambiamento d'indirizzo nella giurisprudenza.

<sup>4</sup> La questione della novità e della quantità di queste cause CA non è passata inosservata e, quindi, diversi canonisti che prestavano – e continuano a prestare – il loro servizio presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si sono offerti a trattare la tematica in differenti occasioni, come emerge dai citati (in nota 3) contributi di F. Daneels e G. P. Montini, ma anche da altri interventi come, ad esempio, quello di N. SCHÖCH, *Relegation of Churches to profane use (c. 1222, § 2): reasons and procedure*, «*The Jurist*» 67 (2007), pp. 485-502.

2. GLI EFFETTI DELLA TUTELA GIURIDICA OFFERTA AGLI AMMINISTRATI  
NEI PROVVEDIMENTI DI SOPPRESSIONE DI PARROCCHIE  
E/O DI DESTINAZIONE DI CHIESE A USI PROFANI NON SORDIDI

Trascorsi più di venticinque anni da quando ebbe inizio la trasformazione appena accennata, è possibile constatare la continuità dell'indirizzo nonché la sua manifestazione nei reclami contenziosi amministrativi che hanno per oggetto la rivendicazione di diritti relativi alla condizione di fedeli appartenenti ad una parrocchia, allorché questa subisca un cambiamento drastico come conseguenza di un provvedimento amministrativo.<sup>5</sup> I tre decreti del-

<sup>5</sup> A rischio di sembrare troppo schematico nei dati, ritengo che una considerazione di siffatta attività contenziosa amministrativa (oltre ai resoconti offerti nei contributi di F. Daneels e G. P. Montini citati in nota 3) possa essere utilmente integrata, per gli anni a noi più recenti, in modo che si possa avere un'idea di come la materia continui a essere presente e di come continui a comportare un notevole impegno in Segnatura, dall'informazione ricavabile nei volumi «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale». Ad esempio, per due degli ultimi anni, 2008 e 2009, risulta che nell'anno 2008, pp. 613-619, su un totale di 9 cause contenziose amministrative (CA) giudicate dai Collegi dei Giudici, nessuna è stata *suppressionis paroecliae* o *reductionis ecclesiae ad usum profanum*, tuttavia, delle 36 trattazioni di cause CA nei congressi di quell'anno, ben 12 riguardarono cause *Suppressionis paroecliae*: così, nel congresso del 1° febbraio 2008, fu deliberata una causa: prot. n. 38691/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Ioanne de Arc* (D.nus X – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem. (che all'epoca era Promotore di Giustizia del Supremo Tribunale); nel congresso dell'11 aprile 2008, quattro cause: prot. n. 38097/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Franciscac Cabrini* (D.nae X et Y – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38126/06 CA, *Suppressionis paroecliae B. M. V. de Lourdes* (D.nus X – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38161/06 CA, *Suppressionis paroecliae B. M. V. Stellae Maris* (D.na X et D.nus Y – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38162/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Michaelis* (D.na X et al. – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; nel congresso del 18 aprile 2008, quattro cause: prot. n. 38092/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Iacobi* (D.na X, D.nus Y et al. – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38098/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Ieremiae* (D.na X – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38120/06 CA, *Suppressionis paroecliae S. Anselmi* (D.nus X et al. – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; prot. n. 38159/06 CA, *Suppressionis paroecliae Iesu Infanti et S. Laurentii* (D.nus X – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; nel congresso del 17 maggio 2008, nuovamente la causa: prot. n. 38161/06 CA, *Suppressionis paroecliae B. M. V. Stellae Maris* (D.na X et D.nus Y – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo P. Frans Daneels, O. Praem.; nel congresso del 20 giugno 2008, una causa: prot. n. 40842/06 CA, *Suppressionis paroecliae B. M. V. Vilnensis; demolitionis ecclesiae. Prael.: Suspensionis* (D.nus X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson; nel congresso del 12 settembre 2008, nuovamente la causa: prot. n. 40842/06 CA, *Suppressionis paroecliae B. M. V. Vilnensis; demolitionis ecclesiae* (D.nus X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson. Nel successivo «L'Attività della Santa Sede. Pubblicazione non ufficiale» 2009, pp. 598-605, delle 12 cause CA giudicate dai Collegi dei Giudici, soltanto una (Decreto definitivo del 14 maggio 2009, prot. n. 40842/08 CA, *Suppressionis paroecliae X, demo-*

la Segnatura pubblicati nelle pagine precedenti ne rispecchiano l'attualità e mostrano come, sebbene in nessuno dei casi il ricorso proposto alla Segnatura Apostolica sia riuscito ad ottenere l'esito auspicato dai ricorrenti, l'iter dell'impugnazione, che ha compreso, da prima, a livello locale la *remonstratio* prevista dal can. 1734 CIC e poi, prima di giungere in Segnatura, il ricorso gerarchico (can. 1737 CIC) dinanzi alla Congregazione per il Clero, è servito per produrre altri effetti di tutela giuridica. Precisamente, nella causa 44958/11 CA, *Suppressionis paroeciae*, l'intervento della Congregazione per il Clero, per quanto concerneva la riduzione della chiesa di Santa Maria del Carmine a uso profano, ammettendo il ricorso dei parrocchiani riguardante il difetto della gravità della causa nella decisione, ha offerto ai fedeli la possibilità di avere un provvedimento più ponderato, meglio fondato, dotato di maggior qualità giuridica. Allo stesso modo, nella causa 45184/11 CA, *Selectionis ecclesiae novae paroeciae*, dopo la proposizione del ricorso gerarchico davanti alla Congregazione per il Clero, il Vescovo, autore dell'atto, ha emanato un nuovo decreto nel quale la riduzione della chiesa a uso profano è stata stabilita esternando delle ragioni che precedentemente erano presenti soltanto in modo implicito.<sup>6</sup> Infine, per quanto riguarda la causa 46187/11 CA, *De usu ecclesiae*, la Congregazione per il Clero, relativamente alla ridu-

*litionis ecclesiae, coram Versaldi*) appartiene al settore che ora viene considerato; invece, delle 26 trattazioni di cause CA nei congressi di quell'anno, 8 riguardarono cause *Suppressionis paroeciae*: nel congresso del 22 maggio 2009, tre cause: prot. n. 42296/09 CA, *Suppressionis paroeciae X* (D.na X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. do M. de Oliveira; prot. n. 37280/05 CA, *Suppressionis paroeciae X* (D.ni X, Y, Z et D.na A – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson; prot. n. 39525/07 CA, *Suppressionis paroeciae X* (D.na X – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson; nel congresso del 18 giugno 2009, una causa: prot. n. 41700/08 CA, *Suppressionis paroeciae X; reductionis ecclesiae ad usum profanum* (D.ni X et Y – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson; nel congresso del 22 ottobre 2009, una causa: prot. n. 42125/09 CA, *Suppressionis paroeciae X; reductionis ecclesiae ad usum profanum* (D.na X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. mo Mons. J. Punderson; nel congresso del 13 novembre 2009, una causa: prot. n. 42296/09 CA, *Suppressionis paroeciae X* (D.na X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. do M. de Oliveira; nel congresso del 4 dicembre 2009, una causa: prot. n. 41719/08 CA, *Suppressionis paroeciae X et reductionis ecclesiae ad usum profanum* (D.na X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. do M. Graulich, S. D. B.; nel congresso del 22 dicembre 2009, nuovamente la causa: prot. n. 41719/08 CA, *Suppressionis paroeciae X et reductionis ecclesiae ad usum profanum. Incid.: Suspensionis* (D.na X et alii – Congregatio pro Clericis), relatore: Rev. do M. Graulich, S. D. B.

<sup>6</sup> Uno studio sulla motivazione nei decreti amministrativi singolari è stato condotto da E. MAZZUCHELLI URQUIJO, *La motivación del decreto administrativo singular en el Derecho Canónico*, tesi dottorale presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce, discussa e pubblicata nel 2007. Sui decreti amministrativi singolari, in rapporto con i diritti dei fedeli, cf. A. INTERGUGLIEMI, *I decreti singolari nell'esercizio della potestà amministrativa della Chiesa particolare. Studio giuridico-pratico sulla potestà amministrativa del Vescovo diocesano con schemi di decreto*, Città del Vaticano 2012, pp. 243-332.

zione della chiesa a uso profano, ha ammesso il ricorso dei parrocchiani e ha annullato la riduzione della chiesa per il difetto della causa grave nella decisione.<sup>7</sup> È vero che, nello stadio successivo, in tutti i tre casi, il Segretario della Segnatura Apostolica, sentito il Promotore di giustizia, con decreto ha rigettato fin dall'inizio il ricorso perché indubbiamente ed evidentemente mancava di qualche presupposto (cf. art. 76 § 1 della *Legge propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*), ma ciò è accaduto dopo il raggiungimento di varie finalità di tutela, nella fase svolta davanti all'autorità locale, e poi, dinanzi alla Congregazione per il Clero, allorché l'impugnazione ha comportato delle disposizioni più eque rispetto alle decisioni inizialmente contestate.<sup>8</sup>

### 3. ALTRI EFFETTI DELLA TUTELA GIURIDICA OFFERTA AGLI AMMINISTRATI

Nei tre casi, la volontà dei parrocchiani di ricorrere dinanzi alla Segnatura Apostolica non è stata accompagnata dall'attitudine a proporre un ricorso con i presupposti e con il fondamento giuridico sufficiente per esercitare il diritto alla tutela processuale presso il Tribunale della Segnatura Apostolica, ma la loro determinazione è valsa come strumento per partecipare attivamente al buon governo diocesano attraverso il ricorso gerarchico, mostrando, per altro, l'ecclesialità dei ricorsi e dei processi.<sup>9</sup> A questo proposito, e

<sup>7</sup> Risulta interessante constatare che nel sistema amministrativo canonico il ricorso gerarchico realizza risultati certi di tutela giuridica e non è assolutamente un mero passaggio formale da svolgersi prima del contenzioso amministrativo (come non di rado succede in altri sistemi giuridici): cf. J. R. PUNDERSON, *Hierarchical Recourse to the Holy See: Theory and Practice*, «CLSA Proceedings» 62 (2000), pp. 19-47; K. MARTENS, *Protection of Rights: Experiences with Hierarchical Recourse and Possibilities for the Future*, «The Jurist» 69 (2009), pp. 646-707; J. CANOSA, *El recurso jerárquico ante los dicasterios de la Curia romana. Indicaciones sobre su procedimiento (1983-2008)*, in J. MARTÍNEZ-TORRÓN, S. MESEGUER VELASCO, R. PALOMINO LOZANO (eds.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls, Volumen II. Derecho Matrimonial. Derecho Canónico. Otras especialidades jurídicas*, Madrid 2013, pp. 2859-2883.

<sup>8</sup> In accordo con la finalità del diritto amministrativo canonico, come è stato espresso dalla dottrina in tanti interventi, fra i quali citerei P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, «Fidelium Iura» 3 (1993), pp. 281-306; J. MIRAS, *El derecho al buen gobierno en la Iglesia: una glosa a la doctrina constitucional de Javier Hervada desde el Derecho Administrativo*, in *Estudios de Derecho Canónico en honor del profesor Javier Hervada*, Pamplona 1999, pp. 367-377; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli 2007; F. PÉREZ-MADRID, *El acto administrativo canónico. Los principios de certeza y de defensa de los administrados*, «Il Diritto Ecclesiastico» 122 (2011), pp. 529-549; J. MIRAS, *Derecho administrativo*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (a cura di), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. III, Cizur Menor 2012, pp. 70-73.

<sup>9</sup> Sul significato ecclesiale dei processi giudiziari nel diritto canonico, cf. J. LLOBELL, *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in PONTIFICIA UNIVERSITÀ

per indicare un risultato concreto, si pensi che nel frequente abbinamento fra i provvedimenti di soppressione di parrocchie e di riduzione a uso profano di chiese, laddove sono questi ultimi provvedimenti quelli che possono modificare in modo più tangibile la sfera giuridica degli amministrati, fedeli della parrocchia, la impugnazione ha contribuito a distinguere adeguatamente i due tipi di atti amministrativi, evitando la confusione fra di essi che renderebbe meno semplice la tutela dei diritti e più alto invece il rischio di infondere nella comunità qualche sospetto di arbitrarietà nell'amministrazione ecclesiastica.<sup>10</sup>

Comunque, nel contenzioso amministrativo, l'aspettativa dei ricorrenti delle tre cause ora ricordate, probabilmente, includeva la fiducia di vedere il proprio reclamo ammesso e, dopo il giudizio, accolto in una sentenza affermativa.<sup>11</sup> Invece la loro aspettativa è stata disattesa dai decreti di rigetto del Se-

DELLA SANTA CROCE, *Inaugurazione anno accademico 2004-05*, Roma, 2004, pp. 103-123, e in J. J. CONN e L. SABBARESE (a cura di), «*Iustitia in caritate*». *Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano 2005, pp. 507-522.

<sup>10</sup> "(...) ita ut quaelibet arbitrariorum suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat": si tratta di una delle frasi facenti parte del settimo principio della riforma del CIC, più volte richiamata dai canonisti quando riflettono sul diritto amministrativo canonico e la sua finalità. La causa che fonda i provvedimenti di soppressione delle parrocchie che adesso ci occupano è il bene comune della diocesi, vale a dire, la cura pastorale adeguata di tutti i fedeli attuale e futura. Sul bene comune va ricordato che: "bisogna poi tenere in grande considerazione il bene comune. Amare qualcuno è volere il suo bene e adoperarsi efficacemente per esso. Accanto al bene individuale, c'è un bene legato al vivere sociale delle persone: il bene comune. È il bene di quel "noi-tutti", formato da individui, famiglie e gruppi intermedi che si uniscono in comunità sociale. Non è un bene ricercato per se stesso, ma per le persone che fanno parte della comunità sociale e che solo in essa possono realmente e più efficacemente conseguire il loro bene. Volere il bene comune e adoperarsi per esso è esigenza di giustizia e di carità." (BENEDETTO XVI, Lett. Enc. *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, n. 7). Inoltre, "è noto che, per principio, il bene comune comprende il bene degli individui. Il bene comune sociale non presuppone che si debba necessariamente perseguire il bene di ogni singolo membro, poiché taluni beni particolari sono incompatibili con il bene generale; in tal caso, se i beni sono della stessa specie, l'interesse particolare deve cedere, in tutto o in parte, alle esigenze della comunità. L'Amministrazione vigila sull'interesse generale, che pure non è incompatibile con la cura degli interessi individuali, assai rilevanti nella realtà ecclesiale." (E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 187). La soppressione di parrocchie rimane, quindi, un atto amministrativo del Vescovo, sentito il Consiglio presbiterale, in considerazione del bene pastorale dei fedeli a lui affidati.

<sup>11</sup> Come si riscontra nella sentenza definitiva, prot. n. 41719/08 CA, *Suppressionis parociae B et reductionis ecclesiae in usum profanum*, 21 maggio 2011, coram Caffarra, originale in lingua latina e traduzione in lingua italiana, «*Apollinaris*» 85 (2012), pp. 414-426, con una parte del dispositivo che accoglie il ricorso. Altre decisioni CA sulla materia recentemente pubblicate, che però non hanno accolto il ricorso, sono la sentenza definitiva, prot. n. 42278/09 CA, *Reductionis ecclesiae in usum profanum*, 21 maggio 2011, coram Burke, originale in lingua latina e traduzione in lingua italiana, «*Apollinaris*» 85 (2012), pp. 427-435; il decreto, prot. n. 44426/10 CA, *Reductionis ecclesiae in usum profanum*, 8 novembre 2011, originale in lingua

gretario della Segnatura Apostolica e, in uno dei casi, dal successivo decreto di rigetto del Prefetto emanato in Congresso. Qualcuno si potrebbe chiedere se questi rigetti esprimano la necessaria tutela giuridica o meno, atteso che detti interventi potrebbero mostrarsi in apparente contrasto con la apertura e l'accettazione, almeno parziale, trovata in sede di ricorso gerarchico, presso la Congregazione; appunto, i rigetti preliminari potrebbero essere percepiti, ad esempio, dai ricorrenti insoddisfatti, come limitazioni dei loro diritti processuali e, quindi, della tutela giuridica. Infatti la questione, posta dalla novità legislativa introdotta dall'art. 76 della *Legge propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* (LPSA),<sup>12</sup> relativo al rigetto preliminare del Segretario del Supremo Tribunale nei confronti dei ricorsi contenziosi amministrativi sprovvisi, in modo evidente, di qualche presupposto, è stata oggetto di studio e di attenzione da parte di esperti in materia e dalla stessa Plenaria del di-

latina e traduzione in lingua italiana, «Apollinaris» 85 (2012), pp. 436-439; il decreto, prot. n. 46628/12, *Reductionis ecclesiae in usum profanum. Incid: Suspensionis, Decretum*, 25 maggio 2012, originale in lingua latina e traduzione in lingua italiana, «Apollinaris» 85 (2012), pp. 440-443; il decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, prot. n. 45816/11 CA, *Suppressionis paroeciae*, 27 marzo 2012, originale in lingua latina e traduzione in lingua spagnola, «Ius Canonicum» 53 (2013), pp. 263-272; il decreto del Prefetto (Burke) in Congresso, prot. n. 45243/11 CA, *Suppressionis paroeciae*, 21 dicembre 2011, originale in lingua latina e traduzione in lingua spagnola, «Ius Canonicum» 53 (2013), pp. 273-278. Si vedano i commenti di C. BEGUS, *Adnotationes in Decreta*, «Apollinaris» 85 (2012), pp. 445-462 e di G. NÚÑEZ, *Notas a propósito de dos decretos recientes de la Signatura Apostólica. Supresión de parroquias y reducción de una iglesia a un uso profano no indecoroso*, «Ius Canonicum» 53 (2013), pp. 279-309. In futuro sarà disponibile la descrizione completa delle decisioni di contenzioso amministrativo della Segnatura Apostolica pubblicate, come è già accessibile quest'informazione relativa alle decisioni del Supremo Tribunale in ambito giudiziale e nell'ambito della retta amministrazione della giustizia: *Decisionum quae a Supremo Signaturae Apostolicae Tribunali in ambitu iudiciali ab anno 1968 ad annum 2012 latae atque publici iuris facti sunt* [[http://www.vatican.va/roman\\_curia/tribunals/apost\\_signat/documents/CONSPECTUS\\_DECISIONUM\\_I.pdf](http://www.vatican.va/roman_curia/tribunals/apost_signat/documents/CONSPECTUS_DECISIONUM_I.pdf)] e *Conspectus Decisionum quae a Supremo Signaturae Apostolicae Tribunali in ambitu rectae administrationi iustitiae ab anno 1968 ad annum 2011 latae atque publici iuris facti sunt* [[http://www.vatican.va/roman\\_curia/tribunals/apost\\_signat/documents/CONSPECTUS\\_DECISIONUM\\_III.pdf](http://www.vatican.va/roman_curia/tribunals/apost_signat/documents/CONSPECTUS_DECISIONUM_III.pdf)]

<sup>12</sup> Art. 76. § 1 LPSA: "Il Segretario, sentito il Promotore di giustizia, con decreto rigetta fin dall'inizio il ricorso che indubbiamente ed evidentemente manchi di qualche presupposto, come quando: 1° non si tratti di questione di competenza del tribunale amministrativo; 2° il ricorrente non abbia la legittimazione per stare in giudizio; 3° non esista la legge che si dice violata; 4° siano decorsi i termini per proporre il ricorso. § 2. Di questo decreto il Segretario informa il Promotore di giustizia e, se del caso, l'Autorità competente. § 3. Nello stesso decreto, il ricorrente viene informato della facoltà di ricorrere al Congresso entro il termine perentorio di dieci giorni, da quando ha ricevuto il decreto. § 4. Avverso il decreto con cui il Congresso conferma il rigetto fin dall'inizio non c'è alcun rimedio del diritto" (mi sono permesso di riprendere la traduzione all'italiano di questo articolo della *Legge propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* che si trova in M. DEL POZZO, J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES [a cura di], *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma 2013).

castero.<sup>13</sup> Nei tre casi ora esaminati emergono come motivi per non ricevere i reclami tipologie diverse di assenza di presupposti necessari: tanto il ricorrere avverso un provvedimento emanato da un'autorità diversa da un dicastero, oppure, l'impugnazione di questioni attinenti all'opportunità ma non alla legittimità, o, infine, la mancata identificazione della violazione di legge, costituiscono evidenti mancanze di fondamento giuridico per il ricorso contenzioso amministrativo e, quindi, difetti di presupposto per questo processo canonico.<sup>14</sup> – In tali circostanze, il rigetto compie una funzione di economia processuale, resa ancora più necessaria nella Segnatura Apostolica, tribunale amministrativo della Chiesa e, allo stesso tempo, Supremo Tribunale e dicastero con diverse altre mansioni. Quindi, il fermare in tempo i ricorsi che contengono difetti insanabili e che, di conseguenza, non hanno possibilità di ottenere il risultato auspicato dalla parte ricorrente, offre non pochi effetti di tutela giuridica, fra i quali, oltre che dare una certezza (negativa) ai ricorrenti, serve a consolidare situazioni pendenti *in loco*, consentendo il procedere con serenità della vita ecclesiale corrente, ma anche a consentire alla Segnatura di ricevere nuove istanze di altri ricorrenti e poterle risolvere più agevolmente. Non va sottovalutata l'importanza pratica di quest'ultimo effetto di garanzia giuridica, per la Chiesa universale e per le Chiese particolari.

★

La pubblicazione delle decisioni, fra le quali i rigetti preliminari, compie un effetto fondamentale di tutela giuridica,<sup>15</sup> ma ha anche una finalità preven-

<sup>13</sup> Cf. A. VALLINI, *Dalle Normae speciales alla Lex propria: itinerario di una riforma*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano 2010, p. 68; C. GULLO, *Il "giusto processo" amministrativo ed il rigetto "e limine" del ricorso alla c. d. "Sectio Altera" del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (artt. 73-84 NSSTSA)*, in J. PUDUMAI DOSS, M. GRAULICH (a cura di), *"Iustitiam et iudicium facere": Scritti in onore del Prof. Don Sabino Arditò SDB*, Roma 2011, pp. 199-204 e Z. GROCHOLEWSKI, *Alcune questioni sul rigetto "in limine" nella "Lex propria" del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, «Ius Ecclesiae» 23 (2011), pp. 723-732.

<sup>14</sup> "Resta fermo, dunque, che il tribunale amministrativo della Segnatura Apostolica non è competente per entrare nel merito amministrativo dell'atto impugnato. Non interviene, cioè, allo stesso modo del superiore gerarchico che risolve un ricorso. Non governa ma giudica, e non può per tanto adoperare i criteri o entrare nelle valutazioni che sono caratteristici dell'attività immediata di governo e della discrezionalità amministrativa. Si tratta di un'istanza veramente e propriamente giurisdizionale, e questo determina i motivi ammissibili per il ricorso — motivi di legittimità — ed il ruolo del giudice, che non può prendere decisioni di governo sulla situazione sostantiva soggiacente all'atto impugnato" (J. MIRAS, *L'oggetto del ricorso contenzioso amministrativo*, in E. BAURA, J. CANOSA [a cura di], *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006, p. 304).

<sup>15</sup> "Allo scopo di garantire l'imparzialità nell'amministrazione di giustizia, e affinché la giurisprudenza compia il suo ruolo di fonte suppletiva e di arricchimento dottrinale, essa deve essere pubblicata in maniera autentica e completa. Queste due caratteristiche — autenticità e completezza — della pubblicazione sono richieste dalla stessa natura della giurisprudenza, essendo questa non una dottrina di autori privati, ma quella che si usa per la risoluzione dei

tiva, non solo perché insegnerà ai futuri ricorrenti (e soprattutto, ai loro patroni) a impostare adeguatamente i ricorsi, ma perché, come riflesso, impegnerà i pastori in un affinamento nell'attività amministrativa di governo, con l'effetto di una maggiore tutela giuridica degli amministrati.<sup>16</sup> La pubblicazione delle decisioni di contenzioso amministrativo della Segnatura Apostolica, col trascorrere del tempo, interesserà, come qualcosa di normale e pacifico, tutte le decisioni,<sup>17</sup> giungendosi alla situazione – auspicabile in tempi non lontani – nella quale il Congresso di cui all'art. 11 § 4 della LPSA, decidente le decisioni della Segnatura che devono pubblicarsi,<sup>18</sup> autorizzerà la divulgazione di tutte quante. Si adopererà pure affinché talune decisioni che, per il contenuto o per altre circostanze lo richiedano, siano anche pubblicate e, a questo scopo, vengano adottate per esse specifiche misure di riserbo e di prudenza (rinvenibili nella prassi di governo della Chiesa) oltre a quelle – come è l'omissione dei nomi di persone fisiche e di entità, l'uso della lingua originale latina, la pubblicazione in riviste scientifiche o in raccolte adeguatamente curate<sup>19</sup> – che vengono osservate attualmente.

JAVIER CANOSA

casi giudiziari” (E. BAURA, *Parte generale del Diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma 2013, p. 220). Più avanti, l'autore aggiunge: “naturalmente, la desiderata pubblicazione completa della giurisprudenza non può mai andare a scapito della fama delle persone interessate. È giusto, quindi, che si conceda la facoltà di elidere alcuni dati o passi di una sentenza, o addirittura di non pubblicare eccezionalmente una decisione, allo scopo di evitare di ledere questo diritto delle persone” (p. 221).

<sup>16</sup> Si vedano le riflessioni presenti nel paragrafo intitolato “Gli effetti dell'attività giudiziaria ecclesiastica sulla configurazione dei rapporti giuridico-canonici”, in C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa. 1. Introduzione, I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano, 2009, pp. 172-174, da dove è tratta la citazione seguente: “Il contenzioso amministrativo, i processi cioè in cui s'impugnano gli atti della potestà esecutiva ecclesiastica, potrebbero in futuro svilupparsi di più in un clima ecclesiale in cui si superi la dicotomia tra le esigenze della comunione e i diritti dei fedeli e degli altri soggetti, che porta spesso a considerare questi processi come se costituissero necessariamente l'espressione di un rifiuto dell'autorità ecclesiastica. Tutto ciò servirebbe alla tutela effettiva della giustizia e del diritto nella Chiesa, e certamente gioverebbe anche alla stessa scienza canonica, in quanto l'aiuterebbe a non smarrire il suo essenziale riferimento alla pratica giuridica” (p. 174).

<sup>17</sup> “Ora che la legge propria è stata promulgata, la Segnatura Apostolica spera di riuscire a garantire una pubblicazione regolare della propria giurisprudenza, anche se l'avverarsi di tale speranza richiederà del tempo e dipenderà dalla possibilità di contare su personale dedito a tale pubblicazione” (R. L. BURKE, *Presentazione a BENEDETTO XVI, Motu Proprio «Antiqua ordinatione»: Legge propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in M. DEL POZZO, J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES [a cura di], *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma 2013, p. 34).

<sup>18</sup> Art. 11 § 4 LPSA: “Egli [il Capo della Cancelleria] si occupa della raccolta di tutte le decisioni, delle quali alcune, scelte ogni anno nel Congresso dal Prefetto, vengono pubblicate per iniziativa del Supremo Tribunale”.

<sup>19</sup> Costituisce un esempio in questa linea il lavoro di W. DANIEL (a cura di), *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. Official Latin with English Translation*, Montréal 2011.

## NOTE E COMMENTI

---

### LA FUNZIONE CONSULTIVA DEL GIURISTA NELLA CHIESA\*

EDUARDO BAURA

COME tutti i professionisti, anche il giurista nell'esercizio del suo mestiere entra in rapporto con persone di altri ambiti. Nel caso del giurista, inoltre, è da rilevare come sia il suo stesso lavoro a relazionarsi con altre attività professionali. Spesso questo rapporto si instaura perché al giurista viene chiesto il suo consiglio su come agire correttamente sul piano giuridico in una determinata situazione. Non a caso un modo di denominare i giuristi a Roma era proprio con il nome di *iuris-consulti*. L'oggetto del presente studio è proprio quello di cercare di delimitare in che cosa consista la funzione consultiva del giurista nella Chiesa.

Se per ogni discussione scientifica è preliminare la definizione dei termini della questione, per cogliere correttamente il ruolo della funzione consultiva del giurista e delimitare il suo contenuto occorrerà anzitutto determinare in che cosa consista l'attività di consigliare e quale sia esattamente la conoscenza di un giurista, temi questi, come si vedrà, per niente banali, anzi, al contrario, la loro chiarificazione condiziona molte conseguenze pratiche.

#### 1. IL CONSIGLIO GIURIDICO E LA PRUDENZA

Consigliare, dare un parere, è un'attività che fa riferimento alla condotta di un altro. L'etimologia della parola *consilium* è incerta (probabilmente significhi l'azione di sedere insieme, allo scopo di deliberare), ma è sicuramente composta dalla preposizione *cum*, il che indica che colui che dà un consiglio si colloca assieme ad un altro, precisamente per concorrere con lui alla presa di una sua decisione.<sup>1</sup> In un senso più ampio, consigliarsi, prendere consi-

\* Si riproduce il testo della Lezione tenutasi nella Pontificia Università della Santa Croce in occasione dell'atto di inaugurazione dell'anno accademico 2013-14, con alcuni adattamenti per la pubblicazione su questa Rivista.

<sup>1</sup> Si è ipotizzato che *consulere* proverrebbe da *cum-salire* (saltare insieme) o *cum-silire* (fare insieme silenzio), ma i moderni filologi ritengono che provenga più probabilmente da *cum-sedere* (sedere insieme), come vorrebbe il significato di consesso, cioè riunione per delibera-

glio, indica ricavare informazioni, soppesandole, in ordine ad una deliberazione.

In questo senso, san Tommaso indica il *consilium* come uno degli atti della virtù della prudenza. Essendo questa virtù la *recta ratio agibilium*,<sup>2</sup> è chiaro che uno dei suoi atti dovrà essere proprio quello di deliberare sull'agibile.<sup>3</sup> Il *consilium* consisterebbe in un'"invenzione", ovvero informazione, frutto della dovuta indagine,<sup>4</sup> relativa alle cose da compiere per raggiungere il fine.<sup>5</sup> Tale attività costituisce la prudenza *secundum quod est cognoscitiva*: prescindere da essa sarebbe cadere nella *praecipitatio*.<sup>6</sup> Consigliare equivarrebbe a fornire i dati necessari per agire correttamente. Ne consegue che l'uomo prudente sarebbe colui capace di consigliarsi correttamente, cioè di indagare i mezzi possibili ed adeguati per raggiungere il fine, oppure di chiedere consiglio a colui che glielo può utilmente dare, vale a dire a chi è in grado di fornire l'informazione precisa per prendere correttamente una decisione. Fa parte, quindi, della prudenza la scelta accurata della persona a cui si chiede il consiglio, come anche il giudizio circa il parere ricevuto.

L'uomo prudente chiede, quindi, consiglio a chi, per la sua autorità nel campo di cui si tratta, è in grado di fornire utili informazioni allo scopo di ordinare il proprio agire. È manifestazione di imprudenza quella di idealizzare le persone costituite in autorità o aventi una meritata fama in un determinato settore, estendendo inconsideratamente a tutti i campi dell'attività umana tale autorità, confondendo quindi i campi di competenza e lasciandosi condizionare dal parere di una persona che, per quanto autorevole in certe materie, è in realtà incompetente in quella relativa all'azione che si intende compiere.<sup>7</sup>

Fra le categorie di persone a cui si ricorre spesso per chiedere un consiglio si trova senza dubbio quella dei giuristi. Nell'antica Roma erano gli esperti in diritto a dare i cosiddetti *responsa prudentium*. Nell'epoca arcaica si riconosceva la capacità di dare tali risposte ai pontefici, in quanto l'azione di *respondere* era attribuita agli interpreti degli dei, degli auspici, che davano, in cambio dell'offerta elargitagli, una promessa (l'etimologia del verbo "*re-spondeo*" fa riferimento appunto all'impegno assunto da colui che proferisce la risposta); il giurista, con il suo *responsum*, garantirebbe la veracità del parere emes-

re. Cfr. O. PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, in [www.etimo.it](http://www.etimo.it) (ultima consulta il 10 giugno 2013).

<sup>2</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae* (in seguito S. Th.), II-II, q.47, a.2. Cfr. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140 a 24-1140 b 6.

<sup>3</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 52, a.1.

<sup>4</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a.8.

<sup>5</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a.2.

<sup>6</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 53, a. 3. Cfr. anche J. PIEPER, *Sulla prudenza*, Brescia 1965, pp. 9-28.

<sup>7</sup> Sarebbe un tipico atteggiamento adolescenziale che tende ad imitare in tutto il personaggio ammirato per una qualità. Può altresì essere l'imprudenza tipica di un atteggiamento clericale da parte di chi si lasciasse impressionare dall'autorità ecclesiastica al punto di chiedere e seguire il suo consiglio anche in affari temporali.

so.<sup>8</sup> A partire dal secolo III a. C. vengono interrogati i giuristi “laici”. Con Augusto si inaugura lo *ius publice respondendi*; i *responsa* hanno un valore pubblico perché al giurista gli viene riconosciuta la sua conoscenza del diritto. Viene meno il valore dei pareri degli *iuris-consulti* a partire dal secolo IV, con l’affermarsi del volontarismo legislativo tipico della società imperiale, in cui vige il principio «quod principi placuit, legis habet vigorem».<sup>9</sup> D’allora in poi la capacità cogente dei pareri dei giuristi è fatta dipendere dal fatto che il giurista ricopra o meno una carica con potestà pubblica. Rimane comunque la necessità di rivolgersi al giurista qualora chi deve decidere non sia esperto in diritto. Così, per esempio, nel processo medievale il giudice non esperto in diritto (*iudex idiota*) aveva l’obbligo di sentire il *consilium sapientis iudiciale*.<sup>10</sup>

Il ruolo degli *iuris-prudentes* non consisteva soltanto nel *respondere* ai dubbi sottopostigli, ma anche dovevano *agere* e *cavere*.<sup>11</sup> *Agere* significa intraprendere le dovute azioni nel foro giudiziario per difendere un diritto, mentre l’azione di *cavere* si riferisce alla consulenza al momento di realizzare un certo negozio giuridico.

In definitiva, sia in maniera privata sia in campo pubblico, il giurista è sovente chiamato a dare il suo parere, a mettere a frutto la sua perizia professionale, fornendo gli opportuni dati giuridici. L’uomo prudente che ha bisogno di un’informazione giuridica per prendere una decisione, prima di deliberare, chiederà consiglio al giurista, ma: che cosa ci si può aspettare dalla sua arte? In che cosa consiste esattamente la perizia del giurista? Come sapere se una questione sia giuridica o meno? Che cosa significa, insomma, l’aggettivo “giuridico”? È chiaro che la decisione di chiedere o meno un consiglio giuridico dipenderà da quale concezione si abbia dell’arte giuridica, il che a sua volta sarà determinato dalla nozione di diritto dalla quale ci si muova.

L’esperienza mostra come non sia affatto infrequente l’incomprensione nei dialoghi con i giuristi, innanzitutto per la delimitazione delle questioni spettanti al giurista.<sup>12</sup> Si rende quindi necessario definire bene quale sia l’arte giuridica e pertanto quale sia la competenza professionale che ci si debba attendere dal giurista.

<sup>8</sup> Cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Potere, diritto, religione*, vol. II, Torino 2001, pp. 446-447.

<sup>9</sup> Dig. 1.4.1.

<sup>10</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggi sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, p. 131.

<sup>11</sup> Cfr. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli 1990<sup>8</sup>, pp. 310-312.

<sup>12</sup> Con fine ironia Javier Otaduy, dopo la promulgazione del Codice del 1983 descriveva in un articolo su una rivista di divulgazione la situazione in cui si trova spesso il canonista quando qualcuno gli chiede quale sia la sua professione: «Confesamos que a veces nos echamos a temblar. Porque no es extraño que después de esa pregunta venga otra relativa a una minucia legal que resulta a veces –no siempre, es cierto– tremendamente peregrina. También esto parece significativo porque, en el fondo, denota una cierta dependencia de aquel concepto de Derecho hueco y arbitrario del que antes hablábamos». J. OTADUY, *La ley y el espíritu. Lo invisible de una Iglesia visible*, «Imágenes de la fe», agosto 1991, n. 212, p. 7.

## 2. IL MESTIERE DEL GIURISTA

È palese la tendenza esistente a rivolgersi al giurista come il conoscitore della legge. Il giurista sarebbe il tecnico della legge, l'intenditore del suo linguaggio spesso criptico per i profani, colui che è capace di individuare la disposizione legale pertinente ed applicarla al caso concreto. Orbene, se il giurista, come vorrebbe lo stesso significato della parola, è l'esperto in *ius*, in diritto, è chiaro che considerare la legge come l'oggetto della sua conoscenza professionale comporta identificare il diritto con la legge. Si tratta della concezione legalista del diritto, la quale si è vista rafforzata e diffusa dal positivismo giuridico, predominante nella cultura dei due ultimi secoli, che identifica il diritto con quanto stabilito positivamente dal legislatore. Muovendo da questa concezione, si rende necessario risolvere tutti i problemi giuridici per mezzo di leggi, il che porta inevitabilmente all'elefantiasi legislativa presente attualmente nella società civile, ignara del monito proferito tanti secoli fa dal giurista romano: «... et corruptissima re publica plurimae leges»,<sup>13</sup> in modo tale che per districarsi nel difficile labirinto della matassa legislativa occorre una specifica competenza professionale, la quale viene rintracciata in quella del giurista. Costui non sarebbe altro che un servitore acritico della norma emanata dal potere costituito. Se stanno così le cose, non è strana la tentazione di voler usare l'abilità del cosiddetto giurista per far dire alla legge ciò che risulta a vantaggio di colui che ricorre al suo aiuto; la letteratura universale presenta degli esempi assai esemplificativi in questo senso.<sup>14</sup>

Il primo effetto negativo del positivismo legalista è sicuramente il rischio dell'ingiustizia derivante da una legge irrazionale. Certamente, sul piano teorico il positivismo si supera facilmente a partire da una concezione cristiana del mondo, che non può non riconoscere l'esistenza di una legge eterna divina. Nondimeno, è facilmente riscontrabile nella canonistica dell'ultimo secolo una sorta di "positivismo sacro" sulla base del lodevole desiderio di rafforzare l'autorità del legislatore ecclesiastico. In ogni caso, anche quando si rifiuta nettamente la visione positivista del diritto, può rimanere sul piano pratico una mentalità legalista, talvolta inconsapevole, con non poche implicazioni indesiderate, tra cui l'identificazione dell'arte giuridica con la conoscenza delle leggi.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> TACITO, *Annales*, Lib. III, 27.

<sup>14</sup> Basterebbe pensare alla nota figura del dottor Azzecagarbugli o alla fiaba raccolta da Shakespeare nel *Mercante di Venezia*.

<sup>15</sup> Un'altra conseguenza negativa della mentalità legalista è la percezione distorta della realtà regolata dalla legge, in quanto si tende a prendere le definizioni legali come nozioni complete delle cose in sé, dimenticando che i concetti legali colgono soltanto un aspetto della realtà, quello che serve per l'ordinazione legale, e senza accorgersi delle finzioni lega-

Naturalmente non è questa la sede per affrontare la questione dell'essenza del diritto. Basti qui ricordare come per i romani il sapere giuridico non avesse primariamente come oggetto la conoscenza tecnica delle leggi positive, bensì esso veniva definito come l'«ars boni et aequi»,<sup>16</sup> come la «iusti atque iniusti scientia». <sup>17</sup> Infatti, l'arte giuridica fa riferimento allo *ius*, parola dalla quale deriva l'aggettivo “giuridico”, allo stesso modo che i termini “giusto”, “giurista”, “giustizia”. Lo *ius* denomina ciò che appartiene ad una persona umana, il *suum* di ognuno, che per il fatto di esserlo gli altri devono rispettare. Una considerazione attenta della realtà porta a rilevare, infatti, come la persona umana sia un essere capace di avere ambiti solo suoi che gli altri devono riconoscere. Il dovere morale di dare a ciascuno il *suum ius*, è il dovere giuridico. La virtù di dare a ciascuno il suo diritto è la giustizia, come ricorda la celebre definizione del giurista romano Ulpiano, assunta dalla tradizione cristiana.<sup>18</sup> Presupposta l'idea della giustizia come la virtù di dare a ciascuno ciò che è suo, il diritto si presenta, appunto, come l'oggetto di questa virtù. Perciò san Tommaso dirà che il diritto è la *ipsa res iusta*.<sup>19</sup> La giuridicità sarà, dunque, un aspetto formale della realtà (la cosa stessa, ma solo in quanto appartenente ad una persona e per ciò stesso dovuta); la qualifica giuridica di qualcosa sarà fatta dalla prospettiva formale della giustizia, in quanto è presente in un rapporto interpersonale e, pertanto, non esaurisce la realtà né fa direttamente riferimento alla sua sostanza, ma non è una mera formalità indipendente dalla realtà delle cose, bensì, al contrario, è una sua dimensione reale.

L'arte giuridica, come ogni arte, è un “saper fare”, per l'appunto saper identificare lo *ius*, cioè lo *ius dicere*. Non basta, però, indicare approssimativamente i diritti; la *iuris-dictio* consiste proprio nel delimitare i contorni precisi di ogni diritto *hic et nunc*. Per delineare il diritto e i suoi profili occorre dapprima identificare il suo titolo, ovvero ciò che attribuisce la *ipsa res iusta* ad un determinato soggetto. Il titolo può essere la stessa natura umana, la dignità della persona; è il caso dei diritti umani naturali. Nella Chiesa, esi-

li e delle analogie effettuate dalla legge per un principio di economia legislativa. È, infatti, caratteristico del positivismo, derivato dal nominalismo, tanto il pensare che le cose “sono” ciò che è stabilito dalla legge, quanto considerare che le disposizioni legali, comprese le definizioni, possono essere indipendenti da ciò che le cose sono. Nella Chiesa non è infrequente scorgere questa mentalità di fondo in chi pretende di capire l'essenza di un ente ecclesiastico a partire dalla sua definizione e regolamentazione legale. Sulla formalità dei concetti legali, cfr. J. HERVADA – P. LOMBARDÍA, *Prolegómenos. I: Introducción al Derecho Canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 2002, vol. 1, pp. 78-89.

<sup>16</sup> Dig. 1.1.1.

<sup>17</sup> Dig. 1.1.10.

<sup>18</sup> «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (Dig. 1.1.10).

<sup>19</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1.

stono inoltre alcuni diritti, i cosiddetti diritti fondamentali dei fedeli, il cui titolo si riallaccia alla dignità battesimale. Altri titoli possono essere costituiti dallo stesso uomo mediante la sua libera attività (attraverso atti contrattuali, atti unilaterali di governo e no, e tanti altri). In questo contesto è da rilevare come la legge, nello stabilire un ordine volto a raggiungere il bene della comunità, da parte di colui che ha il compito di svolgere questa funzione, distribuisca competenze, comandi attività per l'ottenimento del bene comune, insomma stabilisca diritti. Ne segue che la legge è un titolo di diritti, un titolo di speciale rilevanza in quanto lo è per tutta la comunità in maniera astratta, cioè senza esaurirsi in una unica fattispecie o rapporto giuridico.<sup>20</sup>

Muovendo da questa ultima considerazione, cioè dal fatto che molti dei diritti hanno un titolo legale, non deve destare meraviglia la tendenza a riferire l'arte del giurista alla conoscenza delle leggi, in quanto per delimitare i diritti si deve spesso ricorrere preliminarmente alla legge su cui si basano. D'altronde l'identificazione dello studio del diritto con la conoscenza della legge è anteriore al positivismo giuridico.

Fermo restando ciò, deve essere chiarito, tuttavia, che l'immedesimazione del diritto con il suo titolo è pur sempre una traslazione indebita, e che la restrizione dei titoli giuridici a solo quello legale costituirebbe un riduzionismo riconducibile alla concezione legalista del diritto prima rifiutata. Inoltre, è da notare che l'approccio del giurista alla legge sarà sempre funzionale all'oggetto del suo mestiere, cioè allo *ius-dicere*. Ne segue che il giurista non cercherà la conoscenza della legge come fine a sé stessa, ma come mezzo per identificare ciò che è giusto.<sup>21</sup> Ciò lo porterà tra l'altro ad un'interpretazione "giuridica" della legge, ove lo scopo non sarà semplicemente quello di capire il testo letterale o la volontà del legislatore, bensì quello di cogliere il giusto legale, per cui sarà imprescindibile la conoscenza profonda della stessa realtà ordinata dalla legge, la quale diventerà il criterio ermeneutico definitivo.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> San Tommaso, in un suo celebre passo, riassume così la relazione della legge con il diritto: «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*» (S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.). La *ratio* è l'idea che l'artefice ha della sua opera; la legge è la *ratio* dello *ius* o dello *iustum*, cioè dell'operare giusto, indica il cammino di ciò che è giusto, diritto.

<sup>21</sup> Peraltro non va dimenticato il monito del giurista romano classico: «*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*» (Dig. 1.3.17 [Celso]).

<sup>22</sup> Benedetto XVI, nel discorso alla Rota romana del 2012, faceva notare 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 compresa la realtà disciplinata, ed identificate le sue esigenze giuridiche, si può tornare sul testo proprio per capirne meglio il significato. Come afferma

Insomma, benché la conoscenza della legge e degli altri atti giuridici non sia aliena al sapere giuridico, sarebbe un riduzionismo indebito, frutto di una concezione normativista del diritto, intendere il giurista come l'esperto in leggi o nel linguaggio legale. Il giurista, sì, potrà avere una certa esperienza nell'interpretazione dei testi legali, conoscerà, almeno nei suoi tratti fondamentali, la legislazione in vigore, capirà la portata giuridica di alcune formule legali o forensi, ma la sua competenza rimarrà pur sempre la delimitazione dello *iustum*, di ciò che è buono ed equo, la distinzione tra ciò che giusto e ciò che è ingiusto.

La descrizione ora esposta del sapere del giurista potrebbe risultare deludente in quanto la si potrebbe considerare troppo semplice, alla portata di tutti. È facile pensare, infatti, che, se il sapere del giurista non consiste nella scienza del complicato mondo legale, ma soltanto nella conoscenza di ciò che è giusto e ingiusto, non occorrerebbe il suo consiglio, giacché qualsiasi uomo prudente saprebbe come agire con giustizia. L'obiezione ha il valore di mettere in risalto come, in modo spontaneo, si tenda a pensare all'esistenza di una giustizia naturale suscettibile di essere conosciuta da tutti. Tuttavia, la *iusti atque iniusti scientia* non è così banale, ma, al contrario, richiede appunto uno speciale acume per delimitare il giusto in una situazione concreta, dal momento in cui una tale determinazione non è il risultato della mera applicazione pressoché automatica della norma generale ad una singola fattispecie mediante l'operazione logica volta a verificare se il caso concreto rientri nella fattispecie prevista astrattamente dalla legge, come vorrebbe il legalismo positivista, ma è la conclusione di un giudizio prudenziale che tiene conto delle circostanze del caso. Non a caso Aristotele, nel riflettere sull'attività giuridica, individuava una specifica parte della virtù della prudenza in capo ai giuristi, la *γνωμη*,<sup>23</sup> che san Tommaso concepiva come la virtù di giudicare secondo i principi più alti e perciò capace di offrire una soluzione equa diversa da quella prevista dalla regola generale, permettendo quindi di applicare l'*epicheia*.<sup>24</sup> Che la delimitazione dei diritti, poi, non sia compito facile è dimostrato dalla difficoltà stessa a trovare una soluzione pacifica ai tanti conflitti umani esistenti.

Per riuscire a trovare la soluzione giusta in un caso concreto, occorre una conoscenza approfondita dei diritti e della giustizia. La conoscenza scientifi-

Benedetto XVI, «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"» (*Discorso alla Rota Romana*, del 21 gennaio 2012, «AAS», 104 [2012], pp. 103-107). Per un commento a questo discorso rinvio a E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge. Il discorso di Benedetto XVI alla Rota romana del 21 gennaio 2012*, «Ius Ecclesiae», 24 (2012), pp. 705-717.

<sup>23</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 11, 1143 a 19 - 24.

<sup>24</sup> Cfr. S. Th. II-II, q. 120, a. 1 e 2.

ca, cioè eziologica e sistematica dei diritti, consente di proferire con maggiore certezza il giudizio su ciò che è giusto in un caso concreto. Parafrasando il pensiero di Cicerone, si potrebbe affermare che *non est iuris prudentia sine iuris scientia*.<sup>25</sup>

A conforto di questo assunto viene in aiuto non un giurista, ma lo stesso Stagirita, allorché afferma che gli uomini «pensano anche che per conoscere ciò che è giusto e ciò che è ingiusto non occorra essere un sapiente, perché non è difficile arrivare a comprendere ciò che dicono le leggi (ma il giusto non è questo, se non per accidente). Ma sapere come si devono fare e come si devono distribuire le cose perché risultino giuste, questa, certo, è impresa più grande che non sapere ciò che fa bene alla salute».<sup>26</sup>

### 3. IL RAPPORTO TRA IL RICHIEDENTE IL CONSIGLIO E IL GIURISTA

Muovendo da questa nozione del diritto e dalla necessità di una competenza professionale specifica per determinarlo, l'uomo prudente potrà capire quando sarà necessario il ricorso ad un giurista. L'uomo saggio e prudente, infatti, non è colui che sa tutto e quindi non abbisogna mai del consiglio altrui, ma, al contrario, è la persona che sa consigliare sé stesso almeno in questo, di richiedere il consiglio di altri e di sapere discernere un consiglio buono da uno cattivo.<sup>27</sup> Se il prudente parte dalla concezione realistica non normativista del diritto, chiederà il consiglio del giurista non, o non solo, quando in una pratica compare la citazione di una norma (avente la virtù di causare un timore riverenziale), ma ogniqualvolta egli intraveda che possono essere implicati i diritti delle persone. In pratica, all'uomo prudente gli si chiede semplicemente di essere capace di scorgere la dimensione di giustizia insita nei rapporti interpersonali per rendersi conto della necessità di chiedere ulteriori informazioni a chi ne è esperto.

La consulenza richiesta al giurista si riferirà evidentemente alla sola dimensione giuridica della questione. Ma anche qui occorrerà di nuovo far attenzione per non cadere in una visione riduttiva della giuridicità. Essa non consiste nella mera formalità esterna degli atti e dei documenti né nel loro linguaggio tecnico, ma nelle conseguenze che per la giustizia ha la stessa realtà delle situazioni umane. Il giurista, certamente, sarà molto attento alle formalità degli atti in quanto esse sono tutela e garanzia di certezze della sostanza delle cose. I titoli formali rappresentano, infatti, i fattori che attribuiscono i diritti, sono un mezzo di conoscenza della realtà, ma non possono essere indipendenti né al di sopra della realtà stessa. Se attraverso altre vie

<sup>25</sup> Non ho trovato l'identica frase testuale negli scritti di Cicerone, ma si può vedere questo pensiero in *De oratore*, libro I.

<sup>26</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, v, 13, 1137 a 4-14.

<sup>27</sup> Cfr. S.Th., II-II, q. 47, a. 14.

risulta possibile conoscere con certezza la realtà, oppure se si evidenzia che la realtà non risponde alla forma, è chiaro che il valore formale viene meno, altrimenti si cadrebbe in un rigido formalismo, epigono del normativismo, in cui la sicurezza della forma è fine a sé stessa, a scapito della giustizia. La concezione formalista del diritto porterebbe a strumentalizzare il contributo del giurista, riducendolo alla cura dei tecnicismi formali, mentre la decisione sostanziale sarebbe stata precedentemente presa indipendentemente dal parere del giurista.

Una visione realistica del diritto conduce invece a cercare nella consulenza giuridica la soluzione giusta di un caso o di una situazione. Spesso si ha di fronte un ampio ventaglio di possibilità, davanti al quale si chiede al giurista quali opzioni siano giuste o quale sarebbe il modo di compierle rispettando i diritti. Si informa il giurista della situazione reale affinché possa indicare quali siano i diritti coinvolti in tale frangente, senza limitarsi ad indicare la norma applicabile estrinsecamente. Ritengo che questo sia il senso che si debba dare all'aforisma *da mihi factum, dabo tibi ius*, poiché la giuridicità non è una formalità relativa ad una norma estrinseca applicabile al caso concreto, bensì una dimensione della realtà stessa.

Affinché la consulenza giuridica possa compiere correttamente la sua funzione, occorre definire bene gli estremi del rapporto che si viene a instaurare tra il richiedente del consiglio e il giurista, rapporto che anche esso ha indubbiamente una dimensione giuridica.

La consulenza può avvenire in forza di un legame previo tra il richiedente il parere e il giurista. Talvolta il rapporto può consistere in una normale relazione professionale, come può essere quella esistente fra un avvocato e il suo patrocinato. In tali casi, i diritti più rilevanti sono quelli di ottenere il parere giuridico, da una parte, e di avere il giusto compenso economico per la prestazione professionale elargita, dall'altra.

La relazione tra il richiedente il consiglio e il giurista può talvolta basarsi su un vincolo di carattere gerarchico. In tale caso, è importante avvertire che potrà essere diritto del superiore gerarchico ottenere il parere del giurista in tempi ragionevoli o più o meno prestabiliti, ma non sarà mai un suo diritto quello di ricevere il parere nel senso desiderato dall'autorità. Un pretesa di questo tipo costituirebbe un'indebita strumentalizzazione dell'arte giuridica, in cui in realtà si prescinde da essa per limitarsi ad usufruire di una tecnica relativa al linguaggio e alle formalità legali e forensi.

In generale, ma soprattutto quando esiste un rapporto gerarchico, risulta di capitale importanza garantire l'indipendenza del giurista, affinché il suo parere costituisca davvero un "consiglio". In questo senso, non sembra che ci si possa attendere un vero consiglio giuridico da parte di chi deve intervenire a qualche titolo nella presa della decisione sul punto consultato, per quanto egli goda di competenza nell'ambito del diritto.

La consulenza richiesta riguarda il profilo giuridico di una situazione o attività. Talvolta il parere del giurista sarà determinante nel senso che potrà evidenziare la giustizia o l'ingiustizia di una soluzione o la necessità assoluta dell'impiego di una determinata forma per raggiungere un determinato risultato. In altre occasioni il consiglio lascerà spazio a varie possibilità. In ogni caso, la responsabilità del giurista si circoscrive alla correzione professionale del parere emesso nei confronti di colui che ricevette il consiglio, mentre rimane esclusiva responsabilità di quest'ultimo il risultato dell'operato finale rispetto ai terzi.<sup>28</sup>

Da parte sua, il giurista, oltre a possedere la dovuta preparazione professionale, dovrà essere giusto, prudente e leale. Il primo requisito sarà certamente quello della competenza nell'arte giuridica, la quale è, seguendo il linguaggio scolastico, una *recta ratio factibilium*, ove interessa il risultato raggiunto anziché l'intenzione interna dell'agente. Di per sé, dunque, al giurista gli si chiederebbe soltanto che sappia indicare ciò che è giusto, il che potrebbe farlo anche quando egli non fosse personalmente giusto. Nondimeno, risulta evidente che l'unità della vita personale porterà l'esperto in diritto ad amare la giustizia, altrimenti sarà assai difficile in pratica che riesca a capire il diritto a causa dell'influsso che la volontà, e la vita morale in generale, esercita di fatto sull'intelletto. Ad ogni modo, dovendo il giurista realizzare un'attività, quella appunto di dire il diritto, l'arte giuridica si regge anche per la virtù che suppone la *recta ratio agibilium*, cioè la prudenza per raggiungere la perfezione morale.<sup>29</sup> Inoltre, la sua attività mira ad indicare il modo retto di operare con giustizia in una fattispecie concreta, onde non desta meraviglia il fatto che la scienza del diritto sia conosciuta come la *iurisprudencia*.

La prudenza del giurista lo porterà anzitutto a soppesare il suo consiglio, cercando di prevedere le conseguenze ultime e collaterali delle singole azioni, senza accontentarsi dei primi dati normativi o fattuali ritrovati. Inoltre, egli dovrà spiegare i motivi del suo parere affinché esso sia efficace e muova all'operazione giusta, servendosi nella misura del necessario della logica e della retorica, arti strettamente collegate con lo studio della giurisprudenza.

<sup>28</sup> Nell'ambito canonico, il can. 127 regola la produzione di atti che necessitano del consiglio o del parere di altri, distinguendo, appunto le diverse responsabilità a seconda si tratti di una consulenza o del proprio assenso. Sulla differenza tra l'attività consultiva e la co-deliberazione nella Chiesa, cfr. J. I. ARRIETA, *L'attività consultiva nell'amministrazione ecclesiastica*, in *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di J.I. Arrieta, Venezia 2008, p. 141. Sulle conseguenze concrete del citato can. 127 cfr., per esempio, H. PREE, sub *can. 127*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, 1, Essen 1988, e M. THÉRIAULT, sub *can. 127*, in *Comentario Exegético...*, cit., 1, pp. 830-834.

<sup>29</sup> Mi riferisco alla nota distinzione aristotelica tra la *ποίησις* e la *πραξις*, tra la *recta ratio* delle cose da produrre e quella delle azioni morali. Cfr. S. Th. I-II, q. 57, a. 4.

za. Sono, insomma, questi i presupposti per emettere un consiglio giuridico pertinente, per esercitare l'εὐβουλία,<sup>30</sup> la virtù per cui si consiglia con rettitudine.

Chiunque offre un consiglio deve darlo, inoltre, con lealtà, il che significa che deve esprimere la propria opinione e deve rispettare il dovuto riservo.<sup>31</sup> Nel caso del giurista ciò vale a maggior ragione, per l'amore per la giustizia che lo deve caratterizzare e per l'oggetto del suo parere. Non va dimenticato peraltro che il giurista dovrà spesso esercitare la fermezza per agire da "profeta di cattivo augurio", onde l'importanza di garantire la sua indipendenza soprattutto nei casi in cui esiste un vincolo gerarchico tra di lui e il richiedente del consiglio, come sopra menzionato.

Parte della lealtà e della prudenza del giurista sarà quella di limitarsi nel suo parere al profilo prettamente giuridico della questione (inteso sempre come il problema relativo alla giustizia), senza pretendere minimamente di condizionare l'oggetto delle decisioni. L'attenersi all'aspetto giuridico è specialmente importante nei consigli dati alle autorità: al giurista gli viene chiesto il suo parere giuridico, anziché quello "politico", cioè non quello sulla decisione in sé. In definitiva, il ruolo consultivo del giurista non è volto precipuamente a migliorare il governo di una società, ma a renderla più giusta.

#### 4. IL PARERE DEI GIURISTI NELLA CHIESA

Tutte le considerazioni prima esposte sono, a mio parere, pienamente applicabili nella Chiesa, dal momento che anche in essa esistono i rapporti giuridici e, quindi, la necessità di esercitare l'arte giuridica. Difatti, la presenza del giurista è talvolta richiesta dalla legge ecclesiastica. Per ricoprire determinati uffici si richiede una competenza in materia giuridica documentata mediante un titolo accademico.<sup>32</sup> Il ricorso ad un professionista del diritto è obbligatorio nei casi previsti in cui l'interessato si deve avvalere della difesa tecnica di un avvocato.

Per quanto riguarda la richiesta di consiglio propriamente detta, essa si rende specialmente necessaria al momento di esercitare la potestà. Il governo, la disposizione di un ordine degli elementi comunitari volto al bene comune richiede massimamente l'esercizio della prudenza (di prevedere), la quale richiama la necessità di ottenere il consiglio opportuno. Dal momento che nel governo di una società vengono implicati i diritti dei membri della comunità, la convenienza della presenza di un *iuris-consultus* risulta evidente.

<sup>30</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 51, a. 1.

<sup>31</sup> Il can. 127, § 3 raccoglie queste esigenze per i consigli e i consensi in generale.

<sup>32</sup> Cfr. cann. 1420, § 4 per il vicario giudiziale, 1421, § 3 per il giudice, 1435 per il promotore di giustizia e per il difensore del vincolo, e 1483 per l'avvocato.

È frequente perciò che gli ordinamenti giuridici esigano dalle autorità la richiesta di un consiglio giuridico prima di poter realizzare certe attività. Nel Codice di diritto canonico, fra le disposizioni che richiedono (*ad validitatem*, in forza del can. 127, § 1) il previo consiglio prima della realizzazione di un atto di potestà, non ne esiste nessuna relativa ad un consiglio giuridico,<sup>33</sup> sebbene la figura del cancelliere svolga in pratica la mansione di giurista della curia diocesana.<sup>34</sup>

Nell'ambito della Curia Romana, è prevista la presenza di un apposito dicastero, il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, il quale, a norma dell'art. 156 della cost. ap. *Pastor bonus*, è a disposizione degli altri dicasteri «ut decreta generalia exsecutoria et instructiones ab iisdem [i dicasteri] edendae iuris vigentis praescriptis congruant et recta forma iuridica exarentur». Il vigente Regolamento generale della Curia romana, all'art. 131, § 5, rende invece obbligatorio il ricorso a questo Pontificio Consiglio.<sup>35</sup> Inoltre, la recente disposizione raccolta nell'art. 126 bis, § 2 del citato Regolamento afferma che la Segreteria di Stato rimetterà a questo Pontificio Consiglio le richieste dei dicasteri al Santo Padre di facoltà straordinarie. Non esiste, invece, nessuna obbligatorietà di ricorrere a questo dicastero quando l'autore dell'atto è lo stesso Romano Pontefice, benché sia, logicamente, prassi abituale.

Il parere del Pontificio Consiglio, anche quando esso è obbligatorio, non è mai vincolante. D'accordo con la sua natura di dicastero specializzato in diritto, il consiglio richiestogli riguarda la giuridicità degli atti, anziché il merito delle decisioni. La formula impiegata per affermare questa idea fa riferimento alla congruenza normativa e alla forma dei documenti, che di per sé è piuttosto limitante. Ritengo che si possa e si debba fare un'interpretazione estensiva nel senso di riconoscere in capo a questo dicastero la funzione di emettere il suo parere su tutto ciò che costituisce la giuridicità – intesa come sopra esposta – della questione sottopostagli.

Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ha però altre mansioni, quella di *proferre* l'interpretazione autentica delle leggi e quella di giudicare – con potestà – la congruenza della legislazione particolare con quella universa-

<sup>33</sup> Sulla funzione consultiva nell'ambito del governo ecclesiastico, oltre allo studio già citato di Arrieta, cfr. J. ARIAS, *La función consultiva*, «Ius Canonicum», 21 (1971), pp. 217-243; P. A. BONNET, *Voto come parere*, in *Enciclopedia Giuridica Trecani*, 32, Roma 1994, pp. 7-11; J. A. ARAÑA, *Dictamen*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di J. Otaduy, A. Viana e J. Sedano, vol. III, Pamplona 2012, pp. 305-308.

<sup>34</sup> Cfr. cann. 482-491 e CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio Apostorum successores*, del 22 febbraio 2004, n. 18. In fase di indagine previa al processo penale, il can. 1718, § 3 fa riferimento alla consultazione di esperti in diritto, ma non in modo vincolante.

<sup>35</sup> L'articolo in parola recita così: «... se hanno la natura di decreti generali esecutivi o di istruzioni, devono essere inviati, per un esame circa la loro congruenza legislativa con il diritto vigente e la loro corretta forma giuridica, al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi». (Il corsivo è mio).

le.<sup>36</sup> Ci sarebbe da chiedersi se ciò non comprometta la sua indipendenza istituzionale al momento di emettere i pareri consultivi per gli altri dicasteri.

La possibilità di ricorrere al consiglio dei giuristi è completata mediante la nomina di consultori canonisti dei singoli dicasteri. Non sono, tuttavia, regolamentati i diversi particolari dell'aiuto di questi esperti: quando, come e chi debba intervenire, con quale compenso economico, con quale pubblicità, ed altri dettagli di questo tipo. Così facendo, si rischia che la relazione dei consultori con i dicasteri diventi solo amicale, il che potrebbe non giovare alla chiarezza e all'oggettività nell'esercizio della potestà e al corretto espletamento della funzione consultiva. La situazione inoltre potrebbe degenerare in nomine per questo ruolo a scopo meramente onorifico. Forse si potrebbe applicare anche in questo campo la maggiore professionalità della Curia auspicata da alcuni.

Il ricorso al consiglio del giurista dipenderà dalla prudenza dell'autorità, che la porterà a sapere quando esso sia necessario e a saper discernere un parere corretto da un altro sbagliato, onde si evidenzia quanto sia imprescindibile che l'autorità abbia un minimo di conoscenza giuridica, al meno quella essenziale che le permetta di fare questo discrimine. Trattandosi, però, dell'esercizio di una funzione pubblica forse si potrebbero determinare meglio le situazioni in cui la richiesta di consiglio sia obbligatoria, nonché alcuni punti della funzione consultiva, senza lasciare tanto spazio alla prudenza personale di chi ricopre le cariche di governo.

L'intervento del canonista, a titolo di consiglio, potrà non essere solo su richiesta, ma anche ad iniziativa personale. Fermo restando la necessità della prudenza del giurista al momento di offrire consigli non richiesti, va ricordato il diritto fondamentale dei fedeli, di cui al can. 212, di manifestare liberamente ai Pastori della Chiesa i propri desideri e, più specificamente, il diritto di manifestare il loro pensiero in rapporto alla scienza e al prestigio di cui godono, salvo il rispetto dovuto alle autorità e tenendo presente l'utilità comune. Per quanto riguarda l'ambito scientifico, i fedeli godono della giusta libertà di manifestare con prudenza il loro pensiero su ciò di cui sono esperti, conservando il dovuto ossequio nei confronti del magistero della Chiesa, come riconosciuto dal can. 218. È normale, e fa parte del suo ruolo ecclesiale, che la dottrina giuridica sfoci spesso in proposte *de iure condendo*.

Al diritto di manifestare il proprio pensiero giuridico corrisponde da parte dell'autorità competente non solo il dovere di non ostacolarlo, ma anche di "ascoltarlo" (sebbene, certamente, non quello di seguirlo). Ne seguirà la responsabilità dell'autorità, la quale agirà dopo aver ricevuto un parere giuridico. La manifestazione dei pareri giuridici contribuisce, insomma, a rendere più giusta la comunità ecclesiale.

<sup>36</sup> Cfr. artt. 154-158 della *Pastor bonus*.

LE CANON 220  
ET LES DROITS FONDAMENTAUX  
A LA BONNE REPUTATION ET A L'INTIMITE

DOMINIQUE LE TOURNEAU

**ABSTRACT:** Deux droits fondamentaux des fidèles sont examinés ici, le droit à la bonne renommée et le droit à l'intimité. Ils le sont sous deux angles, celui d'abord de la délimitation de la nature de chaque droit, puis celui de sa protection, avec les exigences de justice que cela suppose et les devoirs correspondants qui s'ensuivent pour d'autres fidèles, l'autorité ecclésiastique notamment. Les différents domaines dans lesquels ces droits fondamentaux sont appelés à s'exercer et requièrent une protection sont définis et étudiés, compte tenu de la diversité des statuts juridiques des fidèles dans l'Église. Il est question, entre autres, de la spiritualité personnelle, du secret de la confession, du juste procès, du mariage célébré en secret, des accusations calomnieuses, de l'admission au sacerdoce et au noviciat, de la vie privée, des archives, etc. Les dispositions récentes prises en la matière, tant par l'Église que par divers États et instances supra-étatiques sont présentes. Les rapports avec d'autres droits fondamentaux sont soulignés. L'auteur émet des doutes sur la protection effective de ces droits en l'état actuel de la législation canonique.

**MOTS-CLÉS:** Bonne réputation, droits fondamentaux des fidèles, intimité.

**ABSTRACT:** Two fundamental rights of the faithful are looked into here, the right to good reputation and the right to privacy. The study is led under two points of view, first the delimitation of the nature of each right, and after its protection, including the implied demands of justice and the matching duties for other faithful, namely the ecclesiastical authority. The different fields in which these rights are to be exercised and need to be protected are described and reviewed, taking into consideration the variety of juridical statutes of the faithful in the Church. The article deals, among others, with personal spirituality, secret of confession, due process, marriage celebrated in secret, admission to priesthood and to noviciate, archives, etc. Recent provisions of the Church, several States and supranational authorities are present. Relations with other fundamental rights are underlined. The author is not sure that an effective protection of these rights does actually exist in the present condition of the canonical law.

**KEY WORDS:** Good Reputation, Fundamental Rights of the Faithful, Intimacy.

**SOMMAIRE:** I. Le droit fondamental à la bonne réputation. A) Le concept de bonne réputation. B) La protection de la bonne réputation. – II. Le droit fondamental à l'intimité. A) La nature du droit à l'intimité. B) La protection du droit à l'intimité.

LA norme du canon 220 latin et du canon 23 oriental établit le principe de deux droits distincts, quoique connexes: le droit à bonne réputation et le droit à l'intimité,<sup>1</sup> qui tranchent par rapport au CIC 17 dans lequel seules les normes sur le secret sacramental protégeaient l'inviolabilité de la conscience. Le premier, cité dans *Gaudium et spes*, qui demande que l'homme possède «tout ce dont il a besoin pour mener une vie vraiment humaine, par exemple: nourriture, vêtement, habitat, droit de choisir librement son état de vie et de fonder une famille, droit à l'éducation, au travail, à la réputation» (26 § 2) et vilipende tout ce qui «offense la dignité de l'homme» (GS 27 § 3). Ce droit est repris dans le projet de LEF.<sup>2</sup> Il avait été énoncé déjà par Jean XXIII au numéro 12 de *Pacem in terris*, ce qui était apparu comme un progrès remarquable dans la canonisation de droits fondamentaux de la personne humaine: «Tout être humain a droit au respect de sa personne, à sa bonne réputation.» Quant au droit à l'intimité, il est absent des sources citées. Il est élargi ici par rapport aux premiers projets qui ne réglèrent le droit à l'intimité que pour la correspondance et d'autres situations personnelles.

Cette disposition est importante, car c'est un des rares renvois du code à l'application d'un droit de l'homme dans l'ordre ecclésial. Il s'agit de «préserver la personne –le fidèle dans notre cas– de l'ingérence, curieuse et souvent agressive d'autrui, en particulier par le biais de la prépondérance fréquente des media, dans l'espace vital de l'intimité individuelle pour laquelle il ne subsiste pas de fait, ou du moins il ne subsiste pas de façon générale, d'obligation à fournir des données».<sup>3</sup> Inséré dans les droits et devoirs fondamentaux des fidèles, ce droit n'est pas relié directement au facteur ecclésial qu'est le fait d'être *christifidelis*, car le canon envisage la bonne renommée *qua quis gaudet*, et l'intimité *cuiusque personæ*. Il s'agit donc de droits que les fidèles possèdent *ratione naturæ* plus que *ratione baptismi*, des droits de l'homme, devenus, comme les autres, des droits fondamentaux *ratione baptismi*. Pour le non-fidèle, ils présentent un caractère purement moral. Ils s'appliquent quand le fidèle participe à la vie de la communauté ecclésiale.

Ce canon 220 décide donc qu'«il n'est permis à personne de porter atteinte d'une manière illégitime à la bonne réputation d'autrui, ni de violer le droit

<sup>1</sup> Pour l'évolution historique de la formulation du droit à la protection de l'intimité, cfr. M. BRADLEY, *Evolution of the Right to Privacy in the 1983 Code: canon 220*, «Studia Canonica» 38 (2004) 527-574.

<sup>2</sup> Au c. 23: «Christifidelibus ius est ut bona fama qua gaudent ad omnibus in honore habeantur; quapropter nemini licet eandem illegitime lædere». Cfr. D. CENALMOR, *La Ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pampelune, 1971, p. 428.

<sup>3</sup> P. A. BONNET, *I diritti-doveri fondamentali del fedele non formalizzati nella positività canonica umana in I diritti fondamentali del fedele. A venti anni dalla promulgazione del Codice*, Cité du Vatican, 2004, p. 163-164.

de quiconque à préserver son intimité». <sup>4</sup> La norme du canon dit bien *nemini*, c'est-à-dire que nul, qu'il soit fidèle du Christ ou pas, ne peut léser ces deux droits, ce qui inclut le détenteur du droit. Sa portée s'étend indistinctement à tous les fidèles de l'un et l'autre sexe, en vertu de l'égalité fondamentale régnant entre eux à partir de la condition baptismale commune. Le libellé de la norme invite tout naturellement à envisager d'abord le droit fondamental à la bonne réputation (I) avant d'en faire autant avec le droit fondamental à l'intimité (II).

## I. LE DROIT FONDAMENTAL A LA BONNE REPUTATION

La conscience de tout individu «est le centre le plus secret de l'homme, le sanctuaire où il est seul avec Dieu et où Sa voix se fait entendre», <sup>5</sup> de sorte que «nul ne peut obliger quelqu'un à le laisser analyser son intimité personnelle sans son autorisation préalable, explicite, informée et absolument libre». <sup>6</sup> Le droit naturel à la bonne réputation peut inclure le droit à l'identité personnelle, le droit à l'intimité, le droit à l'image, le droit à l'honneur, le droit à la réputation. Il convient toutefois d'en délimiter le concept en droit canonique (A) avant de présenter les moyens de sa protection (B).

### A) *Le concept de bonne réputation*

L'intimité «est la partie du propre monde intérieur qu'une personne ne manifeste qu'à peu de confidents et qu'elle défend contre l'intrusion d'autrui. Sans compter qu'il existe une région du psychisme intime – celle qui a trait aux tendances et aux dispositions – tellement cachée, que même l'individu n'arrivera jamais à la connaître et à la supposer». <sup>7</sup> Cette intimité est constituée par le monde intérieur dont la personne peut être plus ou moins consciente, tandis que la vie privée l'est par l'aspect extérieur de la personnalité, dont l'individu est conscient mais qu'il veut, pour diverses raisons, préserver, voire maintenir secret. La protection juridique de l'intimité s'enracine dans le droit naturel, alors que la protection de la vie privée relève plutôt du droit positif. Moyennant quoi, «il semblerait que la protection de l'intimité prévue au canon 220 se limite uniquement à la sphère intérieure de l'individu, et ne porte pas aussi sur la sphère de la vie privée pour laquelle, si besoin était, il

<sup>4</sup> Cfr. A. CAUTERUCCIO, *Il diritto alla buona fama ed all'intimità. Analisi e commento del canone 220*, «Commentarium pro religiosis et missionariis» 73 (1992) 39-91.

<sup>5</sup> PIE XII, *Radiomessage sur la formation de la conscience chrétienne chez les jeunes*, 23 mars 1952, «A.A.S.» 44 (1952) 271, cfr. GS 16/b.

<sup>6</sup> D. CENALMOR, *Límites y regulación de los derechos de todos los fieles*, «Fidelium Iura» 5 (1995) 163.

<sup>7</sup> Pie XII, *Discours aux participants au XIII<sup>e</sup> congrès de la Société internationale de psychologie appliquée*, 13 avril 1953, «A.A.S.» 45 (1953) 276.

pourrait s'aider de la protection de la bonne renommée, également prévue au canon 220». <sup>8</sup> En réalité, le droit à l'intimité est configuré «dans le droit à la réserve, c'est-à-dire à ce que des faits de la vie privée de la personne ne soient pas divulgués; cela comprend aussi le droit des fidèles à ce que tout ce qui appartient au domaine personnel ne fasse l'objet d'aucune publicité». <sup>9</sup>

La bonne renommée est donc l'état de celui qui bénéficie d'une opinion favorable dans le public, alors que la bonne réputation est le fait d'être célèbre ou avantageusement connu pour sa valeur. Deux éléments qualifient donc la bonne réputation: d'une part, le jugement extérieur ou pour le moins une opinion prudente sur les bonnes qualités d'une personne et, d'autre part, la généralisation de cette opinion parmi ceux qui fréquentent habituellement l'intéressé. <sup>10</sup> Le droit «à la bonne réputation coïncide avec le droit à la bonne renommée, à la dignité et au décorum personnel, à la considération sociale, auxquels s'opposent respectivement l'injure et la diffamation; de plus, il comporte, entre autres, la possibilité de recourir à l'autorité supérieure quand on considère qu'elle a été atteinte». <sup>11</sup> Le droit à la bonne réputation est un des biens les plus précieux de la personne. Pour l'Aquinate, le léser est plus grave que voler. <sup>12</sup> Ce droit a été expressément codifié principalement pour «sauvegarder la dignité de la personne, surtout dans les cas où il est question de vérifier par des enquêtes, y compris psychologiques, la *valetudo psychica* du candidat au noviciat et aux ordres sacrés». <sup>13</sup>

Dans l'Église, la bonne renommée revêt une importance transcendante, avec des conséquences juridiques, car elle est nécessaire pour accéder à un office ecclésiastique et à un poste de responsabilité. La bonne renommée et l'exemple des détenteurs de l'autorité sont importants pour le bien commun de la société ecclésiale. Les atteintes peuvent être multiples: calomnie, injure, diffamation, médisance, fausse dénonciation, racontars, etc. Le code prévoit que le calomniateur sera puni et contraint éventuellement à réparation. <sup>14</sup> Ne peuvent être promus aux ordres sacrés que les candidats qui, entre autres, «jouissent d'une bonne réputation» (c. 1029 CIC; c. 758 § 1, 2<sup>o</sup>

<sup>8</sup> A. PERLASCA, *La tutela giuridica del diritto all'intimità negli esami psicologici dei candidati al seminario e agli Ordini sacri*, «Quaderni di diritto ecclesiale» 18 (2005) 435.

<sup>9</sup> M. V. PISCHEDDA, *La riservatezza dei dati personali relativamente alla scelta in materia religiosa*, Università degli Studi di Sassari, 2010-2011, p. 63.

<sup>10</sup> Cfr. S. SANDRI, *Il processo matrimoniale canonico e la tutela della buona fama e della privacy della persona*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 11 (1998) 98; S. PANIZO ORALLO, *El derecho a la intimidad y la investigación psicológica de la personalidad en el proceso de nulidad canónico*, «Revista Española de Derecho Canónico» 59 (2002) 51-127.

<sup>11</sup> M. V. PISCHEDDA, *La riservatezza dei dati personali*, op. cit., p. 63.

<sup>12</sup> Cfr. SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologiae*, II-II, q. 73, a. 2 in c.

<sup>13</sup> A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico (il civis fidelis e la disciplina della privacy)*, «Ius Ecclesiae» 14 (2002) 263.

<sup>14</sup> Cfr. c. 1390 § 2-3 CIC 83; c. 1452 CCEO.

CCEO). Elle est requise, en effet, «soit parce qu'il est raisonnable de supposer que celui qui ne jouit pas d'une bonne réputation auprès du Peuple de Dieu ne peut pas exercer avec fruit le ministère sacré de l'Église, soit parce que la bonne réputation auprès des gens fait présumer que le candidat possède l'intégrité des mœurs, les vertus éprouvées et toutes les autres qualités requises pour le ministère». <sup>15</sup> Cette absence de bonne réputation peut justifier le renvoi d'un curé (c. 1741, 3<sup>o</sup> CIC; c. 1390, 3<sup>o</sup> CCEO).

Le droit à la bonne renommée implique le droit de celui qui est accusé de connaître le nom de son accusateur. Il faut tenir compte des normes sur le droit de la défense, en particulier du canon 1598 § 1 (c. 1281 § 1 CCEO). Le droit à la bonne renommée comporte aussi le droit de connaître l'objet de la dénonciation, l'interdiction d'admettre des écrits anonymes, <sup>16</sup> la possibilité de recourir à l'autorité supérieure quand l'on estime que sa réputation a été atteinte (c. 1390 CIC; c. 1452 et 1454 CCEO). Le canon sanctionne à bon droit l'atteinte «illégitime» à la réputation, car il est licite et moral de mettre à découvert les défauts, les péchés et les délits quand est en jeu le bien supérieur des personnes, de l'Église ou encore de la société civile (pensons au cas de délits sexuels, par exemple), <sup>17</sup> ou lorsque les actions pénales ou les plaintes légitimes peuvent être publiques, ce qui ferait connaître un empêchement au mariage ou à l'ordination sacerdotale. <sup>18</sup> Toutefois, si l'on peut faire connaître un péché, une règle élémentaire veut que l'on ne dévoile pas le nom du pécheur. Quand une dénonciation a été portée au pénal, l'ordinaire doit diligenter une enquête pour vérifier les faits allégués. C'est ce qu'établit le canon 1717 § 1 (c. 1468 CCEO): «Chaque fois que l'ordinaire a connaissance, au moins vraisemblable, d'un délit, il fera par lui-même ou par une personne idoine, une enquête prudente portant sur les faits, les circonstances et l'imputabilité du délit», et ce, afin de préserver la bonne réputation du délinquant supposé, enquête qui ne doit «compromettre la bonne réputation de quiconque». <sup>19</sup> Le pape Jean-Paul II soulignait que «d'ordinaire les fidèles s'adressent au tribunal ecclésiastique pour résoudre un problème de conscience. Dans cet ordre d'idées, ils disent souvent certaines choses qu'ils ne diraient pas autrement. Même les témoins donnent souvent leur

<sup>15</sup> G. GHIRLANDA, *Doveri e diritti implicati nei casi di abusi sessuali perpetrati da chierici*, «*Periodica*» 91 (2002) 32.

<sup>16</sup> «Les lettres dites anonymes et les autres documents anonymes en tout genre ne peuvent, en soi, même pas être considérés comme indice; à moins qu'ils ne réfèrent des faits, dans la mesure où on peut prouver ces derniers par ailleurs» (*Dignitatis connubii*, art. 188).

<sup>17</sup> Cfr. c. 1717 § 2 CIC 83; c. 1468 § 2 CCEO.

<sup>18</sup> Cfr. c. 1067 et 1043 CIC 83; c. 784 et 771 § 2 CCEO; G. DALLA TORRE, *sub* c. 220, *Comento al Codice di Diritto Canonico a cura di Mons. P. V. Pinto, Studium Romanæ Rotæ, Corpus Iuris Canonici 1, Cité du Vatican*, 2001, p. 127.

<sup>19</sup> Cfr. c. 1717 § 2 CIC 83; c. 1468 § 2 CCEO.

témoignage à la condition, au moins tacite, qu'il ne serve qu'au procès ecclésiastique». <sup>20</sup> La norme détermine une limite légale, à savoir que l'action qui porte atteinte à la bonne renommée est protégée ou autorisée par le droit. Toutefois, l'action devra être proportionnée au mal auquel le fidèle entend faire remédier et ne pas «détourner le droit», c'est-à-dire ne pas s'écarter des fins prévues par la loi.

Ce droit garde un rapport avec le précepte du canon 212 § 3 (c. 15 § 3 CCEO) sur le droit à l'opinion dans l'Église, qui pose entre autres limites celle de respecter «la dignité des personnes». Ce droit à la liberté d'opinion est «un des premiers devoirs sociaux et des plus fondamentaux», <sup>21</sup> à la fois d'ordre naturel, découlant de la nature rationnelle et sociale de l'homme, et d'ordre surnaturel, dans la mesure où il découle de la liberté. C'est la liberté «de penser» dont parle le concile. <sup>22</sup>

Dans certains cas, c'est la bonne renommée du prêtre qu'il faut défendre, comme, par exemple, s'il est faussement accusé du crime de sollicitation *ad turpia* par une dénonciation formelle présentée au supérieur ecclésiastique. <sup>23</sup> Celui qui, de façon générale, fait une dénonciation calomnieuse ou qui porte atteinte autrement à la bonne réputation d'autrui «peut être puni d'une juste peine, y compris d'une censure» (c. 1390 § 2 CIC; c. 1454 CCEO). La défense de la bonne renommée est non seulement un droit du clerc, mais en même temps un devoir de son ordinaire face à la communauté chrétienne. Extirper la calomnie, «c'est extirper le mal présent dans la communauté chrétienne, si cette calomnie est venue d'elle, ou défendre la même communauté chrétienne qui est aussi fortement blessée, spécialement si une telle dénonciation calomnieuse est aggravée par une campagne de presse ou d'autres moyens» <sup>24</sup> de communication sociale.

<sup>20</sup> Jean-Paul II, *Allocution aux membres de la Rote romaine*, 26 janvier 1989, «A.A.S.» 81 (1989), 826.

<sup>21</sup> D. Le Tourneau, *Droits et devoirs fondamentaux des fidèles et des laïcs dans l'Église*, Montréal, 2011, n° 104, p. 152-154.

<sup>22</sup> «Il faut reconnaître «aux fidèles, aux clercs comme aux laïcs, une juste liberté de recherche et de pensée [...]» (GS 62.7), liberté proclamée aussi dans le cadre de l'expression artistique: cfr. SC, 123.

<sup>23</sup> Cfr. V. DE PAOLIS, *De delictis contra sanctitatem sacramenti pœnitentiæ*, «Periodica» 79 (1990) 197-218; E. MIRAGOLI, *Il confessore e il «de sexto»*. *Prospettiva giuridica*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 2 (1991) 246-247. En même temps qu'il faut protéger les fidèles en écartant celui qui est cause de scandale, ce dernier a droit à une enquête sérieuse et à recevoir une aide médicale ou psychiatrique appropriée. Avant de le punir, s'il le faut, il y a lieu de recourir aux moyens curatifs dont, éventuellement, la suspense (c. 1333 CIC; c. 1432 § 1 CCEO): cfr. T. DOYLE, O.P., *The Canonical Rights of a Priest Accused of Sexual Abuse*, «Studia Canonica» 24 (1990) 335-356; A. OPALALIC, *Canonical Aspects of the «Pastoral Guidelines on Sexual Abuses and Misconduct by the Clergy issued by the Episcopal Conference of the Philippines*, «Philippines Canonical Forum» 7 (2005) 133-156.

<sup>24</sup> G. GHIRLANDA, *Doveri e diritti implicati...*, loc. cit., p. 34.

Celui qui accuse faussement un confesseur du crime de sollicitation à un péché contre le sixième commandement à l'occasion de la confession, délit envisagé au canon 1387 (c. 1458 CCEO), «encourt l'interdit *latae sententiae*, et, s'il est clerc, il encourt aussi la suspense» (c. 1390 § 1 CIC; c. 1454 CCEO). Si le calomniateur va se confesser et s'accuse dans l'acte de la confession d'une «fausse dénonciation» de l'espèce envisagée ici, le confesseur ne pourra pas l'absoudre, «à moins qu'il n'ait d'abord formellement rétracté sa fausse dénonciation et qu'il ne soit prêt à réparer les dommages causés, s'il y en a» (c. 982 CIC; c. 731 CCEO).<sup>25</sup> Cette réparation des dommages causés à autrui par quelque acte que ce soit est prévue au canon 128 (c. 935 CCEO). Nous avons là une innovation du droit canonique en vigueur, qui demande à être appliquée dans les faits. Les mécanismes de réparation des dommages sont au nombre de trois: a) l'action en réparation des dommages (c. 1729-1731 CIC; c. 1483-1485 CCEO), l'arrangement en dehors d'un procès (c. 1713-1716 CIC; c. 1464-1465 CCEO) et le recours hiérarchique (c. 1732-1739 CIC; c. 996-1004 CCEO) suivi, si besoin est, du recours contentieux-administratif auprès de la Signature apostolique, qui peut également «connaître, si le requérant le demande, de la réparation des dommages causés par l'acte illégitime» (*Pastor Bonus* 123 § 2).

Si le dénonciateur est un clerc, la suspense encourue lui interdit de poser un certain nombre d'actes de gouvernement ou autres (c. 1333 CIC; c. 1432 § 1 CCEO). Dans les autres cas, l'interdit écarte de certains biens spirituels, comme de recevoir les sacrements et les sacramentaux (c. 1332). Le coupable devra se faire remettre la censure au for externe ou au for sacramental. Si la peine *latae sententiae* non encore déclarée n'a pas été réservée au Siège apostolique, «l'ordinaire pour ses propres sujets et ceux qui se trouvent sur son propre territoire ou qui y auraient commis le délit» peut la remettre, ainsi que tout évêque «dans l'acte de la confession sacramentelle» (c. 1355 § 2). Mais les confesseurs qui ont reçu de leur ordinaire «la faculté d'absoudre de la censure *per abortu procurato* au for interne sacramental ne peuvent pas en déduire qu'ils ont la faculté d'absoudre des censures en général, et donc de celle que nous étudions ici».<sup>26</sup>

Si le ministre a effectivement commis un crime d'ordre sexuel, la victime a non seulement le droit, mais aussi le devoir, face à la communauté et au clerc, d'informer l'évêque ou le supérieur du délinquant. Seuls ceux-ci, ou celui qu'ils auront spécialement délégué à cet effet, peuvent ouvrir l'enquête

<sup>25</sup> En cas de danger de mort, «tout prêtre, même dépourvu de la faculté d'entendre les confessions, absout valablement et licitement de toutes censures et de tout péché tout pénitent, même en présence d'un prêtre approuvé» (c. 976 CIC; c. 725 CCEO). Cfr. D. LE TOURNEAU, *Les droits et les devoirs des fidèles dans la situation de danger de mort*, «L'Année Canonique» 53 (2011) 103-129.

<sup>26</sup> E. MIRAGOLI, *Il confessore e il «de sexto»*. *Prospettiva giuridica*, loc. cit., p. 247.

prévue au canon 1717 (c. 1468 CCEO). Mais l'autorité n'adopterait certainement pas un comportement pastoral si, une fois la dénonciation reçue, elle «informait du fait l'autorité judiciaire civile, afin d'éviter d'être impliquée dans le procès civil que la victime pourrait engager». <sup>27</sup> Si le crime est avéré, la victime a droit à des dommages-intérêts de la part du cleric délinquant, non de l'évêque ou du supérieur religieux, à moins que celui-ci, «étant parvenu à la certitude morale du bien-fondé des accusations portées contre le cleric, n'est pas intervenu selon le canon 1341 ou les canons 1740 et suivants». <sup>28</sup>

Dans certains cas, la protection de la réserve personnelle est confiée à l'autorité ministérielle compétente, comme pour l'admission au noviciat, le canon 642 renvoyant expressément au canon 220 et, par analogie, pour l'admission au sacerdoce; ou encore pour les archives, dont certaines doivent être secrètes. Outre les documents qui doivent y figurer, l'ordinaire est libre d'y verser aussi d'autres rapports, documents ou informations si «le droit à la bonne réputation et à la confidentialité court le risque d'être violé et afin de diminuer la possibilité de scandale». <sup>29</sup> Mais étant donné que la confidentialité ne saurait être totale à l'égard des autorités judiciaires civiles, il est recommandé de suivre les indications du c. 489 § 2 (c. 259 § 2 CCEO), selon lequel «chaque année, les documents des causes criminelles en matière de mœurs dont les coupables sont morts, ou qui ont été achevées par une sentence de condamnation datant de dix ans, seront détruits; un bref résumé du fait avec le texte de la sentence définitive en sera conservé», principe qui pourrait être appliqué à tout document pouvant porter atteinte à la bonne réputation d'un individu, à partir du moment où il ne présente plus d'utilité. Dans le cas d'un séminariste, il serait prudent après son départ, volontaire ou non, «d'examiner soigneusement son dossier pour voir ce qui devrait être retenu», compte tenu du fait que, dans certains pays, les autorités civiles peuvent exiger d'avoir accès à ce dossier lorsque l'ancien séminariste est mis en cause dans une affaire. <sup>30</sup>

Un autre domaine où ce droit doit être protégée est celui de la spiritualité et de l'intimité personnelle avec Dieu. Des ingérences indues peuvent se produire à l'occasion de l'administration de la pénitence, non sans dommage pour le salut de l'âme. Le guide spirituel peut se montrer trop envahissant et non respectueux de la singularité de la vocation individuelle. Les parents peuvent être trop exigeants ou possessifs et empêcher la maturation inté-

<sup>27</sup> G. GHIRLANDA, *Doveri e diritti implicati...*, loc. cit., p. 47.

<sup>28</sup> G. GHIRLANDA, *ibid.*, p. 46.

<sup>29</sup> K. E. MCKENNA, *Confidential Clergy Matters and the Secret Archives*, «Studia Canonica» 26 (1992) 206. Cfr. Commission pontificale pour les biens culturels de l'Église, lettre circulaire «La fonction pastorale des archives ecclésiastiques», 2 février 1997.

<sup>30</sup> F. G. MORRISSEY, o.m.i., *La formation des séminaristes et le respect de la personne*, «Studia Canonica» 22 (1988) 24.

rieure de la foi de leurs enfants, là où le Seigneur les appelle. Des groupes ou des mouvements spirituels peuvent imposer une vie commune compromettant la liberté et l'autonomie personnelles.

Quant au pécheur dit «oculte», le ministre de la communion ne peut pas refuser systématiquement de lui donner l'Eucharistie, car cela irait au détriment de sa bonne réputation. S'il la demande en public, elle doit lui être administrée si l'attitude contraire pourrait causer un scandale. S'il la demande en privé, le ministre la refusera. Mais s'il «ne connaît que par la confession les mauvaises dispositions d'une personne, il ne peut lui refuser la communion, même s'ils sont seuls, car ce serait rendre la confession odieuse»,<sup>31</sup> conformément au canon 984 § 1.

Le droit à la bonne réputation concerne avant tout des domaines couverts à cette fin par le secret. Tout fidèle a le droit à ce qu'il a dit en confession soit absolument couvert par le secret, norme tout à fait singulière et exclusivement ecclésiale: vu que le secret de la confession est inviolable, «il est absolument interdit au confesseur de trahir en quoi que ce soit un pénitent, par des paroles ou d'une autre manière, et pour quelque cause que ce soit» (c. 983 § 1 CIC; c. 733 § 1 CCEO). Il ne faut pas oublier que le confesseur agit *in persona Christi*; par suite, violer le secret de la confession, c'est rompre «un rapport de confiance avec le Christ; un pacte de fidélité est ainsi violé: celui qui existe entre Jésus et son ministre. En outre, le sens de l'accusation est dénaturé, car elle est uniquement orientée au repentir et la demande d'absolution, non à la diffusion de ses contenus». <sup>32</sup> Cette obligation subsiste même après la mort du pénitent.

Cette obligation est extrêmement grave et absolue. Sa violation directe est punie d'une excommunication *latæ sententiæ* réservée au Siège apostolique, la violation indirecte l'étant selon la gravité du délit (c. 1388 § 1). La violation doit intervenir *scienter*. D'autre part, «l'utilisation des connaissances acquises en confession qui porte préjudice au pénitent est absolument défendue au confesseur, même si tout risque d'indiscrétion est exclu» (c. 984 § 1 CIC; c. 734 § 1 CCEO). Cette norme entend protéger aussi les autres fidèles et à

<sup>31</sup> É. JOMBART, *Ceux qu'on doit exclure de la sainte table in Catholicisme hier, aujourd'hui, demain*, Paris, t. II, 1949, col. 1389-1390.

<sup>32</sup> Cfr. G. J. ZUBACZ, *The Seal of Confession and Canadian Law*, Montréal, 2009; R. T. MORIARTY, *Violation of the Confessional Seal and the Associated Penalties*, «The Jurist» 58 (1998) 154-155; V. DE PAOLIS, *De delictis contra sanctitatem sacramenti pœnitentiæ*, «Periodica» 79 (1990) 177-218; E. MIRAGOLI, *Il sigillo sacramentale*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 3 (1990) 415-416; M. RIVELLA, *Il confessore educatore: l'uso delle conoscenze acquisite dalla confessione*, *ibid.* 8 (1995) 412-418; P. LOPEZ-GALLO, *Are Confidential Communications Protected by Common Law Privilege? The Seal of Sacramental Confession in the Catholic Church*, «Monitor Ecclesiasticus» 121 (1996) 305 ss.; F. CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, *El peso del silencio en el sacerdote: un estudio de la posibilidad de evitar males graves conocidos bajo el secreto religioso*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» 26 (2010) 757-784.

voir avec le principe de la liberté religieuse.<sup>33</sup> En effet, si le confesseur pouvait utiliser les connaissances acquises en confession et causer ainsi du tort à autrui, «cela porterait atteinte à l'estime que les fidèles portent en général à ce sacrement, à partir du moment où il pourrait se transformer en un instrument sournois de contrôle et de gouvernement»<sup>34</sup> et «rendre le sacrement de la pénitence odieux».<sup>35</sup>

Une distinction semble donc établie entre l'obligation de garder le secret et l'interdiction d'utiliser la science acquise lors de la confession. En réalité ces deux interdictions «sont absolues, et n'admettent jamais d'exception, même s'il s'agit de raisons gravissimes».<sup>36</sup> L'obligation du secret s'applique aussi à toute personne qui a eu, par la confession, connaissance des péchés, en tant qu'interprète ou de quelque manière que ce soit (c. 983 § 2 CIC; c. 733 § 2 CCEO). Le secret dont il s'agit ici est donc distinct du *sacramentale sigillum*. Le droit universel ne prévoit aucune peine pénale pour qui fait un usage indu de la science acquise en confession, «car il est presque impossible de punir ceux qui violeraient ce genre de loi, du fait que cette violation ne peut pas être perçue et déterminée».<sup>37</sup> Nous parlons d'usage indu. Car le confesseur pourrait en faire un bon usage si aucun danger de révéler le contenu de la confession n'existe et qu'aucun dommage n'en dérivera pour le pénitent. Par exemple, le confesseur «peut prier pour le pénitent, mieux le traiter, s'améliorer, faire tout ce qui lui revient en vertu de son office et qu'il aurait fait s'il n'avait pas entendu la confession».<sup>38</sup> Il peut pareillement utiliser cette connaissance comme moyen pour acquérir une expérience pastorale et une connaissance théologique et ascétique utiles dans l'exercice de son ministère.

Le pénitent pourrait relever son confesseur du secret et l'autoriser à faire usage de ce qu'il lui a révélé dans le cadre du sacrement de réconciliation. Si le confesseur suit cette volonté manifeste de son pénitent, il ne trahit alors nullement le secret, au sens du canon 983, car ici le sceau n'a plus de secret à protéger. Donc, en l'absence de toute possibilité de scandale<sup>39</sup> qui résulterait d'une erreur de compréhension de la communauté, le sacrement n'est pas affecté de façon négative. En utilisant le terme *prodere*, «trahir», le canon 983

<sup>33</sup> Cfr., pour l'Italie, A. PERLASCA, *La tutela civile e penale delle "notizie" apprese "per ragione del proprio ministero" come applicazione del principio della libertà religiosa*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 11 (1998) 284-309.

<sup>34</sup> M. RIVELLA, *Il confessore educatore: l'uso delle conoscenze acquisite dalla confessione*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 8 (1995) 413.

<sup>35</sup> «Communicationes» 10 (1978) 67.

<sup>36</sup> V. DE PAOLIS, *De delictis contra sanctitatem sacramenti pœnitentiæ*, loc. cit., p. 186.

<sup>37</sup> V. DE PAOLIS, *ibid.*, p. 197.

<sup>38</sup> M. RIVELLA, *Il confessore educatore...*, loc. cit., p. 415.

<sup>39</sup> Cfr. P.-Y. CONDÉ, *Le scandale canonique entre concept théologique et signe linguistique*, «Revue de Droit Canonique» 50 (2000) 243-262; D. G. ASTIGUETA, *Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica*, «Periodica» 92 (2003) 589-651.

a «reconnu implicitement la capacité du pénitent à relever le confesseur de l'obligation du secret uni à la matière de la confession». <sup>40</sup>

En outre, un supérieur «ne peut en aucune manière utiliser pour le gouvernement extérieur la connaissance des péchés acquise par une confession, à quelque moment qu'il l'ait entendue» (c. 984 § 2 CIC; c. 734 § 2 CCEO), c'est-à-dire aussi alors qu'il n'avait pas reçu la charge de supérieur. Cette interdiction s'étend à toutes les époques possibles.

«Le *juste procès* est l'objet d'un droit de la part des fidèles et constitue en même temps une *exigence du bien public de l'Église*. Les normes canoniques concernant la procédure doivent donc être observées par tous les acteurs du procès comme autant de manifestations de cette justice *instrumentale* qui conduit à la justice *substantielle*». <sup>41</sup> Des normes visent à assurer la bonne renommée des parties dans un procès pénal. C'est le cas de la norme déjà évoquée de l'enquête sur les faits dénoncés. En outre, le promoteur de justice peut renoncer à l'instance si l'accusé est d'accord; <sup>42</sup> si l'innocence de l'accusé est mise en évidence à n'importe quel moment du procès, le juge doit le déclarer par sentence; <sup>43</sup> l'accusé peut interjeter appel même s'il a été absous parce que la peine était facultative. <sup>44</sup> D'autres normes établissent des obligations spéciales et des facultés pour la protection de la bonne renommée des parties dans les procès. <sup>45</sup> L'intéressé doit en tout état de cause toujours pouvoir recourir au supérieur compétent ou en appeler à lui.

Rappelons ensuite les cas relatifs au secret d'office, dont il est question au c. 471, 2° (c. 244 § 2, 2° CCEO), avec une application particulière au domaine judiciaire, en particulier à propos des situations très délicates qui peuvent se rencontrer dans les procès matrimoniaux, centrés sur le principe fondamental établi par les canons 1455 et 1548 § 2 (c. 1113 et 1106 § 2 CCEO).

### B) *La protection de la bonne réputation*

Le concept de bonne réputation figure dans divers canons: le chancelier et les notaires de la curie diocésaine doivent «être de réputation intacte et au-dessus de tout soupçon» (c. 483 § 2 CIC; c. 253 § 2 CCEO), ce qui est d'autant plus nécessaire que leur signature fait foi et que «la véracité de leur témoignage doit être au-dessus de tout doute raisonnable»; <sup>46</sup> le procureur judi-

<sup>40</sup> D. S. BREWER, *The Right of a Penitent to Release the Confessor from the Seal: Considerations in Canon Law and American Law*, «The Jurist» 54 (1994) 446.

<sup>41</sup> JEAN-PAUL II, *Allocution à la Rote romaine*, 18 janvier 1990.

<sup>42</sup> Cfr. c. 1724 § 2 CIC 83; c. 1475 § 2 CCEO.

<sup>43</sup> Cfr. c. 1726 CIC 83; c. 1482 CCEO.

<sup>44</sup> Cfr. c. 1727 CIC 83; c. 1481 § 1 CCEO.

<sup>45</sup> Cfr. c. 1455 § 1 et 3, 1456 § 1, 1458 § 2, 2° et 1598 § 1 CIC 83; c. 1113 § 1 et 3, 1114, 1117 et 1281 § 1 CCEO.

<sup>46</sup> F. COCCOPALMERIO, *sub* c. 483, Faculté de droit canonique, Instituto Martín de Azpil-

ciaire et les avocats doivent être «de bonne réputation» (c. 1483 CIC; c. 1141 CCEO), ce qui n'exige, contrairement à ce qui est demandé pour les avocats de la curie romaine, «ni une intégrité extraordinaire de vie ni une participation active à la vie de la communauté ecclésiale». <sup>47</sup> L'«honorabilité» ou «honnêteté» de la personne est également un élément dont le juge doit tenir compte à l'heure d'apprécier les témoignages apportés au procès (c. 1572, 1<sup>o</sup> CIC; c. 1253, 1<sup>o</sup> CCEO). Cette honorabilité comporte la droiture de vie, la morale, le fait que le témoin n'ait pas été parjure précédemment. Chaque fois que la nature d'un procès ou des preuves «est telle que la divulgation des actes ou des preuves risque de porter atteinte à la réputation d'autres personnes, ou [...] de provoquer un scandale», le juge pourra imposer aux témoins, aux experts, aux parties et à leurs avocats et procureurs de déposer sous le serment du secret (c. 1455 § 3 CIC; c. 1113 § 3 CCEO).

Ce droit a une limite, à savoir que l'action pouvant porter atteinte à la réputation de quelqu'un soit protégée ou autorisée par le droit. Cela apparaît clairement s'agissant d'actions judiciaires ou de recours administratifs en vue de protéger adéquatement ses propres droits ou le bien commun. Encore faut-il observer «une juste proportion entre les moyens légaux utilisés pour cette défense et qu'il n'y ait pas de «détournement de pouvoir» ou d'éloignement des fins pour lesquelles la loi accorde ces moyens». <sup>48</sup>

La protection effective de ce droit exige «en premier lieu un système d'actions approprié déjà prévu en partie par le code de droit canonique actuel [le CIC 1917], mais pouvant, à notre avis, être amélioré, établissant que quiconque a nui injustement à la bonne réputation d'autrui peut être non seulement tenu de lui faire réparation voulue, mais encore être frappé de peines et de pénitences proportionnées au dommage causé. Il faut néanmoins remarquer que, dans ces cas, on procède sur requête du plaignant; ce n'est que dans de rares occasions que le tribunal peut agir directement contre celui qui a porté atteinte à la réputation d'autrui». <sup>49</sup> Cette protection passe par l'introduction dans la législation canonique du principe *nulla pœna sine lege*, repris dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, «afin que personne ne puisse faire l'objet de mesures disciplinaires, si ce n'est dans les cas expressément et limitativement prévus par la loi, et dans la mesure où la loi le détermine, sans laisser de latitude excessive à la discrétion de celui qui

cueta, A. Marzoa, J. Miras et R. Rodríguez-Ocaña (dir.), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, 3<sup>e</sup> éd., Pampelune, 2002 (cité *ComEx*), vol. II, p. 1090.

<sup>47</sup> C. GULLO, *sub c. 1483, ComEx*, vol. IV/1, p. 1049.

<sup>48</sup> A. MARTÍNEZ BLANCO, *Los derechos fundamentales de los fieles en la Iglesia y su proyección en los ámbitos de la familia y de la enseñanza*, Murcie, 1994, p. 89.

<sup>49</sup> A. DEL PORTILLO, *Fidèles et laïcs dans l'Église. Fondement de leurs statuts juridiques respectifs*, Montréal, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 127.

doit l'appliquer»,<sup>50</sup> comme c'était le cas sous le régime du CIC 17. Si ce principe a bien été incorporé au code de 1983, son application est menacée par le pouvoir discrétionnaire que le canon 1399, une «norme en blanc», reconnaît d'infliger une peine dans des cas non prévus par la loi, norme vigoureusement combattue par nombre de canonistes comme inutile et dangereuse. Cette norme, sans équivalent dans le CCEO, institue «un état d'exception», et porte «atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux d'un ou plusieurs fidèles». <sup>51</sup> «En tout procès pénal et au contentieux, lorsque la révélation d'un acte de procédure peut porter préjudice aux parties, les juges et les ministres du tribunal sont tenus de garder le secret inhérent à leur charge» (c. 1455 § 1 CIC; c. 1113 § 1 CCEO). Les juges et les autres agents et collaborateurs du tribunal qui «violeraient la loi du secret, ou, par dol ou grave négligence, causeraient un autre dommage aux plaideurs, peuvent être punis de peines adaptées par l'autorité compétente, y compris la privation de leur charge» (c. 1457 § 1 CIC; c. 1115 § 1 CCEO). Toute personne recevant un office dans la curie diocésaine doit «garder le secret dans les limites et selon les modalités fixées par le droit ou par l'évêque» (c. 471, 2<sup>o</sup> CIC; c. 244 § 2 CCEO).

La bonne renommée est requise aussi avant l'ouverture d'un procès en béatification d'un fidèle. En effet, «la première tâche du postulateur est d'enquêter sur la vie du serviteur de Dieu dont il est question, afin de connaître sa renommée de sainteté». <sup>52</sup>

Le droit à la bonne renommée a pour compagnon le droit à l'intimité, qui lui est assez proche.

## II. LE DROIT FONDAMENTAL À L'INTIMITÉ

Ce deuxième droit codifié au canon 220 demande d'en préciser d'abord la portée (A) avant de présenter les normes concernées par sa protection (B). Nous serons plus brefs que pour le droit à la bonne réputation, car une partie de ce que nous avons dit à son sujet peut s'appliquer ici.

### A) *La nature du droit à l'intimité*

L'intimité est «une sphère de la vie privée dans laquelle les autres ne peuvent ni ne doivent intervenir», <sup>53</sup> même s'agissant de situations vraies en elles-mêmes.

<sup>50</sup> A. DEL PORTILLO, *ibid.*, p. 130.

<sup>51</sup> Cfr. D. LE TOURNEAU, «L'interprétation du droit fondamental des fidèles à être jugés selon le droit (c. 221 § 3)», *Forum Canonicum* 7 (2012) 155-173.

<sup>52</sup> JEAN-PAUL II, const. ap. *Divinus perfectionis Magister*, 25 janvier 1983, «A.A.S.» 75 (1983) 349-355, «Normes à suivre lors des enquêtes menées par les évêques dans les causes des saints», n<sup>o</sup> 3 b).

<sup>53</sup> L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Naples, 1990, vol. 1, p. 283.

mes et ne portant pas nécessairement atteinte à la dignité de la personne. La protection de l'intimité est un droit naturel de la personne. Elle figure dans les déclarations internationales de droits de l'homme.

Le droit à protéger son intimité était absent des projets de *LEF* et du Schéma de 1982 du code. Il proviendrait du canon 33 du Schéma *De Populo Dei* de 1977. C'est un corollaire du droit à la bonne renommée étudié ci-dessus.<sup>54</sup> L'*intimitas* est, au sens strict, l'intimité psychologique et morale de la personne humaine, ce qui relève du for interne. Mais le droit à l'intimité porte aussi dans l'Église sur «tout ce qui n'entre pas dans le domaine public et notoire, c'est-à-dire ce qui appartient à la sphère purement privée des personnes et des institutions».<sup>55</sup> Parlant du respect de la vérité, le *Catéchisme de l'Église catholique* précise que «chacun doit garder la juste réserve à propos de la vie privée des gens. Les responsables de la communication doivent maintenir une juste proportion entre les exigences du bien commun et le respect des droits particuliers. L'ingérence de l'information dans la vie privée de personnes engagées dans une activité politique ou publique est condamnable dans la mesure où elle porte atteinte à leur intimité et à leur liberté» (n° 2492).

D'après la teneur du canon 220, nous pouvons estimer qu'il existe «une double protection de l'intimité: l'une, juridique, de la part de quiconque, l'autre, morale, de la part du titulaire du droit, par rapport à lui-même».<sup>56</sup> En effet, la norme établit qu'il «n'est permis à personne de porter atteinte...», ce qui semble inclure le titulaire du droit. Celui-ci doit donc manifester une certaine réserve sur ce qui touche de plus près son intimité et ne pas en faire étalage inconsidéré sur la place publique. Le fidèle a aussi droit à ce qu'aucune publicité ne soit donnée à ce qui appartient, par nature, au domaine privé et ne concerne pas sa condition canonique publique. Nul n'est donc tenu de communiquer des informations à qui n'a pas de droit strict à les recevoir.

Ce droit porte aussi sur la protection de la vie privée, la *privacy* anglo-saxonne, c'est-à-dire le droit «à être laissé seul, compris comme *right to be alone*: droit à être laissé tranquille, à ne pas être dérangé par intrusion».<sup>57</sup> À la demande du Saint-Siège, le parlement italien a pris des dispositions sur le traitement des dossiers personnels.<sup>58</sup> Aux États-Unis, des tribunaux civils

<sup>54</sup> Cfr. V. MARCOZZI, *Il diritto alla propria intimità nel nuovo Codice di diritto canonico*, «La Civiltà Cattolica» 134 (1983) 573-580.

<sup>55</sup> D. CENALMOR, *sub c. 220*, «ComEx», vol. II/1, p. 141.

<sup>56</sup> A. PERLASCA, *La tutela giuridica del diritto all'intimità...*, *loc. cit.*, p. 433.

<sup>57</sup> M. V. PISCHEDDA, *La riservatezza dei dati personali*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>58</sup> L'Union européenne s'est dotée, en 2002, d'un organisme appelé Eurojust, chargé d'améliorer l'efficacité des autorités compétentes des États membres dans leur lutte contre les formes graves de criminalité organisée transfrontalière. Eurojust stimule et améliore la coordination des enquêtes et des poursuites et il soutient également les États membres pour

ont adressé des requêtes aux tribunaux ecclésiastiques pour avoir accès à des dossiers traitant d'agressions sexuelles.<sup>59</sup> En Europe également, le respect de la confidentialité des travaux des tribunaux ecclésiastiques de la part des juridictions civiles a posé des problèmes et en posera probablement davantage à l'avenir...<sup>60</sup>

### B) *La protection du droit à l'intimité*

Tout ce qui ne respecte pas l'intimité et l'identité d'une personne, sa vie privée, va à l'encontre de ce droit. Cela concerne au premier chef la personne du saint-père, encore plus exposée que d'autres.<sup>61</sup> La divulgation de documents privés, tant du Pontife romain que de certains de ses collaborateurs, est un acte criminel, outre que diffamatoire. «Le Saint-Siège continuera à approfondir les différents développements de ces actes de violation de la vie privée et de la dignité du Saint-Père – en tant que personne et en tant qu'Autorité suprême de l'Eglise et de l'Etat de la Cité du Vatican – et il fera les démarches opportunes, afin que les auteurs du vol, du recel et de

renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites. Eurojust joue un rôle unique en tant que nouvel organe permanent dans le domaine judiciaire européen. Il a pour mission de promouvoir le développement de la coopération au niveau européen dans les affaires pénales» (<[http://europa.eu/agencies/pol\\_agencies/eurojust/index\\_fr.htm](http://europa.eu/agencies/pol_agencies/eurojust/index_fr.htm)>). En Italie, la conférence des évêques a émis un décret général 1285/1999, promulgué le 20 novembre 1999, portant des «Dispositions pour la protection du droit à la bonne réputation et à la réserve». Pour ce pays, cfr. G. DE MATTIA, *La diffamazione in persona disonorata nel diritto canonico*, «Ephemerides Iuris Canonici» 17 (1961); V. MARANO, *Diritto alla riservatezza*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 1 (1998) 305ss; C. REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 11 (1998) 310-329; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello stato*, «Diritto Ecclesiastico» 112 (2001) 294-331; D. MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, *Osservatorio della libertà ed istituzioni religiose*, [www.olir.it](http://www.olir.it), mars 2005; V. RESTA, *La protezione dei dati personali d'interesse religioso dopo l'entrata in vigore del Codice del 2003*, *ibid.*, 2005; M. ARENAS RAMIRO, *Protección de datos personales y apostasía*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» 26 (2010) 683-702.

<sup>59</sup> La Conférence des évêques des États-Unis d'Amérique du Nord a pris une série de dispositions en la matière: <<http://www.usccb.org/ocyp/audit2003/report.htm>> sur la mise en place de nouveaux dispositifs diocésains; <<http://www.usccb.org/ocyp/audit2003/report.htm>> sur les mesures canoniques à prendre; <<http://www.usccb.org/nrb/johnjaystudy/index.htm>> sur la recension et l'analyse statistique des dossiers ouverts dans le pays en la matière au cours des cinquante dernières années. Cfr. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza Statunitense*, Bulzoni, Rome 1974; F. R. AZNAR GIL, *Abusos sexuales realizados por clérigos: normas de los obispos de los Estados Unidos de América (2002). Textos y comentario*, «Revista Española de Derecho Canónico» 62 (2005) 9-87.

<sup>60</sup> Cfr. la question de la confidentialité des officialités ecclésiastiques: O. ÉCHAPPÉ, *L'officialité de Lyon, le secret et la Cour de cassation*, «L'Année Canonique» 44 (2002) 251-259.

<sup>61</sup> Cfr. SECRÉTAIRERIE D'ÉTAT, *Declaratio spectans ad tuendam imaginem Papæ*, «Communicationes» 41 (2009) 300.

la divulgation d'informations secrètes, ainsi que l'usage commercial de documents privés, pris et détenus de façon illégitime, répondent de leurs actes devant la justice». <sup>62</sup>

Différents canons régulent la protection de l'intimité. C'est le cas de l'admission au noviciat, pour lequel le recours à des experts pour vérifier l'état de santé, le tempérament et la maturité du candidat est possible, en sauvegardant toutefois, est-il précisé, le droit du canon 220, <sup>63</sup> précision ajoutée dans les dernières rédactions du canon afin d'écartier tout abus éventuel dans un domaine aussi délicat que de devoir se soumettre à un examen psychologique. La Sacrée Congrégation des religieux avait manifesté des réserves quant à ce genre d'examen, demandant qu'il n'intervienne, si besoin était, qu'«après une longue période de probation, afin de permettre au spécialiste de formuler un diagnostic fondé sur l'expérience». <sup>64</sup>

L'intimité du fidèle doit être respectée en particulier dans le domaine de la confession: autrement dit, le confesseur et tous ceux qui ont à voir avec la confession sacramentelle. <sup>65</sup> Le confesseur doit se montrer respectueux envers son pénitent, agir «avec prudence et discrétion quand il pose des questions» <sup>66</sup> et s'abstenir «de s'enquérir du nom du complice» éventuel dans les péchés confessés, car cela «pourrait facilement conduire à violer la confidentialité». <sup>67</sup> Cette prohibition a un caractère général, absolu, c'est-à-dire qu'elle «s'étend à toute complicité dans quelque genre et espèce de péchés que ce soit», mais le confesseur peut «interroger sur les circonstances du complice», telles que le lien familial, la condition de personne mariée, prêtre ou consacrée, etc., si ces circonstances affectent l'espèce et la gravité du péché. <sup>68</sup>

En même temps, tout fidèle doit être habituellement libre de choisir son confesseur, <sup>69</sup> même en cas de danger de mort, situation dans laquelle il peut recourir à tout prêtre, même dépourvu des facultés ministérielles, y compris ayant été renvoyé de l'état clérical, l'Église voulant, par cette disposi-

<sup>62</sup> Salle du presse du saint-siège, *Communiqué*, 19 mai 2012.

<sup>63</sup> Cfr. c. 642 CIC 83; c. 448 et 453 §2 CCEO.

<sup>64</sup> S. Congr. pour les religieux et les instituts séculiers, instr. *Renovationis causam* sur la rénovation adaptée de la formation à la vie religieuse, 6 janvier 1969, n° 11, III, «A.A.S.» 61 (1969) 103-12.

<sup>65</sup> C. 970, 983, 984, 1388 et 1550 § 2, 2° CIC 83; c. 733, 734, 1456 et 1231 § 2, 2° CCEO (le canon 970 est sans canon parallèle).

<sup>66</sup> Des indications précises ont été données à ce sujet par le Conseil pontifical pour la famille, *Vademecum pour les confesseurs sur certains sujets de morale liés à la vie conjugale*, 12 février 1997, «La Documentation Catholique» 94 (1997) 333-341.

<sup>67</sup> F. R. McMANUS, J. A. CORIDEN, T. J. GREEN et D. E. HEINTSCHEL (dir.), *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, commandité par la Canon Law Society of America (CLSA), New York/Mahwah, N.J., 1985, p. 689.

<sup>68</sup> F. LOZA, *sub* c. 979, «ComEx», vol. III, p. 808.

<sup>69</sup> C. 976 et 991 CIC 83; c. 725 CCEO (pas d'équivalent du canon 991).

tion exorbitante du droit commun, faciliter au maximum la réconciliation du pénitent avec Dieu. Ce droit est expressément codifié à propos des séminaristes.<sup>70</sup> D'autres dispositions sur la confession et l'accompagnement spirituel des séminaristes et des novices visent à respecter leur liberté, étant entendu que le recteur du séminaire ou de toute autre institution éducative et le maître des novices et son adjoint ne recevront «pas les confessions sacramentelles des élèves qui demeurent dans leur maison, à moins que, dans des cas particuliers, ceux-ci ne le demandent spontanément» (c. 985 CIC; c. 734 § 3 CCEO).<sup>71</sup> Les formateurs ne sont pas rendus inaptes à recevoir les confessions sacramentelles: la norme le leur interdit *ad licitatem*, mais prévoit expressément que les élèves puissent leur demander de les entendre en confession, spontanément et dans des circonstances particulières, qu'ils sont à même d'apprécier. Cette disposition évitera que les formateurs soient tentés de faire usage dans leur tâche de gouvernement de connaissances acquises lors de la confession de leurs sujets. Une autre norme allant dans le même sens interdit de demander l'avis du directeur spirituel et du confesseur pour prendre une décision concernant l'admission des séminaristes aux ordres sacrés (c. 240 § 2 CIC; c. 339 § 3 CCEO). La rédaction du canon est *numquam [...] exquiri potest*, «c'est-à-dire que le confesseur ne peut être approché afin de recueillir son sentiment. Mais si le séminariste en question autorise son confesseur à dialoguer avec les supérieurs, le confesseur parle alors de la connaissance qu'il possède à partir d'un *for externe*. Et l'intégrité du *for interne*, en général, et du *for sacramentel*, est maintenue». <sup>72</sup> La formation impartie au séminaire diffère de l'accompagnement spirituel, de sorte que le directeur spirituel ne peut pas s'estimer en «droit d'enquêter sur des affaires de conscience et de demander des comptes aux séminaristes à leur sujet: agir de la sorte reviendrait à violer leur droits et à porter atteinte à leur liberté qui est un fondement indispensable pour toute direction de conscience». <sup>73</sup>

En outre, les prêtres ne peuvent pas être admis à témoigner dans un procès «pour tout ce dont ils ont eu connaissance par la confession sacramentelle», quand bien même le pénitent les relèverait de l'obligation du secret. L'interdiction s'étend au-delà des connaissances acquises en confession puisque le canon 1550 § 2, 2<sup>o</sup> (c. 1231 § 2, 2<sup>o</sup>) indique expressément que tout ce qui a pu être appris par quelqu'un, de quelque manière que ce soit, à l'occasion de la confession, ne peut être nullement accepté, pas même à titre d'indice de vérité.

<sup>70</sup> C. 240 § 1 CIC; c. 339 § 2 CCEO; cfr. T. RINCÓN-PÉREZ, *Libertad del seminarista para elegir el "moderador" de su vida espiritual*, «Ius Canonicum» 28 (1988) 451-488.

<sup>71</sup> Une norme semblable vise les supérieurs religieux: cfr. c. 630 § 4.

<sup>72</sup> D. S. BREWER, *The Right of a Penitent to Release...*, loc. cit., p. 454.

<sup>73</sup> G. MCKAY, *Spiritual Direction in the Diocesan Seminary: An Interpretation of the Canonical Norms*, «Studia Canonica» 26 (1992) 412.

«C'est au candidat au sacerdoce à décider si le rapport psychologique qui a été établi et qui, en tout état de cause, doit respecter ce droit à la bonne renommée, peut être transmis soit à l'évêque, soit au recteur, soit au candidat lui-même, soit à d'autres personnes [...]. Il semble acquis qu'on n'a pas le droit d'exiger qu'un candidat déclare son orientation sexuelle, ni lui demander s'il a commis un acte criminel si ceci n'est pas déjà du for public. On peut questionner sur le milieu familial, les études, l'engagement apostolique, le travail accompli (si le candidat a déjà été sur le marché du travail). On peut aussi demander au candidat de décrire son cheminement spirituel, sans le forcer à dévoiler sa conscience». <sup>74</sup> Telle est peut-être la pratique au Canada. <sup>75</sup> Mais elle limite fortement la connaissance du candidat et le jugement d'idonéité que les supérieurs sont amenés à prononcer et peut donc s'avérer préjudiciable au bien commun ecclésial... Les supérieurs légitimes doivent être en mesure d'exercer un discernement le plus juste possible, en évitant «toute marque de discrimination injuste». <sup>76</sup>

De fait, le président de la commission pontificale pour la révision du code avait fait remarquer à ceux qui voulaient ajouter au canon 212 § 1 à l'intention des séminaristes une disposition semblable à celle du canon 642 (c. 448 et 453 § 2 CCEO) sur les candidats aux instituts religieux, que cela rendrait la direction spirituelle et même la confession sacramentelle inutiles, de sorte qu'un séminariste pourrait parvenir aux ordres sacrés sans avoir jamais eu d'accompagnement spirituel. <sup>77</sup> Il convient toutefois d'opérer une distinction. Une première évaluation a lieu au moment où le candidat demande à entrer au séminaire. Elle est de même nature que celle à laquelle se soumettent ceux qui entendent embrasser une profession civile. Dans notre cas, il ne s'agit pas d'une sélection, mais d'une orientation. Une deuxième évaluation psychologique peut apparaître souhaitable au cours de la période de formation du fait de l'émergence de problèmes particuliers. Si l'intéressé refuse de se soumettre à l'examen psychologique, il ne semble pas que l'autorité puisse forcer sa volonté. Il ne s'agit pas d'une norme de droit positif, «mais d'un droit naturel véritable et propre, reconnu à la personne en tant que telle, indépendamment du baptême». <sup>78</sup> De fait, le refus peut très bien être motivé

<sup>74</sup> F. G. MORRISEY, o.m.i., *La formation des séminaristes et le respect de la personne*, loc. cit., p. 19-20.

<sup>75</sup> On verra G. J. ZUBACZ, *The Seal of Confession and Canadian Law*, Montréal, 2009.

<sup>76</sup> Congr. pour l'éducation catholique, *Instr. sur les critères de discernement vocationnel au sujet des personnes présentant des tendances homosexuelles en vue de l'admission au séminaire et aux ordres sacrés*, 4 novembre 2005, «A.A.S.» 97 (2005) 1007-1013.

<sup>77</sup> Cfr. A. PERLASCA, *La tutela giuridica del diritto all'intimità...*, loc. cit., p. 427; G. GHIRLANDA, *Utilizzo delle competenze psicologiche nell'ammissione e nella formazione dei candidati al sacerdozio*, «Peridodica» 98 (2009) 581-618.

<sup>78</sup> A. PERLASCA, *La tutela giuridica del diritto all'intimità...*, loc. cit., p. 431.

par des raisons totalement étrangères à l'insubordination.<sup>79</sup> Il se pourrait que le candidat soit analysé à son insu. Il y aurait là une grave atteinte à son droit à la protection de son intimité. «Le droit et le devoir de l'institution de formation d'acquérir les connaissances nécessaires pour un jugement prudemment certain sur l'idonéité du candidat ne peuvent pas léser le droit à la bonne réputation dont jouit la personne, ni le droit à défendre son intimité, ainsi que le prescrit le canon 220 du code de droit canonique. Cela signifie qu'on pourra procéder à la consultation d'un psychologue seulement avec le consentement préalable, informé, explicite et libre du candidat».<sup>80</sup> En cas de refus, le supérieur devra donc effectuer son discernement à partir des éléments dont il dispose déjà et compte tenu du canon 1052 § 3 (cf. c. 770 CCEO): «Si, malgré tout cela, pour des raisons déterminées, l'évêque doute de l'idonéité du candidat à recevoir les ordres, il s'abstiendra de le promouvoir.» Le candidat ne sera alors toutefois pas écarté parce qu'il a refusé de se soumettre au test psychologique, mais parce que, au jugement prudent de l'ordinaire, il ne réunit pas les conditions requises pour accéder aux ordres sacrés. En tout état de cause, les tests psychologiques doivent être présentés, et vécus, comme une aide à la maturation intégrale de la personne et non pour la forcer dans un sens ou dans un autre, et «il est nécessaire de tenir exactement compte de l'état biologique et psychologique du candidat pour pouvoir le guider et l'orienter vers l'idéal du sacerdoce».<sup>81</sup> Il se pourrait bien que nombre de problèmes qui se présentent dans la vie de certains clercs, «et donc leurs actions criminelles, auraient pu être évitées si leur formation avait été mieux soignée, avec un plus grand sens des responsabilités de la part des formateurs ainsi que de l'évêque et des supérieurs majeurs».<sup>82</sup> De même, quand un clerc est dénoncé pour avoir prétendument commis un crime, il est «inadmissible que le clerc incriminé soit contraint de se soumettre à des enquêtes psychologiques orientées à déterminer si sa personnalité est encline à commettre les délits en question ou orientées à extorquer sa confession».<sup>83</sup>

La célébration en secret du mariage (c. 1130-1133 CIC; c. 840 CCEO) vise également à préserver la bonne renommée des contractants. La gravité et

<sup>79</sup> Par ex., le candidat récuse la personne du psychologue choisi; ou bien celui-ci recourt à une anthropologie non chrétienne; ou encore l'explication fournie sur l'utilité de l'examen n'a pas été convaincante, etc.

<sup>80</sup> Congr. pour l'éducation catholique, *Orientations pour l'utilisation de la psychologie dans l'admission et la formation des candidats au sacerdoce*, 28 juin 2008, n° 12.

<sup>81</sup> Cfr. PAUL VI, enc. *Sacerdotalis cœlibatus*, 24 juin 1967, n° 63, «A.A.S.» 59 (1967) 682-683.

<sup>82</sup> G. GHIRLANDA, *Doveri e diritti implicati...*, loc. cit., p. 41.

<sup>83</sup> G. GHIRLANDA, *Ibid.*, p. 35. Cfr. V. MARCOZZI, S.J., *Indagini Psicologiche e Diritti della Persona*, «La Civiltà Cattolica» 127 (1976) 541-551; IDEM, *Il diritto alla Propria Intimità nel Nuovo Codice di Diritto Canonico*, *ibid.* 134 (1983) 573-580 et «Vita Consacrata» 20 (1984) 552-559; G. D. INGELS, *Protecting the Right to Privacy when Examining Issues Affecting the Life and Ministry of Clerics and Religious*, «Studia Canonica» 34 (2000) 439-466.

l'urgence de la situation sont soumises à l'appréciation de l'ordinaire du lieu (c. 1130 CIC; c. 840 § 1 CCEO).

Les personnes citées comme témoins au procès canonique sont soustraites à l'obligation de répondre si elles « craignent que leur témoignage n'entraîne pour elles-mêmes, leur conjoint, leurs proches parents ou alliés, discrédit, mauvais traitement dangereux ou autres maux graves » (c. 1548 § 2, 2<sup>o</sup> CIC 83; c. 1229 § 2, 2<sup>o</sup> CCEO). Ces personnes soient dispensées de témoigner: elles sont tout bonnement juridiquement incapables de le faire. Ce qui ne signifie pas qu'elles ne peuvent pas participer au procès comme témoins, mais qu'elles ne peuvent pas répondre sur certains sujets. Et, dans le même sens, « chaque fois que l'Ordinaire a connaissance, au moins vraisemblable, d'un délit, il fera par lui-même ou par une personne idoine, une enquête prudente portant sur les faits, les circonstances et l'imputabilité du délit suivant les dispositions du canon 1548 § 2 » (c. 1546 § 1 CIC; c. 1227 § 1 CCEO). Au cours du procès, le juge, peut pour une cause grave, retarder la communication du libelle à la partie demandée jusqu'au moment où il aura fait sa déposition devant le tribunal (c. 1508 § 2 CIC; c. 1191 § 2 CCEO). Cette disposition vise à protéger la liberté d'expression du défendeur qui pourrait craindre de devoir affronter un procès en diffamation intenté par l'autre partie devant les autorités judiciaires civiles. De façon plus générale, la protection du droit à la bonne renommée et à la réserve doit se comprendre comme « un principe qui informe le procès prévu et organisé par le nouveau code ».

Le code de 1983 énonçait un principe général et ne pouvait pas envisager toutes les situations dans lesquelles la bonne réputation ou l'intimité de ses fidèles devait être protégée. Depuis quelques temps les instances européennes<sup>84</sup> puis, par application de ses indications, les instances étatiques ont pris des dispositions visant à protéger les données personnelles. La conférence des évêques d'Italie a également légiféré en la matière,<sup>85</sup> et précisé avoir retenu « qu'il est opportun de donner une réglementation plus développée au droit de la personne à la bonne renommée et à la réserve reconnu par le canon 220 du code de droit canonique ». Elle a agi de la sorte en vertu du principe de subsidiarité.

Dans ce domaine, un nouveau problème se pose depuis quelques temps avec les demandes que certains fidèles adressent à l'autorité ecclésiastique en vue d'obtenir leur radiation des registres du baptême, ce qui revient à un

<sup>84</sup> C'est la mise en œuvre de la directive européenne 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, du 24 octobre 1995, relative à *La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, « Journal Officiel des Communautés européennes », 23 novembre 1995, n<sup>o</sup> L 281, p. 31-50.

<sup>85</sup> Cfr. le texte du décret dans « *Ius Ecclesiae* » 12 (2000) 570-589, suivi d'une note de D. MORGAVERO, *Diritto alla buon fama e alla riservatezza e tutela dei dati personali*, *ibid.* 589-610.

acte d'apostasie. En France, aux termes de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, consolidée par la loi n° 2004-801, du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, on doit exiger de plein droit que le nom soit rayé de façon à n'être plus lisible de tout fichier non automatisé. Mais le lien d'appartenance à l'Église est ignoré par l'État et n'a donc aucune incidence civile. Les ministres saisis d'une telle demande se contentent d'apposer une mention d'apostasie en marge du registre de baptême, sans supprimer le nom du registre.<sup>86</sup> Certes, nul ne peut être empêché de manifester extérieurement ses convictions, mais «les confessions religieuses ont aussi le droit de réaliser librement leur activité propre».<sup>87</sup>

★

Le droit à la vie est le bien le plus précieux pour l'être humain, point de départ de tous les droits et devoirs naturels et surnaturels. Le codificateur aurait pu le reconnaître explicitement, à côté des droits à la bonne réputation et à l'intimité de ce canon. L'Église défend ce droit face à la société civile. La mention explicite du droit à la bonne renommée et du droit à l'intimité au nombre des droits et des devoirs fondamentaux «semble exprimer la tentative de leur conférer une protection judiciaire en droit canonique, jusqu'alors inexistante».<sup>88</sup> Mais des doutes sérieux subsistent quant à la réalité de cette protection.

Si le canon 220 énonce formellement un droit de nature juridique qui concerne tous les hommes, et pas les seuls baptisés, il n'en reste pas moins que, pour les non fidèles, il risque de n'affirmer qu'un principe à caractère purement moral. L'on peut se demander s'il sera possible de le protéger dans le cas où le sujet actif de l'atteinte portée aux droits que ce canon entend protéger est un non baptisé. De quelle protection le fidèle pourra-t-il se prévaloir alors? Le droit à la bonne renommée et le droit à l'intimité, «com-

<sup>86</sup> Cfr. J. PASSICOS, *L'acte formel: à propos des demandes de radiation de baptême et de sortie de l'Église*, «L'Année Canonique» 39 (1997) 51-57. En Italie, les demandes de ce genre portées devant les autorités civiles ont été considérées infondées par l'autorité garante de la protection des données personnelles puis rejetées par l'autorité judiciaire. Cfr. A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza...*, loc. cit., p. 271-272.

<sup>87</sup> A. VITALONE, *ibid.*, p. 276. Le décret général cité de la conférence des évêques d'Italie, du 20 octobre 1999, décide que «la demande de radiation des données des registres est inacceptable si elle porte sur des données relatives à la célébration de sacrements qui a eu lieu ou de toute façon a trait au statut des personnes. Une telle demande doit être annotée sur le registre, et oblige le responsable des registres à n'utiliser les données correspondantes qu'avec l'autorisation de l'ordinaire diocésain» (art. 2 § 9).

<sup>88</sup> A. SOLFERINO, *I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità*, *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. Bertolino-S. Gherro-G. Lo Castro, Turin, 1996, p. 373.

me tous les droits et les devoirs exprimés dans le code, se présentent sous la forme d'énoncés généraux, qui requièrent et imposent d'être reconnus et protégés, y compris au moyen de l'explicitation normative d'une protection juridique concrète». <sup>89</sup> Et ce n'est pas dans la bonne direction que nous oriente la norme du canon 223 § 1 (c. 26 § 1 CCEO), qui permet à l'autorité ecclésiastique de réguler l'exercice des droits fondamentaux des fidèles en raison du bien commun de l'Église. Cela revient à donner d'une main et à reprendre de l'autre...

À cela s'ajoute le fait que, pour que la protection des droits puisse exister réellement, il faudrait que le droit fondamental du canon 221 § 1 (c. 24 § 1 CCEO) à «revendiquer légitimement» ses droits dans l'Église et à «les défendre devant le for ecclésiastique compétent, selon le droit», soit appliqué sans anicroche. Or, si le principe est bien établi, tant par l'assise conciliaire que par la codification aussi bien latine qu'orientale, il s'en faut de beaucoup qu'il soit vraiment reconnu dans les faits. Le principal obstacle tient à ce que le seul tribunal administratif existant est le tribunal suprême de la Signature apostolique. <sup>90</sup> À cette énorme limitation, de nature à décourager bien des requérants potentiels, s'ajoute fréquemment la peur de l'autorité ecclésiastique face à un procès canonique, qui use de procédés dilatoires afin que les fidèles ne soient plus en mesure d'ester, lésant indéniablement leurs droits fondamentaux. Ces dérives et d'autres <sup>91</sup> appellent d'urgence un correctif, si l'on veut que le droit canonique soit pris au sérieux et que l'Église soit réellement le *speculum iustitiæ* <sup>92</sup> qu'elle doit être à la face du monde. Car, selon Pascal, «c'est une fausse piété de conserver la paix au préjudice de la vérité». <sup>93</sup>

<sup>89</sup> A. SOLFERINO, *ibid.*, p. 382.

<sup>90</sup> Cfr. T. J. PAPROCKI, *Rights of Christians in the Local Church: Canon Law Procedures in Light of Civil Law Principles of Administrative Justice*, «*Studia Canonica*» 24 (1990) 427-442.

<sup>91</sup> Cfr. A. BAMBERG, *Réflexions autour du droit au procès dans l'Église catholique de rite latin*, «*Dionysiana*» 4 (2010) 254-268.

<sup>92</sup> Bx JEAN-PAUL II, *Allocution aux membres de la Rote romaine*, 17 février 1969.

<sup>93</sup> B. PASCAL, *Pensées*, n° 930, ed. Brunschvicg.

RECENTI MODIFICHE  
AL SISTEMA PENALE E AMMINISTRATIVO  
DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO:  
UNA PRIMA LETTURA

ALESSIO SARAIS

ABSTRACT: Sono entrate in vigore il 1° settembre le leggi vaticane nn. VIII, IX e X dell'11 luglio 2013, insieme al *Motu proprio* di Papa Francesco "Ai nostri tempi".

Queste norme comportano importanti modifiche del sistema penale e sanzionatorio dello Stato della Città del Vaticano, dove ancora oggi si applicano il codice penale ed il codice di procedura penale italiani in vigore nel 1929. La legge n. VIII prevede nuove figure di reato, come la tortura, la discriminazione razziale, il genocidio e i crimini contro l'umanità, e introduce la responsabilità delle persone giuridiche. La legge n. IX modifica il testo dei codici e prevede tra l'altro l'introduzione del principio del giusto processo, la presunzione di innocenza e l'abolizione dell'ergastolo. La legge n. X pone invece una serie di norme generali in materia di sanzioni amministrative.

Il *Motu proprio* del Papa estende infine, in alcuni specifici ambiti, l'applicazione delle norme vaticane e della giurisdizione dei giudici dello SCV anche nei confronti dei Dicasteri della Santa Sede e degli organismi della Curia Romana.

Prosegue così la riforma dell'ordinamento giuridico vaticano già cominciata da Benedetto XVI e oggi portata avanti da Papa Francesco.

ABSTRACT: The new Vatican Laws, n. VIII, IX and X, dated July 11th 2013, along with Francis Pope's Apostolic Letter *Motu proprio* "In our times" came into force on Sunday, September 1st.

These norms imply considerable modifications of the Vatican City State's Criminal System and of its Sanctions, still based on the Italian Criminal Code and the Italian Criminal Procedure Code, both of them dated 1929. Law VIII establishes new offences, i.e. torture, racial discrimination, genocide and crimes against humanity and introduces the administrative liability of juridical persons. Law IX amends the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, introduces fair trial principle and presumption of innocence and abolishes life imprisonment. Law X provides norms about administrative sanctions matters.

Furthermore, Francis Pope's *Motu proprio* extends the application of Vatican Laws as well as the jurisdiction of SCV's judicial authorities to some specific fields, also to the highest-ranking departments of the Holy See and to other authorities of the Romana Curia.

We can therefore note how the reform of the Vatican Legal System, started by Benedict XVI, is now continuing with Francis' Pope's action.

PAROLE CHIAVE: Papa Francesco, Vaticano, riforma, sistema penale

KEY WORDS: Pope Francis, Vatican, Reform, Criminal System

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il sistema penale vaticano configurato dalla legge 7 giugno 1929, n. II – 3. Alcune innovazioni nel corso del tempo – 4. La legge 1° ottobre 2008, n. LXXI – 5. Le esigenze di riforma – 6. I provvedimenti dell'11 luglio 2013 – 7. La legge n. VIII: norme complementari in materia penale – 8. La legge n. IX: norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale – 9. La legge n. X: norme generali in materia di sanzioni amministrative – 10. Il *Motu proprio* "Ai nostri tempi" – 11. Alcune considerazioni conclusive.

## 1. INTRODUZIONE

SONO entrate in vigore lo scorso 1° settembre una serie di importanti modifiche normative che hanno interessato il sistema penale e sanzionatorio-amministrativo dello Stato della Città del Vaticano (SCV).<sup>1</sup> Si tratta in particolare delle leggi vaticane dell'11 luglio 2013, nn. VIII, IX e X,<sup>2</sup> a cui si accompagna una lettera apostolica in forma di *Motu proprio* di Papa Francesco, di pari data, che su alcuni aspetti considerati dalle leggi citate estende la giurisdizione dei giudici vaticani ai Dicasteri della Santa Sede,<sup>3</sup> anche se situati al di fuori del territorio vaticano.

<sup>1</sup> Per indicare lo Stato della Città del Vaticano si utilizza in seguito la sigla SCV, comunemente usata anche in campo internazionale.

<sup>2</sup> Legge 11 luglio 2013, n. VIII (Norme complementari in materia penale); legge 11 luglio 2013, n. IX (Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale) e legge 11 luglio 2013, n. X (Norme generali in materia di sanzioni amministrative). I testi sono pubblicati sul sito internet del Governatorato dello SCV, nella sezione "Legislazione e normativa", url <<http://www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/it/stato-e-governo/legislazione-e-normativa/normativa-in-materia-penale-e-amministrativa.html>>, consultato in data 10 ottobre 2013. Le leggi sono state promulgate dalla Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, organo cui compete in via ordinaria l'esercizio del potere legislativo per lo SCV proprio del Romano Pontefice (cfr. art. 3, comma 1, legge fondamentale SCV, 26 novembre 2000, in *AAS Suppl.*, 71 (2000), p. 75-83). Come di consueto, le leggi vaticane sono indicate con la data di promulgazione ed il numero romano progressivo per la durata di ciascun pontificato (cfr. art. 2, comma 1, legge sulle fonti del diritto, 1° ottobre 2008, n. LXXI, in *AAS Suppl.*, 79 (2008), p. 65-70). Diversamente dalla regola generale che prevede l'entrata in vigore il settimo giorno successivo alla pubblicazione (cfr. art. 2, comma 2, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI), in questo caso le leggi in questione hanno stabilito un termine diverso, indicandolo nella data del 1° settembre 2013.

<sup>3</sup> FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio sulla giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano in materia penale "Ai nostri tempi"*, 11 luglio 2013, su *L'Osservatore Romano*, 12 luglio 2013, p. 7.

## 2. IL SISTEMA PENALE VATICANO CONFIGURATO DALLA LEGGE N. II DEL 7 GIUGNO 1929

Prima di esaminare alcune delle principali innovazioni previste dalla nuova disciplina, appare utile un cenno sull'ordinamento giuridico vaticano, in particolare per quanto concerne l'aspetto del sistema penale. Con la nascita dello Stato nel 1929 a seguito della stipula dei Patti Lateranensi,<sup>4</sup> Pio XI, nella sua qualità di sovrano vaticano, emanava sei leggi<sup>5</sup> che avrebbero rappresentato nel tempo l'ossatura fondamentale del sistema giuridico dello Stato,<sup>6</sup> sistema che si configurava fin da subito come ordinamento sovrano e in sé autosufficiente. In particolare la legge n. II del 7 giugno 1929, nota come legge sulle fonti del diritto, delineava con chiarezza la complessa architettura normativa su cui l'ordinamento si reggeva: in base alle previsioni ivi contenute, erano considerate fonti del diritto nello SCV il *Codex iuris canonici* e le

<sup>4</sup> I Patti Lateranensi vennero sottoscritti l'11 febbraio 1929 da Pietro Gasparri, Segretario di Stato e plenipotenziario di Papa Pio XI, e da Benito Mussolini, Capo del Governo italiano, plenipotenziario per parte del Re Vittorio Emanuele III. Il testo è pubblicato per parte della Santa Sede in AAS, 21 (1929), p. 210-294, e per parte italiana nella legge di esecuzione 27 maggio 1929, n. 810, in *Gazzetta Ufficiale*, 5 giugno 1929, n. 130. Come noto, i Patti devono il nome al palazzo di San Giovanni in Laterano in cui avvenne la loro firma. Sono articolati in due documenti distinti, il Trattato – con i suoi quattro allegati – ed il Concordato: il primo è l'atto di rilevanza internazionale che regola i rapporti tra due entità sovrane in campo internazionale, mentre il secondo regola i rapporti tra la Chiesa cattolica e lo Stato al suo interno. Sulla genesi e sui contenuti dei Patti Lateranensi si rimanda a E. PUCCI, *La pace del Laterano*, Firenze 1929, e R. SAVIANO, *Sovranità della Chiesa e sovranità dello Stato. Come e perché fu fatta la Conciliazione*, Firenze 1934. Il solo Concordato è stato modificato con i cd. Accordi di Villa Madama del 18 febbraio 1984, ratificati in Italia con la legge 25 marzo 1985, n. 121 (in *Gazzetta Ufficiale*, 10 aprile 1985, n. 85).

<sup>5</sup> Si tratta delle leggi n. I (Legge fondamentale della Città del Vaticano), n. II (Legge sulle fonti del diritto), n. III (Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno), n. IV (Legge sull'ordinamento amministrativo), n. V (Legge sull'ordinamento economico, commerciale e professionale) e n. VI (Legge di pubblica sicurezza) del 7 giugno 1929, pubblicate in AAS *Suppl.*, 1 (1929), p. 1-31. Di queste, nell'ambito di un complessivo e organico processo di riforma del sistema ordinamentale vaticano, le prime tre risultano oggi formalmente abrogate e sostituite rispettivamente dalla legge 26 novembre 2000, s.n. (Nuova legge fondamentale dello SCV), dalla legge 1° ottobre 2008, n. LXXI (Nuova legge sulle fonti del diritto) e dalla legge 22 febbraio 2011, n. CXXXI (Nuova legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso), quest'ultima in AAS *Suppl.*, 82 (2011), p. 1-7. Per uno sguardo complessivo sull'ordinamento giuridico vaticano si rimanda a F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1932 (ristampata nel 2005 dalla Libreria Editrice Vaticana); W. SCHULZ, *Leggi e disposizioni usuali dello Stato della Città del Vaticano*, I-II, Roma, 1981-1982; J.I. ARRIETA, *Codice di norme vaticane*, Venezia, 2006; G. CORBELLINI, *Leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, III, Roma, 2007; più di recente W. HILGEMAN, *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Città del Vaticano 2013.

<sup>6</sup> L'espressione è di P.A. BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa nello SCV*, in *Archivio giuridico* "Filippo Serafini", 229 (2009), p. 464.

Costituzioni apostoliche (quindi sostanzialmente le norme canoniche) e le specifiche leggi emanate per la Città del Vaticano dal Sommo Pontefice o da altra autorità da lui delegata.<sup>7</sup> Tuttavia, nelle materie in cui non provvedevano queste fonti, si sarebbe applicata in via suppletiva la legge italiana, sebbene con particolari filtri (non contrarietà al diritto divino, ai principi generali del diritto canonico e a quanto previsto nei Patti Lateranensi, oltre che concreta applicabilità delle norme “in relazione allo stato di fatto esistente nella Città del Vaticano”).<sup>8</sup>

Per quanto riguarda in particolare il sistema penale, la legge n. 11 del 1929 prevedeva che si applicasse nello SCV il codice penale all'epoca vigente nel Regno d'Italia: si trattava del cd. codice Zanardelli, promulgato in Italia nel 1889.<sup>9</sup> Allo stesso modo veniva “recepito” nello SCV il codice di procedura penale italiano allora in vigore, emanato nel 1913.<sup>10</sup>

Con questo rinvio di carattere “statico” al testo dei codici vigenti in Italia al momento del recepimento, la norma italiana diventava fonte applicabile nello SCV, soggetta alla sovranità del legislatore vaticano e del tutto sganciata per il futuro dalle successive vicende che i codici avrebbero avuto per parte italiana.

Ecco che così, dopo il recepimento del 1929, il sistema penale italiano e quello vaticano prendono strade diverse. Il codice penale Zanardelli del 1889, che rimaneva vigente nello SCV, venne abrogato in Italia nel 1930 – appena un anno dopo il recepimento da parte vaticana – e sostituito dal cd. codice Rocco, tuttora vigente in Italia. Allo stesso modo, nello SCV restava applicabile il codice di procedura italiano del 1913, quando invece in Italia, contestualmente al nuovo codice sostanziale, nel 1930 entrava in vigore anche il nuovo codice di rito che sarebbe poi stato ulteriormente sostituito con l'attuale codice di procedura del 1989.

### 3. ALCUNE INNOVAZIONI NEL CORSO DEL TEMPO

Il legislatore vaticano, nell'esercizio della sua sovranità, peraltro è intervenuto sulla disciplina penale originariamente recepita dal sistema italiano, apportando nel tempo una serie di modifiche. In particolare, si possono ricordare diversi importanti interventi, tra i quali la legge che modifica la legislazione

<sup>7</sup> Cfr. art. 1, legge 7 giugno 1929, n. 11.

<sup>8</sup> Cfr. art. 3, legge 7 giugno 1929, n. 11.

<sup>9</sup> Cfr. art. 4, legge 7 giugno 1929, n. 11. Il riferimento è all'allora “vigente codice penale del Regno d'Italia”, promulgato in Italia con regio decreto 30 giugno 1889, n. 6133 (in *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Roma, 1889, n. 6133).

<sup>10</sup> Cfr. art. 7, legge 7 giugno 1929, n. 11. Il riferimento è al codice di procedura penale promulgato in Italia con regio decreto 27 febbraio 1913, n. 127 (in *Gazzetta Ufficiale*, 27 febbraio 1913, n. 48).

penale e la legislazione processuale penale (n. L del 21 giugno 1969),<sup>11</sup> la legge sulle pene pecuniarie e sulla prescrizione (n. LII del 10 gennaio 1983),<sup>12</sup> la legge in materia di modifiche al sistema penale (n. CCXXVII del 14 dicembre 1994)<sup>13</sup> e più di recente la legge concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo (n. CXXVII del 30 dicembre 2010)<sup>14</sup> e quella sulla frode e la contraffazione delle banconote e le monete in euro (n. CXXVIII di pari data).<sup>15</sup>

#### 4. LA LEGGE 1° OTTOBRE 2008, N. LXXI

Pur con le innovazioni appena considerate, il sistema di riferimento penale vaticano continuava ad essere incentrato sostanzialmente sui codici italiani vigenti nel 1929. In questo senso anche la nuova legge vaticana sulle fonti del diritto, n. LXXI, emanata da Benedetto XVI il 1° ottobre 2008 ed entrata in vigore il successivo 1° gennaio 2009 in sostituzione alla precedente legge n. II del 1929, ha confermato la stessa impostazione generale.

Anche secondo quanto previsto dalla nuova legge “l’ordinamento giuridico vaticano riconosce nell’ordinamento canonico la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo”.<sup>16</sup> Alle norme canoniche si aggiungono come “fonti principali del diritto la legge fondamentale e le leggi promulgate per lo Stato della Città del Vaticano dal Sommo Pontefice, dalla Pontificia Commissione o da altre autorità alle quali egli abbia conferito l’esercizio del potere legislativo”.<sup>17</sup> Non manca poi il richiamo alle norme internazionali, dal momento che “l’ordinamento giuridico vaticano si conforma alle norme di diritto internazionale generale e a quelle derivanti da trattati e altri accordi di cui la Santa Sede è parte”.<sup>18</sup> Le leggi italiane si applicano nello SCV “in via suppletiva e previo recepimento da parte della

<sup>11</sup> Legge 21 giugno 1969, n. L, in *AAS Suppl.*, 40 (1969), p. 13-26.

<sup>12</sup> Legge 10 gennaio 1983, n. LII, in *AAS Suppl.*, 54 (1983), p. 81-87.

<sup>13</sup> Legge 14 dicembre 1994, n. CCXXVII, in *AAS Suppl.*, 65 (1994), p. 57-59.

<sup>14</sup> Legge 30 dicembre 2010, n. CXXVII, in *AAS Suppl.*, 81 (2010), p. 167-201.

<sup>15</sup> Legge 30 dicembre 2010, n. CXXVIII, in *AAS Suppl.*, 81 (2010), p. 203-213. Tra gli interventi normativi vaticani che contengono norme penali si possono menzionare anche la legge sulla disciplina della circolazione stradale (n. LXII del 22 giugno 1970, in *AAS Suppl.*, 42 (1970), p. 17-26), riformata dalla successiva legge che modifica la legislazione sulle pene pecuniarie e la legislazione sulla disciplina della circolazione stradale (n. CXLIV del 15 giugno 1989, in *AAS Suppl.*, 60 (1989), p. 27-29) ed il decreto concernente la navigazione marittima sotto la bandiera dello SCV (n. LXVII del 15 settembre 1951, in *AAS Suppl.*, 23 (1951) p. 69-74).

<sup>16</sup> Art. 1, comma 1, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI.

<sup>17</sup> Art. 1, comma 2, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI.

<sup>18</sup> Art. 1, comma 4, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI. La “conformazione” del diritto vaticano al diritto internazionale è prevista “salvo quanto previsto nel comma 1”, quindi nei limiti in cui ciò sia possibile nel rispetto dell’ordinamento canonico come prima fonte e primo criterio interpretativo dell’ordinamento dello SCV.

competente autorità vaticana” sempre quindi che non provvedano altre fonti applicabili a disciplinare la materia e con gli stessi filtri previsti nel 1929.<sup>19</sup>

In particolare in materia penale “fino a che non si provveda a nuova definizione del sistema penale” trova ancora oggi applicazione “il codice penale italiano recepito con la legge 7 giugno 1929, n. 11, come modificato ed integrato dalle leggi vaticane”.<sup>20</sup> Ugualmente per la parte processuale “sino a che non si provveda a nuova disciplina del rito” si applica nello SCV “il codice di procedura penale italiano recepito con la legge 7 giugno 1929, n. 11, come modificato ed integrato dalle leggi vaticane”.<sup>21</sup>

## 5. LE ESIGENZE DI RIFORMA

Se l'impianto in termini generali si è mostrato funzionale alle esigenze del piccolo Stato d'oltretevere, sono tuttavia emerse nel tempo una serie di esigenze determinate dall'evolversi delle normali dinamiche sociali e di vita che il legislatore del 1929 non poteva evidentemente arrivare a prevedere.<sup>22</sup>

Un'ulteriore forte esigenza di adeguamento del sistema penale vaticano veniva dal fronte internazionale. Da un lato le Convenzioni internazionali di cui la Santa Sede – anche in nome e per conto dello SCV – diveniva Parte facevano nascere la necessità di un adeguato recepimento anche sul piano del diritto interno.<sup>23</sup> Per altro verso, attraverso un'apposita Convenzione,

<sup>19</sup> Art. 3, legge 1° ottobre 2008, n. LXI. Secondo quanto già sostanzialmente previsto nella legge del 1929, il recepimento della legislazione italiana è possibile purchè “non risulti contraria ai precetti di diritto divino, né ai principi generali del diritto canonico, nonché alle norme dei Patti Lateranensi e successivi Accordi e sempre che, in relazione allo stato di fatto esistente nella Città del Vaticano, risulti ivi applicabile”.

<sup>20</sup> Cfr. art. 7, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI. Il testo legislativo del 2008, con un doppio rinvio, rinvia ai codici sostanziale e di rito recepiti nello SCV con la legge n. 11 del 1929, quindi ai codici allora vigenti nel Regno d'Italia. La legge lascia aperta espressamente la possibilità del legislatore vaticano di provvedere in termini complessivi ad una “nuova definizione del sistema penale” e ad una “nuova disciplina del rito” che superi l'attuale assetto incentrato sui codici italiani in vigore nel 1929.

<sup>21</sup> Cfr. art. 8, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI.

<sup>22</sup> Sul sistema penale vaticano ed in particolare sulle esigenze che ne hanno portato alla riforma, G. BONI, *Il diritto penale vaticano: teoria e prassi*, in *Il diritto ecclesiastico*, 123 (2012), p. 107-156.

<sup>23</sup> Sulla relazione tra lo SCV e la Santa Sede, W. SCHULZ, *Lo Stato della Città del Vaticano e la Santa Sede. Alcune riflessioni intorno al loro rapporto giuridico*, in *Apollinaris*, 51 (1978), p. 661-674. Secondo la tesi più accreditata in dottrina (cfr. G. ARANGIO RUIZ, *La Città del Vaticano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 11 (1929), p. 600-618; G. DIENA, *La Santa Sede e il diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 31 (1929), p. 187-201; più di recente C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1996, p. 266-267; ma *contra* ad esempio D. DONATI, *La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato*, Padova 1930, p. 33) lo SCV è fornito di un'autonoma soggettività internazionale rispetto alla Santa Sede, in ragione della norma internazionale consuetudinaria per cui sono soggetti di diritto internazionale gli enti dotati dei caratteri tipici della statualità (popolo, territorio e sovranità); inoltre in alcune norme internazionali di natura pattizia si distingue chiaramente la soggettività internazionale della Santa Sede da

lo SCV, pur non facendo parte dell'Unione europea, adottava come propria moneta corrente l'euro,<sup>24</sup> impegnandosi al rispetto di alcuni rigorosi standard in termini di repressione e controllo degli illeciti finanziari, dal falso nummario al contrasto al riciclaggio e alla lotta al finanziamento al terrorismo: queste esigenze diventavano tra l'altro ancora più stringenti dopo che la Santa Sede aveva aderito – anche per quanto riguarda lo SCV – al sistema di monitoraggio internazionale Moneyval.<sup>25</sup>

quella dello SCV (ad esempio nelle Convenzioni del 1929-1930 intervenute tra l'Italia e lo SCV per l'esecuzione dei servizi postali, telegrafici e telefonici). Pertanto nella negoziazione e nella sottoscrizione degli Accordi internazionali avviene talvolta che, qualora ci siano degli aspetti che coinvolgono l'elemento territoriale o sia richiesto di reprimere specifiche condotte illecite mediante sanzioni penali di diritto interno, la Santa Sede agisca anche in nome e per conto dello SCV.

<sup>24</sup> Al fine dell'introduzione dell'euro nello SCV è stata inizialmente sottoscritta la Convenzione monetaria del 29 dicembre 2000 con l'Italia, la quale agiva come Parte per conto dell'Unione europea. L'UE tuttavia, a seguito della Decisione del Consiglio 2009/895/CE del 26 novembre 2009 ha da ultimo ritenuto di dover in parte modificare il precedente atto e rinegoziarne i contenuti "per garantire una maggiore coerenza nelle relazioni tra la Comunità e i Paesi che hanno sottoscritto accordi monetari". Si è addivenuti quindi alla sottoscrizione della nuova Convenzione monetaria del 17 dicembre 2009, le cui Parti sono direttamente l'Unione europea e lo SCV, sebbene Paese terzo, senza intermediazione italiana. Da un tale atto di carattere internazionale, a fronte della possibilità di avvalersi dell'euro come moneta avente corso legale, discende per lo SCV l'obbligo di recepimento delle norme europee in materia monetaria e finanziaria, secondo quanto prescritto dalla Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 richiamata, in particolare per quanto riguarda la prevenzione e la repressione della frode e contraffazione dei mezzi di pagamento, del riciclaggio di capitali di provenienza illecita e del finanziamento del terrorismo. Sull'argomento, D. DURISOTTO, *La nuova Convenzione monetaria tra l'Unione europea e lo SCV*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 132 (2012), p. 61-101; F. VECCHI, *L'affievolimento di sovranità dello SCV per assorbimento nell'area monetaria dell'euro*, in *Il diritto ecclesiastico*, 113 (2002), p. 1045.

<sup>25</sup> Moneyval è il principale organo di monitoraggio riconosciuto a livello europeo in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo. È un organismo internazionale volto a garantire che gli ordinamenti sottoposti alle relative valutazioni dispongano di sistemi efficaci anti-riciclaggio e contro il finanziamento delle organizzazioni terroristiche – sia sotto l'aspetto della prevenzione che del contrasto dei fenomeni illeciti in campo finanziario – e soddisfino gli standard internazionali del settore. L'organismo nasce nel 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa, per fornire una valutazione indipendente agli Stati che vi si sottopongono. Alla luce degli adeguamenti normativi apportati al sistema giuridico vaticano in materia di misure per la prevenzione ed il contrasto di fenomeni di riciclaggio di capitali e finanziamento al terrorismo, la Santa Sede, il 24 febbraio 2011 ha inoltrato formale richiesta al Segretariato generale del Consiglio d'Europa per essere sottoposta (insieme allo SCV) alle procedure di valutazione previste dal sistema Moneyval. Il Comitato dei ministri ha accolto formalmente la domanda il successivo 6 aprile 2012. La Santa Sede (e lo SCV) risulta dunque oggi pienamente sottoposta ad una supervisione e valutazione internazionale indipendente per verificare l'adeguatezza del proprio sistema di controllo e contrasto dei fenomeni di illecito finanziario. Sul tema mi si permetta il rimando ad A. SARAI, *La valutazione di Moneyval nei confronti della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano in materia di lotta contro il riciclaggio dei capitali ed il finanziamento del terrorismo*, in *Il diritto ecclesiastico*, 123 (2012), p. 209-224.

Evidentemente queste nuove situazioni spingevano per un'evoluzione del sistema penale vaticano. Un recente intervento, soprattutto per quanto riguarda le norme in tema di illeciti finanziari, si è avuto sotto il Pontificato di Benedetto XVI con la già ricordata legge n. CXXVII del 30 dicembre 2010, peraltro in seguito modificata e integrata dalla legge n. CLXVI del 24 aprile 2012 e successivamente ancora dalla legge n. CLXXXV del 14 dicembre 2012. Anche in quel caso la legislazione vaticana è stata accompagnata da un *Motu proprio* del Papa che ne estendeva l'applicazione ai Dicasteri e agli organismi della Curia romana, assoggettando tali enti, oltre che alla giurisdizione canonica, anche a quella dei tribunali statuali vaticani, sebbene limitatamente ai profili presi in considerazione dalla legge.<sup>26</sup>

In tema di trasparenza, vigilanza e informazione finanziaria è da ultimo da menzionare la legge 8 ottobre 2013, n. XVIII, che tra l'altro interviene ancora, modificandoli, sui contenuti della già citata legge 30 dicembre 2010, n. CXXVII.<sup>27</sup>

#### 6. I PROVVEDIMENTI DELL'11 LUGLIO 2013

Una riforma certamente più ampia e che coinvolge in termini generali il sistema penale vaticano nel suo complesso è quella realizzata ora con le leggi dell'11 luglio 2013, nn. VIII e IX, a cui si unisce la legge n. X relativa alla disciplina dell'illecito amministrativo.

Le modifiche introdotte sono infatti tese non solo ad intervenire sulla regolamentazione di alcuni casi, peraltro particolarmente gravi, o ad introdurre semplicemente nuove fattispecie incriminatrici, quanto piuttosto ad apportare una serie di adeguamenti in termini più complessivi dell'intero impianto ordinamentale.

<sup>26</sup> BENEDETTO XVI, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario* "La Sede Apostolica", 30 dicembre 2010, in AAS, 103 (2011), p. 7-8. In argomento G. DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario*, in *Ius Ecclesiae*, 23 (2011), p. 109-116. Con questo *Motu proprio* il Romano Pontefice, supremo legislatore sia dell'ordinamento canonico che dell'ordinamento statale vaticano, stabilisce che la legislazione vaticana in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminosa e finanziamento al terrorismo abbia "vigenza anche per i Dicasteri della Curia Romana e per tutti gli Organismi ed Enti dipendenti dalla Santa Sede" (punto a); limitatamente ai reati previsti dalla stessa normativa, delega "i competenti organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano ad esercitare la giurisdizione penale nei confronti dei Dicasteri della Curia Romana e di tutti gli Organismi ed Enti" della Santa Sede (punto d).

<sup>27</sup> Legge 8 ottobre 2013, n. XVIII, il cui testo è pubblicato sul sito internet del Governatorato dello SCV, nella sezione "Legislazione e normativa", url <<http://www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/it/stato-e-governo/legislazione-e-normativa/normativa-in-materia-penale-e-amministrativa.html>>, consultato in data 10 ottobre 2013. Sull'argomento D. MAMBERTI, *Migliori strumenti normativi*, su *L'Osservatore Romano*, 10 ottobre 2013, p. 2.

L'intenzione del legislatore è ben chiarita già nel preambolo delle leggi nn. VIII e IX in cui, partendo dalla considerazione che nello Stato della Città del Vaticano si applicano i codici vigenti in Italia nel 1929, si sottolinea come "il tempo trascorso rende opportuno l'aggiornamento di alcune disposizioni al fine di una più efficace repressione di determinate condotte criminose, comprese quelle aventi rilevanza transnazionale",<sup>28</sup> anche a seguito del fatto che "nel corso degli anni la Santa Sede, agendo altresì a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, ha ratificato diverse Convenzioni internazionali che richiedono la definizione di corrispondenti fattispecie penali al fine della repressione di determinate condotte criminose"<sup>29</sup> e della predisposizione di "più articolate misure di cooperazione internazionale".<sup>30</sup>

Espressamente si fa anche riferimento, "in conseguenza dello sviluppo di reati perpetrati tramite enti aventi personalità giuridica", all'esigenza di prevedere un adeguato "sistema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche conseguenti al reato".<sup>31</sup>

Su questi presupposti si inquadra quindi l'attuale intervento che procede nel solco riformatore già avviato con le leggi penali promulgate sotto il Pontificato di Benedetto XVI nel dicembre del 2010 per adeguare il sistema ordinamentale vaticano alle esigenze di prevenzione e contrasto della criminalità, specie per quanto riguarda gli illeciti finanziari, favorendo anche la cooperazione internazionale con le autorità giudiziarie di altri Paesi.

Senza scendere nel dettaglio dell'articolato normativo, ma per dare comunque un'idea sufficiente dei contenuti e della portata innovativa, si vogliono qui segnalare i profili di maggior rilievo.

#### 7. LA LEGGE N. VIII: NORME COMPLEMENTARI IN MATERIA PENALE

La legge n. VIII (Norme complementari in materia penale) si apre con un titolo dedicato ai delitti contro la persona in cui vengono introdotte nuove specifiche figure di reato quali la discriminazione razziale,<sup>32</sup> la tratta di persone<sup>33</sup> e la tortura;<sup>34</sup> vengono quindi previsti una serie di delitti contro i minori (titolo II), tra i quali la vendita di minore,<sup>35</sup> la prostituzione minorile,<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Cfr. legge 11 luglio 2013, n. IX, preambolo, punto 2 del "considerato".

<sup>29</sup> Cfr. legge 11 luglio 2013, n. VIII, preambolo, punto 2 del "considerato".

<sup>30</sup> Cfr. legge 11 luglio 2013, n. IX, preambolo, punto 3 del "considerato".

<sup>31</sup> Cfr. legge 11 luglio 2013, n. VIII, preambolo, punto 3 del "considerato".

<sup>32</sup> Cfr. art. 1, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>33</sup> Cfr. art. 2, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>34</sup> Cfr. art. 3, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>35</sup> Cfr. art. 5, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>36</sup> Cfr. art. 6, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

la violenza e gli abusi sessuali.<sup>37</sup> Uno specifico titolo della legge disciplina la categoria dei “delitti contro l’umanità”, già codificati ormai dal diritto internazionale, a cui vengono ricondotte fattispecie particolarmente gravi, quali gli attacchi contro le popolazioni civili, lo sterminio, la deportazione, la persecuzione e la segregazione razziale (*apartheid*), nonché il genocidio.<sup>38</sup> Ancora altre norme sono dedicate alla definizione di ulteriori figure di illecito: crimini di guerra<sup>39</sup> (titolo IV), delitti in materia di terrorismo e di eversione<sup>40</sup> (titolo V), delitti connessi all’uso di armi o materiale nucleare<sup>41</sup> (titolo VI), delitti contro la sicurezza della navigazione marittima o aerea e per la tutela della sicurezza degli aeroporti e delle piattaforme,<sup>42</sup> compresa la pirateria (titolo VII), e contro persone che godono di protezione internazionale<sup>43</sup> (titolo VIII), e infine delitti in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope<sup>44</sup> (titolo IX).

Di particolare interesse è il titolo X della legge che introduce nell’ordinamento vaticano un sistema di responsabilità delle persone giuridiche a seguito della commissione di un reato, quando l’illecito è compiuto da chi ha la rappresentanza o l’amministrazione dell’ente o di una sua unità organizzativa.<sup>45</sup> Secondo il noto brocardo per cui *societas delinquere non potest*, la persona giuridica non può commettere direttamente un reato, ma il reato commesso nel suo interesse dagli amministratori comporta per essa l’irrogazione di una sanzione (amministrativa, data l’impossibilità di configurare una sanzione penale nei confronti di un ente impersonale). Il legislatore tipicizza le sanzioni in questione,<sup>46</sup> prevedendone espressamente quattro tipologie: la sanzione pecuniaria, consistente nel pagamento di una somma di danaro; l’interdizione definitiva o temporanea all’esercizio di un’attività; la sospensione, la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni, nonché il divieto di contrattare con le autorità pubbliche; la confisca.

Tra le disposizioni finali (titolo XI) meritano di essere sottolineate due norme che tendono una a favorire l’extradizione<sup>47</sup> e un’altra ad assegnare alle vittime e alla riparazione dei danni i beni confiscati a seguito dell’accertamento dei reati.<sup>48</sup>

<sup>37</sup> Cfr. artt. 7-8, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>38</sup> Cfr. artt. 13-14, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>39</sup> Cfr. artt. 16-17, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>40</sup> Cfr. artt. 18-24, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>41</sup> Cfr. artt. 25-30, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>42</sup> Cfr. artt. 31-36, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>43</sup> Cfr. artt. 38-40, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>44</sup> Cfr. artt. 41-45, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>45</sup> Cfr. art. 46, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>46</sup> Cfr. art. 47, comma 2, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>47</sup> Cfr. art. 52, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

<sup>48</sup> Cfr. art. 53, legge 11 luglio 2013, n. VIII.

## 8. LA LEGGE N. IX: NORME RECANTI MODIFICHE AL CODICE PENALE E AL CODICE DI PROCEDURA PENALE

Ulteriori novità vengono apportate con la legge n. IX (Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale), la quale – con una serie di novelle – incide direttamente sui testi codiciali. Viene sancita l’abolizione nell’ordinamento vaticano della pena dell’ergastolo, sostituita dalla reclusione per una durata massima di 35 anni:<sup>49</sup> si tratta di un intervento relativo al sistema sanzionatorio di grandissimo rilievo, che segue l’abolizione della pena di morte, prevista solo astrattamente nel diritto dello SCV fino al 1969 e di fatto mai applicata.<sup>50</sup>

Di particolare importanza è anche l’introduzione nel sistema giuridico vaticano della menzione espressa del principio del giusto processo “da svolgersi secondo le norme del codice ed entro un termine ragionevole” e di quello di presunzione di innocenza per ogni imputato “sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”.<sup>51</sup> Viene in parte modificata la disciplina relativa all’extradizione<sup>52</sup> e favorita la cooperazione giudiziaria con le giurisdizioni di altri Paesi.<sup>53</sup> Di rilievo appaiono anche le novità introdotte in materia di confisca, blocco preventivo dei beni e sequestro,<sup>54</sup> strumenti particolarmente efficaci per il contrasto della criminalità in campo finanziario. Oltre all’introduzione di nuove fattispecie penali, vengono anche rimodulati e precisati meglio i contorni di una serie di figure di illecito già esistenti e previste dal codice penale, tra le quali la divulgazione indebita di notizie e documenti,<sup>55</sup> la riduzione in schiavitù,<sup>56</sup> il sequestro di persona,<sup>57</sup> il peculato,<sup>58</sup> la concussione,<sup>59</sup>

<sup>49</sup> Cfr. artt. 7 e 31, legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>50</sup> L’abolizione della pena di morte, prevista dall’art. 4 della legge 7 giugno 1929, n. II, ma mai applicata, fu disposta con la legge 21 giugno 1969, n. L: si trattò anche allora di una legge di sistema che intervenne attraverso una serie di novelle sul codice penale e sul codice di procedura penale vaticani.

<sup>51</sup> Cfr. art. 35, legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>52</sup> Cfr. art. 6, legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>53</sup> Cfr. art. 37, legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>54</sup> Cfr. artt. 8 e 41, legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>55</sup> Cfr. art. 10, legge 11 luglio 2013, n. IX. È particolarmente significativa la modifica della disciplina dell’illecita divulgazione di notizie e documenti con l’introduzione di una specifica fattispecie di reato all’art. 116 bis del codice penale, in quanto la normativa precedente si era forse dimostrata inadeguata e insufficiente nell’ambito delle note vicende legate al cd. caso *Vatileaks*.

<sup>56</sup> Cfr. art. 11, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novella l’art. 145 del codice penale.

<sup>57</sup> Cfr. art. 12, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novella l’art. 146 del codice penale.

<sup>58</sup> Cfr. art. 13, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novella l’art. 168 del codice penale.

<sup>59</sup> Cfr. artt. 14-15, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novellano gli artt. 169-170 del codice penale.

la corruzione,<sup>60</sup> l'abuso d'ufficio<sup>61</sup> e l'associazione criminale.<sup>62</sup> Diversamente da come si è proceduto con la legge n. VIII, le fattispecie di reato così configurate dalla legge n. IX vengono introdotte direttamente all'interno del corpo del codice penale.

#### 9. LE LEGGE N. X: NORME GENERALI IN MATERIA DI SANZIONI AMMINISTRATIVE

La legge n. x (Norme generali in materia di sanzioni amministrative) risponde all'esigenza di dare all'ordinamento giuridico vaticano una disciplina complessiva di riferimento per quanto riguarda gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni. Una tale legge completa quanto previsto dall'art. 7, comma 4, della legge sulle fonti del diritto, 1<sup>o</sup> ottobre 2008, n. LXXI, che poneva una disposizione programmatica che non aveva ancora avuto attuazione, a tenore della quale gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni devono trovare la loro regolamentazione in un'apposita legge vaticana.<sup>63</sup>

La legge n. x disegna quindi un quadro organico relativo ai principi che informano il sistema sanzionatorio amministrativo, in parte mutuati da quelli penali. La sanzione amministrativa si pone infatti come risposta punitiva dell'ordinamento per fatti comunque antigiuridici, sebbene non così gravi da essere configurati come reati. Per questo a garanzia della sfera di libertà dei cittadini nei confronti dell'intervento repressivo dello Stato, il sistema punitivo nel suo complesso, anche per parte amministrativa, è informato al principio di legalità per cui "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione delle violazione",<sup>64</sup> secondo il noto brocardo *nulla poena sine praevia lege*. Per lo stesso motivo di garanzia, trattandosi di norme incriminatrici, non è possibile una loro interpretazione analogica oltre i casi espressamente considerati.<sup>65</sup> Ai fini dell'imputabilità del fatto illecito amministrativo è necessaria la capacità di intendere e di volere "in base ai criteri indicati nel codice penale",<sup>66</sup> come pure è richiesta la presenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'agente.<sup>67</sup> Escludono la punibilità una serie tassativa di cause previste dalla legge (adempimento del dovere, esercizio

<sup>60</sup> Cfr. artt. 16-18, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novellano gli artt. 171-173 del codice penale.

<sup>61</sup> Cfr. art. 19, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novella l'art. 175 del codice penale.

<sup>62</sup> Cfr. art. 15, legge 11 luglio 2013, n. IX, che novella l'art. 248 del codice penale.

<sup>63</sup> Cfr. legge 11 luglio 2013, n. x, preambolo, punti 1 e 2 del "considerato".

<sup>64</sup> Art. 1, comma 1, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>65</sup> Cfr. art. 1, comma 2, legge 11 luglio 2013, n. x: "Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

<sup>66</sup> Cfr. art. 2, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>67</sup> Cfr. art. 3, legge 11 luglio 2013, n. x.

di facoltà legittima, stato di necessità e legittima difesa).<sup>68</sup> È disciplinata la punibilità in concorso per tutti i soggetti che partecipano alla commissione dell'illecito amministrativo<sup>69</sup> e anche la possibilità di irrogare sanzioni alle persone giuridiche se la violazione è commessa dal rappresentante o amministratore dell'ente.<sup>70</sup> Come per le violazioni penali, l'obbligazione pecuniaria che nasce dall'illecito amministrativo non è trasmissibile agli eredi e si estingue con la morte dell'agente.<sup>71</sup> Viene disciplinato il concorso di norme, che si verifica quando uno stesso fatto viene ad integrare una pluralità di fattispecie incriminatrici, per cui l'agente "soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo", salva comunque l'applicazione della norma speciale ove prevista.<sup>72</sup>

L'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni amministrative nel sistema vaticano viene individuata nella Presidenza del Governatorato, ma è prevista la facoltà di delega al Segretario generale dello stesso Governatorato.<sup>73</sup>

Viene quindi precisato l'oggetto della potestà punitiva amministrativa con l'elenco delle sanzioni irrogabili<sup>74</sup> che sono: a) la sanzione pecuniaria, consistente nel pagamento di una somma di danaro; b) l'interdizione permanente o temporanea all'esercizio di un'attività; c) l'interdizione permanente o temporanea agli uffici direttivi delle persone giuridiche; d) la rimozione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche; e) la limitazione dei poteri inerenti agli uffici direttivi delle persone giuridiche; f) la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni; g) il divieto di contrattare con le autorità pubbliche; h) la confisca; i) la pubblicazione del provvedimento di irrogazione della sanzione. Salvo che la legge preveda diversamente nei singoli casi, la sanzione pecuniaria va da un minimo di cento ad un massimo di cinquemila euro di pagamento, mentre le altre sanzioni – salvo l'interdizione perpetua – hanno durata non inferiore a sei mesi né superiore a tre anni.

Il capo II della legge disciplina la fase dell'irrogazione della sanzione, dagli atti di accertamento della violazione, alla sua contestazione e notificazione, fino all'emanazione dell'ordinanza ingiuntiva, con eventuale sequestro

<sup>68</sup> Cfr. art. 4, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>69</sup> Cfr. art. 5, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>70</sup> Cfr. art. 6, legge 11 luglio 2013, n. x. Oltre all'obbligo di pagamento in solido della persona giuridica con l'autore della violazione quando essa è commessa dal rappresentante legale o dal dipendente dell'ente (comma 3), nei casi specificati dalla legge è prevista anche la responsabilità diretta della persona giuridica (comma 4).

<sup>71</sup> Cfr. art. 7, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>72</sup> Cfr. artt. 8-9, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>73</sup> Cfr. art. 10, legge 11 luglio 2013, n. x. La delega può essere per ogni categoria di violazioni amministrative o per una categoria determinata di esse, come pure per una o più violazioni amministrative determinate.

<sup>74</sup> Cfr. art. 11, legge 11 luglio 2013, n. x.

o confisca delle cose che servirono o furono destinate alla violazione.<sup>75</sup> Per quanto riguarda i tempi del procedimento va notato come entro trenta giorni dalla data della contestazione o della notificazione gli interessati possono presentare scritti difensivi e documenti e chiedere anche di essere ascoltati, mentre non è previsto un termine perentorio entro il quale l'amministrazione è tenuta ad emanare l'ordinanza di irrogazione della sanzione o di archiviazione,<sup>76</sup> salvo ovviamente lo spirare dei tempi di prescrizione, indicati in cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione.<sup>77</sup>

Non è contemplato l'istituto del silenzio-accoglimento: per l'archiviazione non basta infatti che l'amministrazione non risponda, ma è necessaria una specifica ordinanza motivata.

Il pagamento della sanzione deve essere effettuato entro trenta giorni (elevati a sessanta se l'interessato non risiede nello SCV) dalla notificazione del provvedimento.<sup>78</sup>

Contro l'ordinanza che irroga la sanzione e che dispone la sola confisca, in termini generali gli interessati possono proporre impugnazione davanti al giudice unico dello SCV. L'impugnazione si propone tuttavia davanti al tribunale se si tratta di sanzione pecuniaria a carico di una persona fisica di valore pari o superiore a centomila euro o di sanzione pecuniaria a carico di persona giuridica di valore pari o superiore a duecentocinquantamila euro. L'impugnazione si propone mediante ricorso, da esperire entro il termine di trenta giorni (elevati anche in questo caso a sessanta per i residenti all'estero) dalla notificazione del provvedimento.<sup>79</sup>

È prevista la possibilità di pagamento rateale della sanzione pecuniaria, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate.<sup>80</sup> Decorso inutilmente il termine fissato per il pagamento, l'autorità che ha emesso l'ordinanza ingiuntiva procede alla riscossione delle somme dovute secondo le norme sul processo di esecuzione forzata, sulla base della stessa ordinanza ingiuntiva che costituisce titolo esecutivo.<sup>81</sup>

## 10. IL MOTU PROPRIO "AI NOSTRI TEMPI"

Il *Motu proprio* "Ai nostri tempi" di Papa Francesco estende la giurisdizione degli organi giudiziari dello SCV in materia penale. L'obiettivo che si pre-

<sup>75</sup> Cfr. artt. 13-18, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>76</sup> Cfr. in particolare art. 16, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>77</sup> Cfr. art. 23, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>78</sup> Cfr. ancora art. 16, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>79</sup> Cfr. art. 19, legge 11 luglio 2013, n. x.

<sup>80</sup> Cfr. art. 21, legge 11 luglio 2013, n. x. La sanzione può essere pagata in rate mensili, da tre a trenta; ciascuna rata non può essere inferiore a trenta euro. In ogni momento il debito può essere estinto mediante un unico pagamento.

<sup>81</sup> Cfr. art. 22, legge 11 luglio 2013, n. x.

figge l'atto normativo è enunciato esplicitamente nel preambolo: partendo dalla considerazione che “il bene comune è sempre più minacciato dalla criminalità transnazionale e organizzata, dall'uso improprio del mercato e dell'economia, nonché dal terrorismo”, si dà atto della volontà della Santa Sede di dotarsi di “mezzi di effettivo contrasto delle attività criminose che minacciano la dignità umana, il bene comune e la pace” anche attraverso la ratifica di “numerose convenzioni internazionali in detto ambito (...) a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano”.<sup>82</sup>

Per questo, proprio al fine di estendere l'applicazione dei contenuti di dette Convenzioni internazionali e garantire una giurisdizione che ne sanzioni le violazioni nell'ambito del diritto interno, viene ampliata la competenza dei tribunali dello SCV anche nei confronti di organi della Santa Sede. Il Pontefice dispone specificamente tale estensione in ordine a tre categorie di reati:

a) reati commessi contro la sicurezza, gli interessi fondamentali o il patrimonio della Santa Sede;

b) reati previsti dalle leggi nn. VIII e IX dell'11 luglio 2013, commessi dai pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni;

c) ogni altro reato la cui repressione è richiesta da un Accordo internazionale ratificato dalla Santa Sede, se l'autore si trova nello Stato della Città del Vaticano e non è estradato all'estero.

A proposito di quanto previsto dalla lettera b) va sottolineato come la nozione di pubblico ufficiale già è stata oggetto di ridefinizione da parte della legge n. IX con una novella all'art. 207 del codice penale.<sup>83</sup> Ai sensi del *Motu proprio*, oggi è considerato pubblico ufficiale non solo chi è collegato allo svolgimento di una funzione statutale vaticana, ma anche chi esercita un ufficio pubblico nell'ambito della Santa Sede o della Curia Romana.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> *Motu proprio* “Ai nostri tempi”, 11 luglio 2003, preambolo.

<sup>83</sup> Cfr. art. 21, legge 11 luglio 2013, n. IX, che così riscrive l'art. 207 del codice penale: “Agli effetti della legge penale si intende *pubblico ufficiale*: I. qualsiasi persona titolare di un mandato legislativo, amministrativo o giudiziario nello Stato, sia esso nominativo o elettivo, a titolo permanente o temporaneo, remunerato o gratuito, qualunque sia il suo livello gerarchico; II. qualsiasi persona che eserciti una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o che fornisca un pubblico servizio (...)”.

<sup>84</sup> *Motu proprio* “Ai nostri tempi”, 11 luglio 2003, n. 3: “Ai fini della legge penale vaticana sono equiparati ai *pubblici ufficiali*: a) i membri, gli ufficiali e i dipendenti dei vari organismi della Curia Romana e delle Istituzioni ad essa collegate; b) i legati pontifici ed il personale di ruolo diplomatico della Santa Sede; c) le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, nonché coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo, degli enti direttamente dipendenti dalla Santa Sede ed iscritti nel registro delle persone giuridiche canoniche tenuto presso il Governatorato dello Stato della Città del Vaticano; d) ogni altra persona titolare di un mandato amministrativo o giudiziario nella Santa Sede, a titolo permanente o temporaneo, remunerato o gratuito, qualunque sia il suo livello gerarchico”.

Inoltre, la giurisdizione dei giudici dello SCV “si estende anche alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche derivante da reato”<sup>85</sup> prevista dalla legge n. x.

Un intervento del Papa in questo senso era indispensabile ai fini dell’estensione del campo di azione della normativa e della giurisdizione vaticana, in quanto, mentre l’ordinamento dello SCV contempla strutturalmente tra le sue fonti le norme canoniche, non è vero il contrario: il diritto canonico è il diritto della Chiesa, entità sovrana, personale e non territoriale, e tale diritto è tendenzialmente distinto ed impermeabile rispetto all’ordinamento territoriale statale vaticano. Ma l’inscindibile interconnessione tra la Santa Sede, intesa come organo di vertice della Chiesa universale,<sup>86</sup> e lo SCV, che si pone come realtà territoriale strumentale all’esercizio della missione della Chiesa, comporta inevitabilmente che il rapporto tra i rispettivi ordinamenti giuridici possa essere talvolta anche bidirezionale<sup>87</sup> e la legge vaticana – in singoli casi espressamente previsti dal Papa, supremo legislatore di entrambi gli ordinamenti – sia applicabile anche nei confronti degli organi della Curia Romana, disciplinati ordinariamente dalla normativa canonica. L’applicazione della disciplina sostanziale vaticana comporta – perchè così dispone la norma, ma ancor prima per un’esigenza di coerenza sistematica – anche la sottoposizione alla giurisdizione dei giudici vaticani in caso di violazione.

Una simile scelta, come già ricordato, era stata precedentemente compiuta con il *Motu proprio* di Benedetto XVI del 30 dicembre 2010 che aveva esteso l’applicazione della legge n. cxxvii di pari data concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo anche ai Dicasteri della Curia Romana e agli organismi ed istituti della Santa Sede, delegando allo stesso tempo i competenti organi giudiziari dello SCV ad esercitare la giurisdizione penale nei loro confronti, per la persecuzione dei delitti previsti nella legge medesima.

La stessa strada è stata seguita da ultimo da Papa Francesco con il *Motu proprio* “La promozione dello sviluppo” dell’8 agosto 2013.<sup>88</sup> Tale provvedimento stabilisce che “I Dicasteri della Curia Romana e gli altri organismi ed

<sup>85</sup> *Motu proprio* “Ai nostri tempi”, 11 luglio 2003, n. 4.

<sup>86</sup> Cfr. can. 361 CIC, secondo cui con la definizione di *Santa Sede* o *Sede Apostolica* si intende non solo il Romano Pontefice, ma anche la Segreteria di Stato, il Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa e tutti gli altri organismi della Curia Romana. Quest’ultima trova la sua definizione nel precedente can. 360 CIC.

<sup>87</sup> Sulla relazione tra i due ordinamenti mi si permetta il rimando ad A. SARAIS, *Alcuni cenni circa i rapporti tra diritto canonico e le fonti del diritto vaticano*, in *Iura Orientalia*, 9 (2013), pp. 208-232.

<sup>88</sup> FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa* “La promozione dello sviluppo”, 8 agosto 2013, su *L’Osservatore Romano*, 9 agosto 2013, p. 1.

enti dipendenti dalla Santa Sede, nonché le organizzazioni senza scopo di lucro aventi personalità giuridica canonica e sede nello Stato della Città del Vaticano sono tenuti ad osservare le leggi dello Stato della Città del Vaticano in materia di: a) misure per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; b) misure contro i soggetti che minacciano la pace e la sicurezza internazionale; c) vigilanza prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria".<sup>89</sup> Correlativamente nelle stesse materie è estesa nei confronti degli organismi canonici citati la giurisdizione dei giudici vaticani.<sup>90</sup>

Va notato come in questo caso l'estensione abbia confini più ampi che in passato, dilatati fino al punto di ricomprendere non solo i Dicasteri e gli organi della Curia Romana, ma anche ulteriori enti quali le "organizzazioni senza scopo di lucro aventi personalità giuridica canonica e sede nello SCV".

L'applicazione della legge vaticana assume uno specifico rilievo nei confronti di tutti gli organismi estranei in senso stretto agli organi dello Stato e afferenti invece alla Santa Sede o alla Curia Romana, quando questi – come il più delle volte accade – si trovano al di fuori dei confini dello SCV.<sup>91</sup> Infatti per il principio della territorialità della norma penale, proprio di qualsiasi ordinamento statale, non c'è bisogno di alcuna estensione perché la legge dello Stato sia applicabile a tutti coloro che commettono un reato all'interno dei suoi confini dello Stato, si tratti di cittadini o stranieri, o – in questo caso – di persone che svolgono il proprio ufficio a servizio dello SCV o piuttosto della Santa Sede o di altro ente. Secondo i principi generali, fatti propri dal sistema penale vaticano,<sup>92</sup> la legge penale obbliga in ogni caso tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato: ciò che rileva ai fini della punibilità

<sup>89</sup> Art. 1 del *Motu proprio* "La promozione dello sviluppo", 8 agosto 2013.

<sup>90</sup> Art. 3 del *Motu proprio* "La promozione dello sviluppo", 8 agosto 2013.

<sup>91</sup> Lo SCV, i cui confini sono definiti dall'Allegato I del Trattato Lateranense dell'11 febbraio 1929, si estende per appena quarantaquattro ettari, rappresentando il più piccolo Stato del mondo (cfr. F. CLEMENTI, *Città del Vaticano*, Bologna, 2009, p. 15): un territorio minimo, "quel tanto che basti come supporto della sovranità, senza il quale questa non potrebbe sussistere" (PIO XI, *Discorso ai professori e agli allievi dell'Università del Sacro Cuore*, 14 febbraio 1929, in AAS, 21 (1929), p. 110-114). Per questa ragione molti degli uffici e degli organismi della Sede Apostolica si trovano fuori dai confini dello SCV, in territorio italiano. Tra le articolazioni della Santa Sede vanno ricomprese anche le Nunziature, i cui uffici ricadono evidentemente nel territorio del Paese presso cui sono accreditate: a questo proposito giova ricordare che il *Motu proprio* "Ai nostri tempi" dell'11 luglio 2013, ai fini della punibilità prevista dalla legge penale vaticana, ha equiparato espressamente ai pubblici ufficiali "i legati pontifici ed il personale di ruolo diplomatico della Santa Sede" (n. 3, lettera b).

<sup>92</sup> Il principio della territorialità della legge penale è previsto dall'art. 3, comma 1, del codice Zanardelli, che si applica nello SCV, secondo cui "chiunque commette un reato nel territorio del regno [leggasi dello SCV] è punito secondo la legge italiana [leggasi legge vaticana]".

è l'oggettiva condotta criminosa posta in essere entro i confini statuali, restando invece irrilevante la qualificazione soggettiva dell'agente (cittadino, straniero o apolide, inserito in un organismo regolato dal diritto statale o dal diritto canonico).

Pertanto i membri dei Dicasteri e degli organismi della Curia Romana – previsti e strutturati secondo le norme canoniche e soggetti alla relativa giurisdizione – sono comunque tenuti anche al rispetto delle leggi penali vaticane, all'interno dello SCV.<sup>93</sup>

La portata innovativa operata dai *Motu proprio* citati, da quello di Benedetto XVI del 2010 a quelli di Papa Francesco del 2013, consiste essenzialmente nel dilatare il principio di territorialità, estendendo la soggezione alla legge penale vaticana – e alla giurisdizione dei relativi organi giudiziari – anche oltre i confini dello Stato, nei confronti di soggetti che operano per la Santa Sede, ma fuori dal territorio vaticano.

#### 11. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come è stato opportunamente sottolineato, la riforma introdotta con i provvedimenti approvati l'11 luglio 2013 rappresenta “un intervento normativo di ampia portata, richiesto in funzione del servizio che questo Stato [lo SCV], assolutamente peculiare ed unico nel suo genere, è chiamato a svolgere a beneficio della Sede Apostolica”.<sup>94</sup>

La nuova disciplina, oltre ad adeguare l'ordinamento vaticano alle esigenze via via sopravvenute nel corso degli anni, provvede come detto anche a dare attuazione nel diritto interno alle prescrizioni di importanti Convenzioni internazionali sottoscritte dalla Santa Sede anche in nome e per conto dello SCV, tra cui in particolare la Convenzione ONU di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale, la Convenzione ONU di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, la Convenzione internazionale di New York del 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo, nonché le altre Convenzioni che definiscono e tipizzano le condotte di terrorismo.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Il fenomeno della pluralità di norme e di ordinamenti giuridici cui sono tenuti contemporaneamente e sotto diversi aspetti gli stessi soggetti è stata messa in luce fin da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918. Sul complesso rapporto tra territorialità e applicazione della legge, alla luce della pluralità di ordinamenti giuridici e giudiziari soprattutto in ambito internazionale, N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2 (2011), p. 43-78.

<sup>94</sup> In questo senso D. MAMBERTI, *L'ampia portata di un intervento normativo*, su *L'Osservatore Romano*, 12 luglio 2013, p. 7.

<sup>95</sup> Anche l'introduzione nell'ordinamento penale vaticano di alcune specifiche nuove figure di reato consegue per lo SCV da obblighi internazionali derivanti da Accordi quali la Convenzione di New York del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani

L'introduzione di nuove figure di reato a seguito di questi obblighi internazionali non deve comunque far pensare che gli stessi comportamenti oggi incriminati fossero prima considerati leciti e quindi permessi all'interno dei confini vaticani: semplicemente essi erano ricompresi all'interno di fattispecie più ampie e generiche. L'attuale definizione delle condotte incriminate da un lato sembra soddisfare meglio il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, dall'altro aiuta senza dubbio l'interprete ad individuare con più precisione la norma applicabile.

È stato peraltro rilevato che alcune delle nuove fattispecie penali introdotte potrebbero apparire eccessive, anche in considerazione della loro assai difficile possibilità di oggettiva configurazione all'interno della realtà e dei ridotti confini dello SCV: si pensi ad esempio ai delitti contro la sicurezza della navigazione marittima e aerea o contro la sicurezza degli aeroporti e delle piattaforme.<sup>96</sup> Tuttavia anche queste disposizioni hanno un senso, in quanto da una parte adeguano comunque il diritto vaticano agli obblighi derivanti dalle Convenzioni internazionali i cui contenuti sono chiaramente concepiti in termini generali per realtà statuali più complesse dello SCV, dall'altra estendono di fatto la collaborazione con le giurisdizioni di altri Paesi, quando – come spesso avviene – sia richiesta per procedere all'estradizione la condizione della “doppia punibilità”, vale a dire la (astratta) previsione dello specifico fatto di reato in ciascuno degli ordinamenti giuridici degli Stati coinvolti.

Anche questi aspetti contribuiscono certamente ad accrescere l'importanza della riforma legislativa in esame, la “rilevanza sostanziale e sistematica” che essa presenta anche “per assumere e promuovere quanto di costruttivo ed utile la comunità internazionale propone in vista di una più intensa cooperazione internazionale ed un più efficace perseguimento del bene comune”.<sup>97</sup>

Come si evince dalla vasta portata dei rispettivi contenuti, i provvedimenti entrati in vigore il 1° settembre 2013, pur all'interno del sistema codiciale vigente, rivedono, aggiornano e completano l'ordinamento penale e sanzionatorio vaticano riguardo ad aspetti importanti, proseguendo quel processo riformatore cominciato da Giovanni Paolo II nel 2000 con la riforma della legge fondamentale dello Stato, volto a “dare forma sistematica ed organica ai mutamenti introdotti in fasi successive nell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano”, per “renderlo sempre meglio rispondente alle finalità istituzionali dello stesso, che esiste a conveniente

o degradanti, la Convenzione del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, la Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo ed i suoi Protocolli facoltativi del 2000 e le Convenzioni di Ginevra del 1949 contro i crimini di guerra.

<sup>96</sup> Cfr. ancora D. MAMBERTI, *L'ampia portata*, cit.

<sup>97</sup> *Ibid.*

garanzia della libertà della Sede Apostolica e come mezzo per assicurare l'indipendenza reale e visibile del Romano Pontefice nell'esercizio della sua missione nel mondo".<sup>98</sup>

<sup>98</sup> Legge fondamentale SCV, 26 novembre 2000, s.n., preambolo.

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Note bibliografiche*

---

### “COMMON LAW”, PROCESO JUDICIAL Y ECOLOGÍA DE LA JUSTICIA. REFLEXIONES DE UN CANONISTA A PROPÓSITO DE UN RECIENTE LIBRO

JOAQUÍN LLOBELL

**ABSTRACT:** Se mencionan las diferencias entre el concepto canónico de la “certeza moral” y la “proof beyond reasonable doubt” (la certeza más allá de toda duda razonable) del “common law”. El vigente escepticismo del *common law* acerca de la posibilidad de que la sentencia sea, habitualmente, la “declaración” de la solución justa de una controversia modifica profundamente el concepto del proceso, que tiende a convertirse en un mero “expediente” que zanje el litigio en modo satisfactorio para las partes. Tal planteamiento implica la privatización de cualquier bien controvertido (también en materia penal: el sistema de negociación de los cargos penales) y la sustitución del proceso de derecho público por los medios alternativos de resolución de conflictos (la “alternative dispute resolution”, ADR, típica de los países de “common law”). estas instituciones procesales del *common law* inciden en la concepción metafísica de la potestad judicial, también en el derecho canónico, especialmente, pero no sólo, en los países anglosajones.

**ABSTRACT:** This article treats the differences between the canonical concept of “moral certitude” and the common law concept of “proof beyond a reasonable doubt.” The current skepticism of common law about the possibility of the sentence usually being the “declaration” of a just resolution of a controversy profoundly alters the concept of the trial, which tends to be changed into a mere “expedient” that satisfactorily settles litigation for the parties. This phenomenon implies the privatization of the object of the controversy (even in penal matters there is the system of negotiating penal offenses) and the substitution of the public law process for alternative means of conflict resolution (the “Alternative Dispute Resolution” [ADR] typical in common law countries). These procedural institutes of common law have an impact on the metaphysical conception of judicial power, even in canon law, especially (but not only) in Anglo-Saxon countries.

**PALABRAS CLAVE:** Justo proceso, certeza moral, negociación de los cargos penales, medios alternativos de resolución de conflictos, daños punitivos.

**KEYWORDS:** Due process, Proof beyond a reasonable doubt, Plea bargaining, Alternative Dispute Resolution, Mediation, Arbitration, Punitive damages.

**SUMARIO:** 1. Premisa. – 2. El origen judicial del conocimiento de las normas jurídicas y la motivación de la decisión jurisprudencial. – 3. La posibilidad de objetivar el supuesto fáctico de una relación jurídica (“quaestio facti”) y su parámetro de justicia (“quaestio iuris”): la “certeza moral” del derecho canónico y la “proof beyond reasonable doubt” (la certeza más allá de toda duda razonable) del “common law”. La equivocidad de los términos “evidence” y “proof” para el jurista del “civil law”. – 4. De la “declaración” judicial de la solución justa de una controversia a la “creación” de un “expediente” que la zanje en modo satisfactorio para las partes: la privatización de cualquier bien controvertido (el sistema de negociación de los cargos penales) y los medios alternativos de resolución de conflictos en los países de “common law” (“Alternative Dispute Resolution”, ADR). – 5. La contrapartida publicista de los “punitive damages” (resarcimiento por “daños punitivos”). – 6. Acerca de la laicidad, racionalidad y ecología de los “derechos humanos”: el conocimiento de ámbitos irrenunciables de justicia (trascendente).

## 1. PREMISA

LA lectura de un reciente libro de Tomás Aliste sobre el *common law*<sup>1</sup> es ocasión para volver a reflexionar sobre la justificación de la viable racionalidad de las sentencias judiciales, en particular, acerca de la posibilidad de conocer la verdad con certeza y de justificar la decisión en la motivación de la sentencia, argumentos sobre los que Aliste y yo hemos escrito en otras ocasiones, tratando de demostrar no sólo el *común denominador* del derecho procesal canónico y civil, sino también el positivo influjo del primero sobre el segundo.<sup>2</sup> Ambos somos parcialmente deudores de Michele Taruffo, quien estudia dichas temáticas desde hace tiempo y, con posiciones filosóficas en buena medida inmanentes y positivistas, ofrece, sin embargo, datos y reflexiones que – junto a los autores clásicos del realismo filosófico (Aristóte-

<sup>1</sup> Cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *Sistema de “Common Law”*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2013 (en adelante: ALISTE, *Common law*). Aliste es profesor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

<sup>2</sup> Cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *La motivación de las decisiones judiciales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011; ID., *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil*, «Ius Ecclesiae», 22 (2010), pp. 651-671; JOAQUÍN LLOBELL, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Ed. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Zaragoza, 1985; ID., *La certeza morale nel processo canonico*, «Il Diritto Ecclesiastico», 109/1 (1998), pp. 758-802; ID., *Motivación de la sentencia*, en *Diccionario General de Derecho Canónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. 5, pp. 477-483; etc.

les, Tomás de Aquino, etc.) – han ayudado a Aliste y a mí a una construcción trascendente de la teoría del conocimiento judicial.<sup>3</sup> En estas breves páginas trato de reflexionar sobre la incidencia de algunas instituciones procesales del *common law* en la concepción metafísica de la teoría del conocimiento judicial, también en el derecho canónico, especialmente pero no sólo, en los países anglosajones.

## 2. EL ORIGEN JUDICIAL DEL CONOCIMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JURISPRUDENCIAL

En la presentación a la traducción italiana de un tratado de derecho administrativo Gaetano Lo Castro, canonista y pensador italiano,<sup>4</sup> sostiene que la idea del derecho, como la de la justicia, es universal y a su afirmación cooperan todas las experiencias jurídicas, las cuales demuestran «que no existe derecho sustancial [...] si no “está acompañado” de concretos instrumentos procesales, aptos para hacerlo valer. De modo que se confirma la antigua y tal vez todavía más radical idea, expresada por la civilización jurídica romana en su periodo clásico, de que el derecho vive en el proceso, más aún de que el derecho nace del proceso, lo que implica que la “dimensión procesal” viene a ser condición de la “pensabilidad” del mismo derecho». <sup>5</sup> En efecto, no es casualidad que el más antiguo texto jurídico romano conservado sea la “Ley de las XII tablas” (a. 451 a.C., aprox.), con normas prevalentemente procesales; y que la primera experiencia jurídica del Pueblo judío sea la de Moisés (siglo xv a.C.) administrando justicia como juez (cfr. Éxodo 18,13-26), precedente a la promulgación de la ley (los diez mandamientos: cfr. Éxodo 34,14-28).

Lo Castro se refiere a la génesis de la formalización normativa de cada ordenamiento jurídico. Es decir, ante la experiencia de la injusticia sufrida, la persona humana, superada la fase de la autodefensa, al percibir el evidente riesgo de una reacción igualmente injusta, se dirige al titular de la autoridad de la comunidad de la que la persona es miembro para que, desde su posición preminente e independiente, decida si realmente el demandado lesionó injustamente un derecho del actor y cuál sea el modo justo de resolver tal controversia. Para ello es preciso identificar el bien del que el actor sería

<sup>3</sup> Cfr. MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975 (*La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Ed. Trotta, Madrid, 2011); ID., *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Cedam, Padova, 1979; ID., *Aspetti fondamentali del processo civile di “civil law” e di “common law”*, «Revista da Faculdade de Direito da UFPR», 36 (2001), pp. 27-48.

<sup>4</sup> Cfr. GAETANO 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 Editore, Torino, 1997, 2011 y 2012, respectivamente.

<sup>5</sup> GAETANO LO CASTRO, *Presentazione a EDUARDO LABANDEIRA, Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè Ed., Milano, 1994, p. VIII. La traducción es mía.

legítimo propietario y por qué la conducta del demandado habría dañado injustamente, o no, dicho bien. Se trata de la germinal reflexión jurídica de cualquier ordenamiento, con la conciencia racional de una cierta objetividad, común a los diversos sistemas jurídicos, de la bondad de lo justo y de la iniquidad de lo injusto. Dicha bondad y justicia “primordiales” son previas y trascendentes al conflicto, de modo que quien decide la controversia no las “crea” sino que se limita a “declararlas” y aplicarlas, gracias a la potestad de jurisdicción de que está dotado el juez. Tales conceptos fueron expresados de modo eficaz por los juristas romanos y acogidos en las “Instituciones” y el “Digesto” de Justiniano (a. 534): «La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. La jurisprudencia es [...] la ciencia de lo justo y de lo injusto» (Inst. 1.1.1). «El [derecho: el criterio de justicia] que una razón natural establece entre todos los hombres y es observada por casi todos los pueblos se llama “derecho de gentes”, es decir, de todas las naciones» (Inst. 1.2.2).<sup>6</sup> La solución justa (declarada por el juez a partir de estos principios jurídicos primordiales) de una concreta controversia alcanza naturaleza normativa vinculante para sucesivos conflictos, bien en cuanto constituye un precedente jurisprudencial vinculante (como sucede en el *common law*), bien porque, formulada en modo abstracto, acabará formando parte de la legislación positiva, según el sistema del *civil law*.

Para que una decisión singular (judicial) pueda desentrañar en qué consiste un determinado bien (un derecho), la titularidad del mismo, el daño injustamente sufrido y el modo de repararlo, de manera que tal sentencia pueda generar un parámetro de justicia para el futuro, dicha resolución debe contener la descripción del problema (la llamada *quaestio facti*) y la pauta que permitirá restablecer la justicia conculcada (la llamada *quaestio iuris*). Es decir, la disposición debe estar adecuadamente “motivada”. Así sucedió en el Derecho Canónico (de la Iglesia Católica) cuando, hacia el año 1140, Graciano compuso su “Decreto” en el que trataba de compilar antiguas decisiones eclesiásticas (y de otros orígenes, como el derecho romano), a veces contrastantes entre sí, para encontrar la racionalidad que permitiera armonizarlas. Sobre la base de esa recopilación los papas sucesivos fueron identificando nuevos supuestos de hecho problemáticos (*quaestiones facti*) a los que ofrecían una eua solución (*quaestiones iuris*) mediante pronunciamientos singulares motivados denominados “decretales”. El jurista catalán Raimundo de Peñafort (a. 1175-1275) sistematizó las decretales posteriores a Graciano y, con sus respectivas motivaciones, fueron “promulgadas” (como precedentes jurisprudenciales formalmente vinculantes) en 1234 por el Papa Gregorio IX en un volumen conocido como el “Libro extra”, haciendo referencia a las

<sup>6</sup> Cfr. ULPIANO, Digesto 1.1.1, 1.1.10 (traducción mía). En este mismo sentido se expresaron Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino (cfr. *Summa theologiae*, 2-2, q. 58, art. 1), etc.

decisiones posteriores (“*extra*”: “sucesivas”) al Decreto de Graciano. A finales del siglo XIII e inicios del XIV fueron promulgadas dos nuevas colecciones de decretales: el llamado “Libro VI”, de Bonifacio VIII (a. 1298), y las “Clementinas”, de Clemente V (promulgadas por Juan XXII en 1317). El Decreto de Graciano y estas tres colecciones de decretales constituyeron, sustancialmente, el *Corpus Iuris Canonici*, es decir, el ordenamiento canónico que, con diversas modificaciones e integraciones, estuvo vigente hasta la promulgación en 1917 del primer Código de Derecho Canónico. Esta prolongada relevancia canónica de las decretales (en cuanto decisiones singulares) como precedentes vinculantes (en sintonía con la expresión *judge made the law*, que sintetiza bien el carácter jurisprudencial del derecho angloamericano<sup>7</sup>), con la elasticidad proveniente de su motivación *in iure* e *in facto*, permite establecer una fuerte analogía entre el sistema de fuentes del derecho de la Iglesia y el del *common law*, como, oportunamente, propone Aliste: «No debemos olvidar que el *common law* es un derecho eminentemente judicial, y que, por ese mismo motivo, la racionalidad procesal de los procedimientos canónicos será fuente inspiradora de la racionalidad procesal del *common law*».<sup>8</sup>

3. LA POSIBILIDAD DE OBJETIVAR EL SUPUESTO FÁCTICO DE UNA RELACIÓN JURÍDICA (“QUAESTIO FACTI”) Y SU PARÁMETRO DE JUSTICIA (“QUAESTIO IURIS”): LA “CERTEZA MORAL” DEL DERECHO CANÓNICO Y LA “PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT” (LA CERTEZA MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE) DEL “COMMON LAW”. LA EQUIVOCIDAD DE LOS TÉRMINOS “EVIDENCE” Y “PROOF” PARA EL JURISTA DEL “CIVIL LAW”

Un sistema de fuentes con fundamento objetivo (en cuanto no relativista), sea de matriz jurisprudencial o legislativa, presupone (con más potencialidad del primero gracias a su mayor elasticidad al aplicar el precedente de modo equitativo) el convencimiento de la capacidad de la inteligencia humana (contra los difundidos “pesimismo cognoscitivos” típicos de las filosofías inmanentes, relativistas, del “pensamiento débil”, etc.) de alcanzar un conocimiento sustancialmente uniforme de la *quaestio iuris* y de la *quaestio facti*, por parte de personas psíquicamente normales y con la adecuada preparación filosófica y jurídica.<sup>9</sup> Resultado de tal capacidad es la posibilidad de alcanzar lo que el derecho canónico denomina “certeza moral”, consistente

<sup>7</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 53-55.

<sup>8</sup> ALISTE, *Common law*, p. 101. Aliste se inspira en JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

<sup>9</sup> Todo ello evidentemente dirigido a la superación del *dubium* jurisdiccional, condición necesaria para la correcta formación del juicio. Sobre esta cuestión, cfr. JORDI NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

en poder excluir «cualquier prudente duda positiva de error» (cuya no exclusión es típica de la “cuasicerteza”), «aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario» (cuya exclusión es típica de la “certeza absoluta”), tanto respecto a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti*.<sup>10</sup> El juez sólo puede “condenar” (civil o penalmente) al demandado cuando las pruebas presentadas por el actor (o por el mismo juez de oficio, pues el ordenamiento canónico sigue el principio inquisitivo: cfr., en particular, el can. 1452<sup>11</sup>) produzcan en el tribunal la certeza moral sobre la culpabilidad (penal o no) de la parte demandada, en aplicación del *favor rei* (cfr. can. 1608). Del mismo modo, el sistema del *common law* reconoce la presunción de inocencia del demandado mientras no se demuestre su culpabilidad (“*innocent until proven guilty*”) y la necesidad de que el juez, para condenar al acusado (en particular en materia penal), alcance la “*proof beyond reasonable doubt*”, la “certeza más allá de toda duda razonable”, que es un concepto equiparable al de la “certeza moral” canónica.

A la vez, como recuerda Aliste, «en el *common law* existe una clara diferenciación conceptual entre los conceptos de “*evidence*” y “*proof*”». Por “*evidence*” se entiende la prueba o las pruebas tendentes a demostrar la veracidad de cuanto afirmado por una parte. Por el contrario, “*proof*” significa que una de las partes ha logrado el resultado pretendido con la “*evidence*” y, por tanto, que ha conseguido producir en el juez la mencionada “*proof beyond reasonable doubt*”, la certeza moral.<sup>12</sup>

4. DE LA “DECLARACIÓN” JUDICIAL DE LA SOLUCIÓN JUSTA  
DE UNA CONTROVERSIA A LA “CREACIÓN” DE UN “EXPEDIENTE”  
QUE LA ZANJE EN MODO SATISFACTORIO PARA LAS PARTES:  
LA PRIVATIZACIÓN DE CUALQUIER BIEN CONTROVERTIDO  
(EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN DE LOS CARGOS PENALES)  
Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN LOS PAÍSES DE “COMMON LAW”  
 (“ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION”, ADR)

La relevancia del concepto sustancial de certeza moral (del *canon law*, del *common law* y del *civil law*) no sólo requiere un planteamiento realista de la teoría del conocimiento. En efecto, aparte de poseer la capacidad de cono-

<sup>10</sup> El concepto de certeza moral pertenece a la tradición canónica y fue tipificado y ampliamente ilustrado por Pío XII en un famoso Discurso a la Rota Romana (1-10-1942, en italiano en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). Juan Pablo II lo hizo suyo en el Discurso a la Rota Romana del 4-2-1980, cuyo n. 6 recoge el texto de Pío XII (en español en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>11</sup> Ésta y todas las sucesivas referencias a algún “canon” son siempre al Código de Derecho Canónico, 25-1-1983, promulgado por Juan Pablo II.

<sup>12</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, p. 243, nota 4.

cer la verdad, para la operatividad de la certeza moral es necesario afirmar como *prius* lógico la “existencia” de la verdad, ya que *operari sequitur esse* (el obrar sigue al ser). La “cosa justa”, la cosa “verdadera”, la materia sobre la que vierte la pretensión del actor tiene una objetividad inmutable cuando su naturaleza es pública porque tal “cosa”, el bien jurídico sobre el que el juez debe pronunciarse, no es de libre disposición de las partes. Tal vez uno de los ejemplos más evidentes sea el de la condición de delincuente penalmente punible. La “Enmienda 5<sup>a</sup>” (aprobada el 15-12-1791) de la Constitución de los Estados Unidos de América (17-9-1787) sanciona que «a persona alguna [...] se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal». A la vez, sin necesidad de una declaración constitucional al respecto, cuando una persona confiesa haber cometido un delito el tribunal no podrá condenar al autor de la confesión si – siguiendo las pautas del justo proceso (el *due process of law*, ulteriormente previsto por la “Enmienda 14<sup>a</sup>”, aprobada el 9-7-1868, de la Constitución de los EE.UU.) – el tribunal tiene certeza moral de que quien confiesa el delito no lo cometió (aunque se declare culpable para liberar por amor al verdadero delincuente, etc.), o de que quien confiesa sí realizó la acción constitutiva del delito pero es completamente inimputable porque tiene nueve años o sufre una profunda enfermedad mental.

Sin embargo, cuando el objeto de la controversia es un bien privado, del que el propietario puede disponer libremente (como la compraventa de una pulsera de oro), sobre el que se discute si el adquirente pagó al propietario el precio convenido, éste puede renunciar al precio que nunca percibió porque es libre de donar tal bien a quien se presenta ante el tribunal como adquirente. Si el adquirente demanda al propietario porque no le ha entregado la pulsera a pesar de que el adquirente afirme (falsamente) haber pagado su precio, si el propietario “confiesa” libremente haber recibido el precio (cosa no acaecida), el juez, aunque tenga certeza moral de que el adquirente nunca satisfizo el precio convenido, debe condenar al propietario a consignar la pulsera porque la libre confesión judicial (no correspondiente a la verdad pre-procesal) manifiesta en realidad una donación de la que la demanda del actor adquirente cumple las veces de la aceptación de la donación. Es decir, la disponibilidad de las partes respecto al bien objeto del pleito hace que sea objetivamente justo (porque responde a la verdad objetiva) que la cosa cambie de propietario como consecuencia de una simple aceptación de la donación, “disfrazada” de una compraventa realmente insatisfecha por el adquirente, el cual, sin embargo, demanda injustamente al legítimo propietario quien, al confesar (falsamente) haber recibido el justo precio, obliga al juez a condenarle. En definitiva, la confesión judicial en controversias privadas constituye “prueba plena” porque provoca necesariamente en el juez la certeza moral de que el modo justo de resolver la

causa (la “verdad” de la relación jurídica) es “condenar” a quien confiesa ficticia pero libremente.

Estos dos ejemplos son pertinentes tanto en el *common law* como en el *civil law* y en el derecho canónico. En el *canon law* la sola confesión nunca se impone al juez como “la verdad” en las causas sobre bienes públicos (como las penales o sobre la nulidad del matrimonio), mientras que sí lo hace en las causas sobre bienes privados: «§ 1. La confesión judicial de una de las partes, cuando se trata de un asunto privado y no entra en juego el bien público, releva a las demás de la carga de la prueba. § 2. Sin embargo, en las causas que afectan al bien público, la confesión judicial y las declaraciones de las partes que no sean confesiones pueden tener fuerza probatoria, que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa, pero no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que otros elementos las corroboren totalmente» (can. 1536). Lo mismo sucede en sistemas del *civil law* como el español, en el cual el art. 406 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 ordena de forma muy clara que «la confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». <sup>13</sup>

Sin embargo, en el sistema del *common law* (Aliste lo analiza con profundidad<sup>14</sup>) una comprensible, pero tal vez excesiva, búsqueda del “eficientismo” procesal ha comportado, por una parte, la asunción del *adversary system litigation* «como modelo de justicia y marco definitorio de las relaciones entre el tribunal y las partes en el proceso. Las partes procesales se posicionan como adversarios, de ahí que se hable de modelo “adversarial”, y el proceso se concibe como una competición de las partes que pugnan por el triunfo de sus respectivas pretensiones», también en el proceso penal. «El juez se limita a moderar y arbitrar el proceso, sin posibilidad ni capacidad de iniciativa *ex officio iudicis*. Cualquier intervención judicial que merme un ápice el protagonismo procesal de las partes se concibe desde la perspectiva del *adversary system* como una intervención injustificada y fuera del modelo procesal asumido por el *common law*». <sup>15</sup> Esta prohibición al juez de indagar la verdad comporta la absolutización del principio según el cual el juez debe decidir la causa exclusivamente con el material instructorio producido por las partes. Por tanto, si las pruebas presentadas originan una determinada certeza moral (basada en las pruebas presentadas), el juez deberá decidir según tal certeza aunque esté convencido de que dichas pruebas no reflejan la verdad y de que, por tanto, es posible proponer otras pruebas aptas para modificar esa formalista certeza moral. Aliste hace notar cómo para «los juristas de *common law* la *guilty plea* (admisión de culpabilidad) por los hechos delictivos

<sup>13</sup> ALISTE, *Common law*, p. 255.

<sup>14</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, Cap. 8.

<sup>15</sup> ALISTE, *Common law*, p. 230.

efectuada por el imputado bajo determinados supuestos, conduzca directamente al dictado de la sentencia de condena sin necesidad de pasar por la fase de juicio, reduciendo así de forma muy considerable los costes inherentes a la prosecución del proceso y aumentando la eficacia en la resolución de casos criminales»,<sup>16</sup> aunque sea a costa de la justicia de las decisiones.

Esta muy esquemática reconstrucción de la fase instructoria del proceso penal del *common law* comporta la relativización del mismo concepto de verdad y de justicia sobre bienes de naturaleza pública y, por tanto, de no libre disposición de los contendientes, al impedir al juez la búsqueda de la verdad “objetiva” obligándole a aceptar una verdad “formal” procesal que no reconoce como justa.

Por otra parte, en el *common law*, la tutela de la verdad “objetiva” (pública e indisponible) parece ser debilitada todavía más, extremando el relativismo, con el denominado “sistema de negociación de los cargos (penales)” (*the plea bargaining system*). Tras examinar esta institución, Aliste concluye que a través de esta negociación «acusación y acusado convienen en un *agreement* satisfactorio para los intereses de ambas partes, impidiendo que el proceso llegue a conocerse por un jurado. Precisamente, el acuerdo es la nota más característica de este *plea bargaining*, elevándose el consenso de las partes como fin por encima de la búsqueda de la verdad en el proceso penal». <sup>17</sup> Aliste no deja de observar que «los países de *civil law* no están tan alejados del *plea bargaining system*, porque en el seno de sus sistemas procesales albergan instituciones semejantes, como la “conformidad” [cfr. *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de España de 1882, arts. 779.1.5<sup>a</sup>, 787.1 y 801]. No sin razón se ha dicho que la *conformidad* abre las puertas al principio dispositivo en el proceso penal». <sup>18</sup>

Si el utilitarismo a costa de la verdad objetiva tiene estas importantes manifestaciones en el proceso penal, en los otros ámbitos jurisdiccionales puede comportar no ya la pérdida del concepto de verdad y justicia sino, coherentemente, la quiebra de la misma institución del proceso judicial. En efecto, Aliste demuestra con datos apodícticos la progresiva sustitución, en los países de *common law*, del proceso estatal por medios alternativos de resolución de conflictos (“*Alternative Dispute Resolution*”, ADR) y, de modo muy particular, de la *mediación*.<sup>19</sup>

En realidad, la *mediación* es una institución tan antigua como la necesidad de encontrar medios adecuados para resolver injusticias, exigencia que, como hemos señalado, se encuentra en el momento genético de la misma

<sup>16</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 254 y 255.

<sup>17</sup> ALISTE, *Common law*, p. 256.

<sup>18</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 256 y 257.

<sup>19</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, 283-297. Para el sistema del *civil law*, con particular referencia a Italia, a la distinción entre arbitraje y mediación, etc., cfr. CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, ed. 2, 3 voll., Cedam, Padova, 2012.

conceptualización de las nociones de derecho y de justicia.<sup>20</sup> De hecho, la mediación forma parte fundamental del vigente sistema canónico de tutela de los derechos: «§ 1. Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes. § 2. Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras» (can. 1446). Más aún, los medios alternativos de resolución de conflictos típicos del *common law* tienen evidentes precedentes en las decretales de Gregorio IX (a. 1234) que, entre otras manifestaciones de mediación, dedican a los árbitros el entero título cuarentaitrés del libro primero.<sup>21</sup> Pero en el *canon law* la mediación en las causas sobre bienes públicos sólo puede procurar la recomposición de la justicia objetiva: el perdón de los motivos de separación conyugal (cfr. can. 1152), la sanación (si es posible) del vicio que impidió que la celebración del matrimonio fuera válida (puesto que si la celebración fue válida el vínculo sólo puede ser disuelto por la muerte de uno de los cónyuges: cfr. cans. 1141, 1676), la renuncia a la acción penal (una particular manifestación canónica de amnistía) cuando ya ha sido reparado el daño producido a la víctima y a la comunidad, y además consta la eficaz enmienda del reo (cfr. can. 1341). Fuera de estos supuestos, en las causas de naturaleza pública, el derecho de la Iglesia no admite la mediación, ni el recurso a otras instituciones privadas de solución de conflictos (arbitraje, transacción, etc.: cfr. cans. 1446 § 3, 1715 § 1).

Sin embargo, en el *common law*, el radical relativismo privatista en temas de matrimonio y familia ha comportado no sólo la negación de cualquier límite ecológico a las diversas manifestaciones de convivencia interpersonal (tanto a nivel de “pareja”, como de “filiación”), sino también la renuncia a la estructura procesal pública en favor de la privada *Lawyer supported mediation* (mediación familiar con apoyo de abogado). «Se trata de un medio alternativo muy novedoso e introducido en el Reino Unido desde 2012 para evacuar con eficacia una solución consensuada en los procesos de crisis matrimoniales que conduzcan a la separación y el divorcio de los cónyuges».<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Vide supra* § 2.

<sup>21</sup> Cfr. x 1.43. Las decretales de Bonifacio VIII también dedican al arbitraje el título veintidós del libro primero (cfr. vi 1.22).

<sup>22</sup> ALISTE, *Common law*, p. 287.

5. LA CONTRAPARTIDA PUBLICISTA DE LOS “PUNITIVE DAMAGES”  
(RESARCIMIENTO POR “DAÑOS PUNITIVOS”)

En este contexto en el que la verdad y la justicia quedan sometidos a la voluntad de los particulares, se comprende fácilmente que el sistema haya generado una peculiar institución de protección de la lealtad en las relaciones interpersonales (en especial cuando la parte desleal dispone de un ingente patrimonio económico, producido en buena parte por medio de su perfidia), con independencia de la “bondad” o “maldad” del objeto del pacto, ya que, cuando la absoluta libertad se erige en la norma ética y constitucional prevalente, no es posible calificar de “malo” (o injusto) lo que el sujeto quiere, con el único límite de no violar la libertad del otro. Se trata de los “*punitive damages*”, «una institución característica dentro del derecho de daños del *common law* que no tiene equivalente en el derecho de responsabilidad civil contractual o extracontractual de los sistemas de *civil law*. Podemos definir los daños punitivos como la indemnización económica de carácter extraordinario y ejemplarizante, que el juez impone al causante del daño cuando este ha obrado o ha omitido obrar a través de una conducta calificada como dolosa, de mala fe o especialmente negligente. El resarcimiento del daño causado en esas circunstancias se dirige no solo a reparar e indemnizar el perjuicio sino a castigar a través de la imposición judicial de un plus ejemplarizante indemnizatorio que se suma como gravamen adicional a la indemnización ordinaria en estos casos». <sup>23</sup> Ejemplo emblemático de los “*punitive damages*” es el enorme resarcimiento económico impuesto a empresas de tabaco, no porque fumar sea objetivamente “malo”, ya que (desde una perspectiva coherentemente relativista) nada “es” bueno o malo en sí mismo: es bueno si el sujeto lo quiere y malo si lo detesta. Tal resarcimiento ha sido justificado porque quien ha vendido el tabaco no ha informado con la adecuada claridad al consumidor que fumar daña gravemente su salud y puede producir la muerte. Si el vendedor lo hubiera dicho con claridad, habría actuado lealmente y el fumador no habría podido lamentarse de recibir un daño que aceptó libremente. Lógicamente, tras algunas decisiones judiciales (mediante el sistema del jurado u otro de los previstos en el *common law*<sup>24</sup>) de condena a poderosas empresas, las sucesivas controversias se tramitan por medio de alguno de los ADR. Los iniciales pleitos no utilizaron algún ADR porque tales corporaciones no aceptaban pagar las cuantiosas sumas de dinero solicitadas por los abogados de las víctimas ya que pensaban que los “*punitive damages*” serían de cuantía menor a la que, sin embargo, fueron condenadas.

<sup>23</sup> ALISTE, *Common law*, p. 67.

<sup>24</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, Caps. 6-9, *passim*.

6. ACERCA DE LA LAICIDAD, RACIONALIDAD Y ECOLOGÍA  
DE LOS “DERECHOS HUMANOS”:  
EL CONOCIMIENTO DE ÁMBITOS IRRENUNCIABLES DE JUSTICIA  
(TRASCENDENTE)

Identificar el *common law* con el relativismo ético no correspondería a la verdad. Basta considerar el positivismo legislativo que ha tergiversado profundamente el derecho de “familia” (?) en España. Sin embargo, el análisis de Aliste sobre la absolutización de la actividad procesal de las partes al asumir el *adversary system litigation* como modelo de justicia en el *common law*<sup>25</sup> le permite sostener racionalmente la equivocidad de la «analogía entre jurisdicción y mediación»,<sup>26</sup> equivalencia afirmada, sin embargo, por los propugnadores de los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR), en aquellos ordenamientos (del *common law*) en los que la principal fuente del derecho es el precedente jurisprudencial. Aliste demuestra que «la propaganda dirigida al fomento de los ADR, y muy especialmente de la mediación, ha ido de la mano de toda una serie de falacias entre las que destacan una buena dosis de afirmaciones gratuitas (como una idea de la verdad reducida al consenso) y generalizaciones precipitadas (como la idea de lentitud de la justicia), dirigidas a persuadir a una amplia audiencia sobre las ventajas innumerables de la mediación, al tiempo que se denuncian los tremendos inconvenientes arrastrados por la jurisdicción como medio de resolución de conflictos».<sup>27</sup> El planteamiento criticado por Aliste se funda sobre «un sincretismo metodológico en el que participan un cuerpo heterogéneo de argumentos utilitaristas (principalmente derivados de la metodología del análisis económico del derecho), irracionalistas y emotivistas [...], encubriendo bajo un lenguaje técnico y supuestamente neutro una verdadera perspectiva de análisis económico de la justicia, fruto de un renovado utilitarismo, cuyas consecuencias respecto al mantenimiento del orden constitucional de los estados occidentales son realmente imprevisibles»,<sup>28</sup> ya que erradican del panorama social y jurídico cualquier planteamiento trascendente sobre el que fundar una convivencia positiva (basada en la solidaridad y en la realización de proyectos que superan la propia existencia individual, en beneficio de la familia y de la comunidad) y no sólo negativa, caracterizada por el mero no dañar al prójimo.

El sistema del precedente jurisprudencial, al fundarse en un caso concreto resuelto con los argumentos ofrecidos por los contendientes (según

<sup>25</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 229-232.

<sup>26</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 295-296.

<sup>27</sup> ALISTE, *Common law*, p. 295.

<sup>28</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 283-284.

el *adversary system litigation*), posee una mayor y más rápida capacidad de transformación de los bienes antropológicos acogidos por las leyes de rango constitucional de los diversos estados, en la medida en que la tutela de esos bienes constitucionales se demuestre incompatible con el uso absoluto de la libertad del individuo, con tal de que esté en condiciones de hacerla valer personalmente y no se oponga al ejercicio de una libertad de otro sujeto que también pueda ejercerla autónomamente. Piénsese en la interrupción voluntaria del embarazo (que los autores liberales que citaré a continuación denominan, sin eufemismos, “aborto”), que algunos pretenden extender a un tiempo indeterminado sucesivo al parto, como ha sido publicado recientemente en una conocida revista de “ética” médica: «El ser simplemente un ser humano no es una razón en sí misma suficiente para atribuir a alguien el derecho a la vida: [...] el hecho de que un feto sea potencialmente una persona que tendrá (por lo menos) una vida aceptable no es una razón para prohibir el aborto. En consecuencia, sostenemos que, cuando después del nacimiento se verifican las mismas circunstancias que justifican el aborto antes del nacimiento, debe ser permitido lo que denominamos “aborto post-natal”». <sup>29</sup> Reflexiones análogas se encuentran en una sentencia de la Corte de Casación (el Tribunal Supremo) de Italia, con la peculiaridad de que la jurisprudencia de la Casación tiene función nomofiláctica no solo de conservación, sino también de “actualización” de la ley, pudiéndose equiparar sin dificultad al *case law* del *common law*. Dice la sentencia de la Casación: «una consideración racional de la naturaleza del hombre que implique una obligación de vivir es extraña al derecho positivo, salvo en los límites acogidos por normas igualmente positivas (si existieran), ya que el ordenamiento positivo ha elegido como la esencia de los derechos del hombre, antes incluso que su dignidad [...] la libertad del individuo, la cual se auto limita en el contrato social, pero permanece intacta ante uno mismo, legitimando finalmente el no hacer o el rechazar», <sup>30</sup> incluida la vida del feto vivo. <sup>31</sup>

Si por “laicidad” entendemos el respeto del libre razonamiento ajeno que llega, también racionalmente, a conclusiones diversas de las propias y la renuncia a la imposición de las personales certezas, tal laicidad debe aceptar que alguien considere racionalmente probada la condición de la persona humana como criatura de Dios, el cual la ha creado con un preciso fin para

<sup>29</sup> ALBERTO GIUBILINI, FRANCESCA MINERVA, *After-birth abortion: why should the baby live?*, «Journal of Medical Ethics», 2012: <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full> (3-7-2013). Traducción mía.

<sup>30</sup> Italia, Corte de Casación civil, Sección III, Sentencia 2-10-2012, n. 16754, «Ius Ecclesiae», 25 (2013), pp. 561-572, aquí p. 571. Para un comentario, cfr. ALESSANDRO PALMONARI, *Brevi riflessioni sul diritto a non nascere*, en *ibidem*, pp. 572-593.

<sup>31</sup> Al respecto, cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *Tutela judicial efectiva del “nasciturus” en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, *passim*.

cuya realización el mismo Dios ha establecido unas normas que la persona humana puede conocer también racionalmente.<sup>32</sup> Sostener el conocimiento racional de Dios, de la religión y de la ley natural es tan “laico” como cuestionarlos. El intercambio de “descubrimientos”, tanto materiales como espirituales (el amor, la belleza, el sufrimiento, el conocimiento de la existencia de Dios, etc.), no es “proselitismo fundamentalista”, sino el modo como la humanidad ha progresado desde sus inicios. Por ello, no supone un atentado a la laicidad ni manifestación de clericalismo reflexionar sobre la ecología trascendente de la justicia a propósito de un libro sobre las principales instituciones del *common law* y el espíritu que las inspira.<sup>33</sup>

Cuando el parámetro de justicia es determinado por el mero voluntarismo, sin algún vínculo trascendente (vínculo que, al menos de momento, funda la mayor parte de los derechos tutelados constitucionalmente y por las más universales declaraciones de los derechos del hombre), se desvanece la racionalidad de la decisión judicial y queda muy mermada la importancia de la certeza moral y de la motivación.<sup>34</sup> El influjo del predominio de la actividad de las partes en el proceso (verdad “subjetiva”), por encima de la verdad “objetiva”, presente en el *common law* también en las causas sobre bienes públicos, llevó a los tribunales de la Iglesia en EE.UU. y, en general, en los países anglófonos a modificar el concepto de certeza moral, al aplicar una ley particular de 1970 para la Iglesia en los EE.UU. sobre las causas de nulidad del matrimonio, ley que fue abrogada por el Código de Derecho Canónico del 1983.<sup>35</sup> En efecto, demostrando la amplitud de la globalización también en ámbito ético y jurídico, la norma 21 de la ley de 1970 sustituyó la

<sup>32</sup> Cfr. la epístola de S. Pablo a los romanos (Rom 1,18-32) y la encíclica *Lumen fidei* del Papa Francisco (29-6-2013), nn. 32-34, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>33</sup> «Es evidente que si se considera el relativismo como un elemento constitutivo esencial de la democracia se corre el riesgo de concebir la laicidad sólo en términos de exclusión o, más exactamente, de rechazo de la importancia social del hecho religioso. Dicho planteamiento, sin embargo, crea confrontación y división, hiere la paz, perturba la ecología humana y, rechazando por principio actitudes diferentes a la suya, se convierte en un callejón sin salida. Es urgente, por tanto, definir una laicidad positiva, abierta, y que, fundada en una justa autonomía del orden temporal y del orden espiritual, favorezca una sana colaboración y un espíritu de responsabilidad compartida» (BENEDICTO XVI, *Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede*, 11-1-2010, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). Cfr. CONCILIO VATICANO II, Const. past. *Gaudium et spes*, 7-12-1965, n. 36.

<sup>34</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 128-136; ID., *Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos claves para una teoría general de la justificación de las resoluciones judiciales*, «Jueces para la Democracia», 73 (2012), pp. 30-47.

<sup>35</sup> CONSEJO PARA LOS ASUNTOS PÚBLICOS DE LA IGLESIA (con funciones en parte similares a las de un “Ministerio de Asuntos Exteriores” estatal), *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septentrionalis*, 28-4-1970, en IGNATIUS GORDON, ZENON GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 1, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1977, nn. 1380-1428.

exclusión de cualquier prudente duda positiva de error, como característica típica de la certeza moral sancionada por Pío XII en 1942, por la mera prevalencia de las pruebas y de los indicios. Según la ley de 1970 el juez podía sentenciar a favor de quien hubiera vencido en el debate instructorio aunque el mismo juez considerara que tal posición no reflejaba la verdad objetiva. Esta norma comportó, como indicó Juan Pablo II en el citado Discurso a la Rota Romana de 1980, que (de hecho) se introdujera el divorcio en amplios sectores de la Iglesia.<sup>36</sup> Para tratar de erradicar este influjo, todavía presente, del *common law* en el derecho canónico, la Instrucción *Dignitas connubii* sobre las causas de nulidad del matrimonio (25-1-2005) ha reprobado el concepto de certeza moral *ex common law* y ha propuesto de nuevo el genuino concepto canónico: «Para la certeza moral necesaria conforme a derecho no basta el peso prevalente de las pruebas y de los indicios, sino que se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error, tanto en cuanto al derecho como en cuanto a los hechos, aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario».<sup>37</sup>

Aliste sostiene motivadamente que «*civil law* y *common law*, responden a unas raíces culturales comunes, y coadyuvan al mantenimiento de valores irrenunciables de la civilización occidental en un mundo de contextos culturales diferenciables y cada vez más entrecruzados».<sup>38</sup> La existencia de estos valores irrenunciables adquiere una particular solidez cuando, de modo racional, el hombre se reconoce criatura de Dios, dotado de un fin trascendente para cuyo alcance debe respetar las leyes que Dios le ha dado junto con la capacidad intelectual necesaria para conocerlos. Tal horizonte de ética racional implica afirmar que existe el bien (aquello que permite alcanzar el fin) y el mal (aquello que lo impide), evitando, respecto a los derechos irrenunciables, el relativismo. No obstante, aplicando la mencionada “laicidad positiva”,<sup>39</sup> afirmar que es un mal permitir que pueda ser interrumpida de modo directo la vida de un feto vivo no implica alguna intolerancia respecto a quien lo niegue. Calificar de intolerancia la afirmación de la existencia de bienes y males objetivos implica en realidad «la intolerancia en nombre de la tolerancia, [...] lo cual es antidemocrático», usando una expresión del representante de la Santa Sede en la Conferencia de Alto Nivel de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) sobre la tolerancia y la no discriminación, Tirana, 21-5-2013,<sup>40</sup> tal como, en las mismas fechas

<sup>36</sup> Vide supra nota 10. Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *La certeza morale nel processo canonico*, cit. en nota 2.

<sup>37</sup> Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, Instrucción *Dignitas connubii*, 25-1-2005, art. 247 § 2, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>38</sup> ALISTE, *Common law*, p. 36.

<sup>39</sup> Vide supra nota 33.

<sup>40</sup> En [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/2013/documents/rc\\_seg-st\\_20130528\\_non-discriminazione\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2013/documents/rc_seg-st_20130528_non-discriminazione_it.html). La traducción es mía.

de esta conferencia, está siendo demostrado por la reacción del Gobierno francés ante quienes manifiestan no compartir una determinada ley sobre el derecho de “familia” con evidentes connotaciones éticas. Por otra parte, continuaba el citado diplomático, «si la tolerancia fuera el valor humano y civil supremo, entonces cualquier convicción auténticamente verdadera que excluya otra sería manifestación de intolerancia. Además, si una convicción pudiera equivaler a su contraria, se podría acabar siendo complacientes incluso ante las aberraciones».

Benedicto XVI ha reflexionado mucho sobre el “absolutismo del relativismo”. En estas breves consideraciones sobre la ecología de la justicia que aúna el *common law*, el *civil law* y el *canon law* vale la pena citar uno de los numerosos textos posibles del Papa emérito:

«el relativismo ..., al no reconocer nada como definitivo, deja como última medida sólo el propio yo ...; y, bajo la apariencia de la libertad, se transforma para cada uno en una prisión, porque separa al uno del otro, dejando a cada uno encerrado dentro de su propio “yo”. Por consiguiente, dentro de ese horizonte relativista ..., ... sin la luz de la verdad, antes o después, toda persona queda condenada a dudar de la bondad de su misma vida y de las relaciones que la constituyen, de la validez de su esfuerzo por construir con los demás algo en común. // Para ejercer su libertad, el hombre debe superar por tanto el horizonte del relativismo y conocer la verdad sobre sí mismo y sobre el bien y el mal. En lo más íntimo de la conciencia el hombre descubre una ley que él no se da a sí mismo, sino a la que debe obedecer y cuya voz lo llama a amar, a hacer el bien y huir del mal, a asumir la responsabilidad del bien que ha hecho y del mal que ha cometido. Por eso, el ejercicio de la libertad está íntimamente relacionado con la ley moral natural, que tiene un carácter universal, expresa la dignidad de toda persona, sienta la base de sus derechos y deberes fundamentales, y, por tanto, en último análisis, de la convivencia justa y pacífica entre las personas. // ... La justicia, en efecto, no es una simple convención humana, ya que lo que es justo no está determinado originariamente por la ley positiva, sino por la identidad profunda del ser humano. La visión integral del hombre es lo que permite no caer en una concepción contractualista de la justicia y abrir también para ella el horizonte de la solidaridad y del amor».<sup>41</sup>

El estudio de los elementos esenciales del *common law* y de su sistema de fuentes del derecho requiere una adecuada reflexión sobre la ya citada expresión *judge made the law* para respetar los parámetros objetivos ínsitos en las exigencias de la ecología de la justicia trascendente. El olvido, o el desprecio, de la ecología de esta justicia no positivista produce escenarios sociales y jurídicos similares a los descritos (criticando, con fuertes tintes pesimistas, situaciones muy diversas pero acomunadas por el “absolutismo del positivis-

<sup>41</sup> BENEDICTO XVI, *Mensaje para la celebración de la XLV Jornada Mundial de la Paz* (1-1-2012), nn. 3 y 4, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

mo relativista”) por George Orwell en “1984” (escrito en 1948) o en “Animal Farm” (1945), por Isaac Asimov en su “Trilogía de la Fundación” (1942-1949) o, más recientemente, por Cormac McCarthy en “The Road”, Premio Pulitzer a la narración en el 2007.

Considero importante el libro de Aliste porque, además de describir de modo claro y sintético las principales instituciones del *common law* desentrañándolas para los juristas del *civil law*, examina críticamente los aspectos relativizantes y positivistas, al menos de hecho, de algunas de dichas instituciones. El Autor propone válidas alternativas racionales fundadas, implícita pero claramente, en la capacidad de la inteligencia de reconocer que el hombre ha sido creado por Dios con un fin trascendente para cuya consecución existe un código normativo cognoscible por la razón y realizable, con esfuerzo y la ayuda divina que nunca falta, de los que el hombre es igualmente consciente. La razón también comprende que establecer la propia libertad como principio ético supremo, determinante del bien y del mal, implica que el hombre se autoerija en dios, como refleja la antigua sabiduría clásica con el mito de Prometeo, o como describe el primer libro de la Biblia el pecado original de los ancestros de la humanidad: «se os abrirán los ojos y seréis como Dios, conocedores del bien y del mal» (Génesis 3,4), donde “conocer” equivale e “generar”.

## Recensioni

GIACOMO BERTOLINI, *La simulazione del 'bonum coniugum' alla luce della giurisprudenza rotale*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 316.

1. I canonisti sanno bene come il tema del *bonum coniugum*, studiato dal Bertolini in questa monografia,<sup>1</sup> sia tra i più ardui da affrontare: come esso – soprattutto esso – sia stato capace di fare orientare l'intero diritto matrimoniale verso istanze e realtà di personalismo vero; come, ancora, in questo elemento essenziale del coniugio cristiano possa comunque leggersi la traduzione più immediata dell'insegnamento di *Gaudium et spes*, nr. 48, che nella Chiesa del Cristo il matrimonio è per davvero "l'intima comunità di vita e d'amore coniugale".

I più avvertiti e documentati studiosi del nuovo diritto ecclesiale sanno però anche che sulla identificazione concettuale del *bonum coniugum* non vi sia stata – e manchi tuttora, specie tra autori eccessivamente legati a vecchie impostazioni positivistiche o di esasperato

<sup>1</sup> L'A. aveva già offerto una robusta prova di capacità speculativa nei due volumi su *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*. I. *Il dibattito contemporaneo*; II. *Approfondimenti e riflessioni*, CEDAM, Padova 2008, rispettivamente pp. 277 e 336. I temi studiati dall'A. sono tra i più significativi e innovativi del diritto matrimoniale canonico (profondamente modificato – grazie anche agli stessi – prima nella alta lezione conciliare, poi nella coerente lettura codiciale giovanneo-paolina). Per la loro trattazione l'A. dimostra di saper coniugare la lettura giuridi-

formalismo giuridico – unanimità di consensi: assenza in gran parte dipesa – sia consentito ribadire la ferma convinzione, già avanzata nel mio *Matrimonio canonico e bonum coniugum*. Per una lettura personalistica del matrimonio cristiano, Giappichelli, Torino 1995, specialmente pp. 70 ss. – dalla mancata considerazione che per cogliere precisamente la realtà della persona fatta oggetto nella *deditio* coniugale, occorra preliminarmente individuare quali profili più generali – direi *costituzionali* – la *constituono* persona nell'ordinamento ecclesiale. Derivata inoltre, più specialmente, dal non avere ancora compiutamente avvertito – come ha invece predicato il Maestro divino – che la persona nella Chiesa è prima del suo diritto; o, meglio, che in essa la persona stessa è diritto; che la relazione coniugale, personale, interpersonale, intrapersonale è, essa medesima, *res iusta*; che è da accogliersi convintamente nel diritto ecclesiale, in modo ultimamente definitivo, la lezione sulla persona offerta con continuità di coerenza da un riconosciuto Maestro del diritto canonico

ca dell'ordinamento e dei singoli istituti con quella filosofico-teologica, accompagnata da una continua ricostruzione, critica e puntuale, del Magistero ecclesiale (di quello primaziale e di ogni altro ordinario), e della migliore tradizione canonica, specialmente, della giurisprudenza, nella completezza della sua evoluzione e dei suoi diversi orientamenti; evidente, infine, il costante e – a mio avviso – riuscito sforzo dello studioso di dimostrare come nel diritto della Chiesa, *in apicibus*, Verità e Giustizia debbano sempre armonizzarsi profondamente.

co, così sintetizzata da ultimo: “Solo se ci si fa catturare dall’iniziativa di un Dio che ama sempre per primo e che dalla sua carità sostanzia e alimenta il sentimento di giustizia dei fedeli, ogni persona umana può davvero trasformarsi ed essere trattata come ‘diritto sussistente’ [A. Rosmini], come ‘ius aequissimum’ [P. Grossi]; e così, chi si lascia ‘regolare e misurare’ alla stregua dell’agape divina, in qualche modo può rendersi partecipe della ‘regola e della misura’ (1<sup>a</sup> II<sup>a</sup>, q. 91, a. 2)” (S. BERLINGO’, *Generalia iuris principia* (can. 19), in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www-statoeChiese.it), aprile 2009, p. 7).

È poi sotto gli occhi di tutti gli studiosi con quanta difficoltà e con quali resistenze il principio del *bonum coniugum* sia stato introdotto e riconosciuto nella giurisprudenza, specialmente in quella rotale; e come questo indefettibile elemento essenziale del patto matrimoniale cristiano (can. 1055) debba invece essere sempre voluto nel consenso delle parti (can. 1057); come, tuttavia, esso sia di frequente messo in gioco nel momento patologico della simulazione: come, pertanto, uno studioso che voglia conoscere *funditus* cosa sia il *bonum coniugum* e come esso venga vissuto nella pratica, dei fedeli e giudiziaria della Chiesa, non possa non affrontare, di petto, la completa trattazione di quest’ultima.

Giacomo Bertolini questo ha fatto, con completezza di metodo e di analisi, spiccatamente di quella giuridica,<sup>2</sup> lun-

go tutte le pagine del libro; riuscendo ad incorniciare l’ampia trattazione concettuale sul *bonum coniugum*, illustrata anche con il necessario riferimento alla dottrina teologica e metafisica che ne sostrata (e ne giustifica) la presenza nell’ordinamento matrimoniale canonico, appunto nel quadro dello specifico istituto della simulazione, analizzato nei suoi profili sostanziali e processuali. Scrive infatti a pag. 2: “Questa specifica figura di simulazione parziale [...] più di altri capi di nullità pare collegata al grado di assimilazione del personalismo ed alla raggiunta coscienza che l’essenza del matrimonio non abbia da esser indagata in senso statico, razionalista, volontarista, unilaterale, contrattualista, istituzionalista e giuspositivista-giuscorporalista, ma debba essere intrinsecamente descritta nella dimensione del patto totalizzante *tra persone*, dotate di pari dignità e libertà, tra le quali esiste una dimensione dinamicamente interpersonale ed intrapersonale, caratterizzata dalla complementarità tipica del dimorfismo sessuale, e naturalmente ordinata al bene reciproco, al bene della prole e della famiglia”.

2. Il libro è scandito dall’Autore in tre capitoli, la cui appropriata titolazione testimonia, sin da subito, la chiarezza e la coerenza logica dell’indagine giuridica adottata.

Il primo, destinato alla individuazione dei *Fondamenti di un’antropologia matri-*

<sup>2</sup> Va sottolineato come le considerazioni dell’Autore si mantengano sempre nell’ambito di una riflessione rigorosamente giuridica. Valga ad esempio la precisa conclusione con cui sintetizza l’ampia trattazione teologica e istituzionale dell’Aquinata sul matrimonio (p.7): “L’oggetto del consenso,

dunque, non è inserito in un rapporto sinallagmatico circa diritti estrinseci rispetto ai coniugi, ma è invece costituito dalla stessa unione coniugale nella sua duplice connotazione naturale quanto al genere (unione carnale) e quanto alla specie (unione spirituale), secondo una copresenza di cui a Gn 2, 24”.

*moniale realista* (pp. 1-55), dimostra infatti la consapevolezza di Bertolini di come la nozione di persona, al centro della reciproca donazione coniugale dell'uomo e della donna, non possa sottrarsi al continuo riferimento al duplice orizzonte, sempre presente nel diritto della Chiesa: quello secolare, della giustizia umana, e quello della Salvezza e della costante operatività della Grazia, che assicurano la proiezione di ogni realtà terrena verso il Cielo, verso il regno stesso di Dio.

In sintonia con l'alto insegnamento di Lo Castro, l'Autore si batte così, da un lato per "una civiltà coniugale che riconosca una realista antropologia dell'essere sessuato uomo e donna"; consapevole, dall'altro – sulla scorta dell'insegnamento di Benedetto XVI (p. 52) – che "Il dono dell'amore coniugale è *eros* ed *agape* al contempo, [...] e nondimeno icona del rapporto di Dio con il suo Popolo".

Merito dell'Autore sono la chiarezza con cui mette subito a fuoco il punto centrale nel discorso sul *bonum coniugum*: "Punto di partenza del discorso giuridico sul matrimonio è [...] la *persona* e, per ciò che attiene al matrimonio, è la persona che tramite il coniugio risponde pienamente alla sua *naturale* vocazione di essere in relazione" (p. 8) e la ferma convinzione di come, pertanto, "un personalismo adeguato al diritto matrimoniale canonico pone al centro della *riflessione giuridica* [corsivo mio] le *persone* nella loro dimensione *integrale* (spirito, anima e corpo); persone che si realizzano pienamente solo entrando in relazione, riconoscendo l'altro come soggetto dotato di pari ontologica dignità, e tendendo alla comparte come ad un naturale completamento" (p. 288).

Sarà questo, dunque, il porto d'arrivo dell'indagine che l'Autore si propone, pienamente consapevole che la naviga-

zione dottrinale e giurisprudenziale nel mare increspato del *bonum coniugum* avverrà tra due scogli: "È difatti tutt'oggi sovente registrabile", scrive infatti a pag. 287, "un tratteggio riferimento a diritti e doveri coniugali *estrinseci* rispetto alla *persona* dei coniugi, ove permane la triangolazione coniuge-diritto-coniuge, anziché la centratura sull'*unica* dimensione giuridica della relazione coniuge-coniuge. Per converso, è nondimeno da registrare anche l'opposta tensione a procedere all'abbandono del principio consensualista e della categoria dell'atto giuridico, per aprire all'esclusivo approfondimento psicologico della relazione interpersonale".

3. Sono dense di riflessione e ricche di dottrina le pagine (pp. 3 ss. e *passim*) in cui l'Autore mostra i limiti della vecchia dottrina giuscorporalista (dello *ius in corpus*), del resto tassativamente superata dal nuovo dettato normativo, e di quella giuspersonalista, se esclusivamente riferita allo *ius ad consortium vitae*, porto intermedio, nel periodo del Concilio e dei lavori per la nuova codificazione, di dottrine attrezzate e molto avanzate nonché di una giurisprudenza aperta, verso l'approdo definitivo a una lettura più personale (e spirituale) del matrimonio.

Né Bertolini mostra di ignorare i pericoli di un personalismo agiuridico. "Allo stato attuale di recezione dell'approfondimento antropologico del personalismo coniugale", scrive ad es. a pag. 9, "abbandonare [...] i sicuri parametri giuridici di analisi della validità del consenso, al fine di andare verso l'esclusivo approfondimento antropologico-fenomenologico della relazione coniugale, è operazione di sistema che potrebbe portare con sé una degiuridicizzazione del matrimonio, o comunque una prioritaria sua focalizzazione sulla esclusiva dimensione

del rapporto, sulla scia degli ordinamenti civili, ricadendo così in quell'individualismo che nell'adesione alla scuola personalista si intende invece superare".

Quanto all'Autore appare giustamente decisivo è la nuova identificazione codiciale dell'oggetto del consenso: la *deditio sui ipsius* di ciascun coniuge e la *essenziale* sua *ordinatio* alla coniugalità (*ad bonum coniugum*) e alla genitorialità (*ad bonum prolis*). La nuova realtà concettuale e normativa si proietta pertanto su una nuova accezione di personalismo, di uno più 'autentico', per il quale "il centro della riflessione è la *persona* nella sua dimensione integrale, o meglio è la *persona* che diviene una *coppia*, una nuova *res dualis*, che riconosca pari reciproca dignità e si proietti dinamicamente verso la progressiva integrazione interpersonale. La donazione coniugale è l'unione delle potenze naturali coniugali conferite tramite l'atto del consenso" (pp. 18-19).

Bertolini invoca così (p. 18) "un'adeguata antropologia del matrimonio", capace di porsi in "alternativa al soggettivismo contrattualista, all'istituzionalismo positivista, quanto infine al fenomenologismo personalista puro" e crede di poterla trovare nella "impostazione giuridica personalista fondata sulla metafisica realista".

Non ripercorro qui il persuasivo itinerario, in punto di vera metafisica e di filosofia giuridica, con cui l'Autore approda alla dottrina della conoscenza per *connaturalità* (pp. 21 ss.). Ma concordo con lui, convintamente – si tratta dell'epistemologia di fondo che guida l'intera ricerca ed è la significativa pagina conclusiva del lavoro (p. 298) – che nello studio dei fenomeni giuridici occorra fare sempre "riferimento alla dimensione del diritto che nasce, si autolimita, rinviene finalità naturali e criteri di validità, sul fon-

damento della metafisica della natura dell'uomo e del suo agire".

Nel tipo di conoscenza per connaturalità "ontologia e gnoseologia sono indissolubilmente congiunte"; la legge naturale vi è tale "non soltanto perché radicata nella natura (*elemento ontologico*), ma perché conosciuta naturalmente (*elemento gnoseologico*), per una sorta di connaturalità" (p. 23). Con questa lettura personalista, fondata su una metafisica realista, sta allora che la identificazione concettuale dell'oggetto del consenso matrimoniale e dell'elemento essenziale del *bonum coniugum* non poggia più su diritti estrinseci, ma "sulle *persone* stesse, che si *realizzano* pienamente solo entrando in relazione, tendendo alla comparte come ad un naturale completamento, e costruendo una 'nuova cosa' che è il matrimonio (p. 27)". Sta, specialmente, per il tema che lo occupa, la convincente conclusione di Bertolini (p. 29) che: "L'essenza coniugale non è dunque l'oggetto di un'obbligazione contrattuale (o, in veste giuspersonalista, il diritto al *consortium*), ma l'*unio*, la *relatio praedicamentalis* che la dottrina antica ricondusse all'essenza del matrimonio, la comunione di animi e corpi, la nuova *res dualis*, l'*unio ordinatorum ad unum*, la *maxima amicitia*".

4. Con questa chiara concettualizzazione giuridica dell'oggetto del consenso matrimoniale e con una peculiare sensibilità e attenzione per la realtà umana delle persone che lo esprimono (la *traditio* che si fa *deditio*), non sorprende che l'Autore scriva pagine intense, davvero belle, sull'amore coniugale.

Ci si intenda: mai prive, però, di una puntuale e precisa sua riconduzione alla dimensione giuridica, con cui esso può unicamente essere preso in rilievo nel diritto matrimoniale canonico.

Sin da subito Bertolini affronta l'argomento nella consapevolezza (pp. 33-34) che esso è la *crux interpretum* e ne inquadra la trattazione che ne offre la dottrina in precise categorie giuridiche: come "*causa efficiente* della volontà di donarsi totalmente nell'atto del consenso", come "elemento strutturale ed *essenziale* del patto", oppure quale "desiderio di bene reciproco e dunque *fine*".

L'Autore descrive assai bene (p. 37) le tappe dell'amore, nel loro *crescendo* psicologico verso la realtà più ricca e profonda dell'animo umano, che i nubenti debbono vivere e assumere per una valida espressione del loro volere giuridico: "L'amore, [...] in quanto *concupiscenza* è iniziale inclinazione, in quanto *benevolenza* è già volere il bene dell'altro, in quanto *amore sponsale* è donazione ed accettazione interpersonale nel vincolo, ed infine l'amore dell'uomo e della donna vincolati è principio di operazione dell'orientamento naturale ai fini; dunque né aspetto transeunte esposto al mutevole del concupiscibile, né dimensione da verificare volta per volta nel matrimonio *rapporto*".

Nel patto coniugale si ha invero la trasformazione dell'amore: si tratta (p. 32) dell'*agape*, "di un *dover essere voluto* che viene definito amore di elezione, di benevolenza, ed è atto di *volontà* razionale". Ancora: l'amore sponsale, disinteressato e non egoista, che mentre vuole il bene dell'altro realizza il proprio, comporta qualcosa di più (p. 228), "che si passi all'ulteriore elevazione dell'amore sia attraverso la piena *reciprocità*, sia attraverso la stabile *volontà* tipica dell'*amicizia*, per proiettarsi nel *donum di sé e della propria persona*".

Si realizza in tal modo la *una caro* voluta nel can. 1057, par. 2: si tratta infatti – Bertolini ne scolpisce bene la realtà (pp.

28-29) – della "intimissima dimensione *uniduale* [...] liberamente voluta come dovuta secondo giustizia nel *donum totale* e definitivo di sé: atto supremo che supera l'amore di benevolenza stesso".

5. Il secondo e robusto capitolo, *La giurisprudenza*, è il più ampio del libro (pp. 57-174). Appare subito come non si tratti di una semplice lettura descrittiva delle decisioni del Tribunale Apostolico, né di una pur utile sola raccolta di sentenze, magari indicate con criterio cronologico (ma – si annoti a merito dell'Autore – si ha qui la raccolta di *tutta* la giurisprudenza rotale sul punto, edita e non, e delle più significative decisioni di Tribunali ecclesiastici italiani). Si tratta invece di una ricostruzione concettuale raffinata delle categorie giuridiche in cui la giurisprudenza ecclesiastica ha collocato il *bonum coniugum* nelle proprie decisioni: la visione giuscorporalista (pp. 96-101); una accezione e contenuti propri a quella personalista, "onnicomprensiva e compendiosa" (p. 102) di molti contenuti, utili ad assicurare un esito felice del matrimonio, ma inadeguati o insufficienti per cogliere l'essenza del bene dei coniugi. Si trascorre infatti dallo *ius ad consortium* al *mutuum adiutorium* e/o al *remedium concupiscentiae*; dalla completa unione psicosessuale dei coniugi alla individuazione del *bonum* come fine estrinseco del matrimonio o alla sua identificazione con lo stato complessivo della vita coniugale (pp. 102-141). Si perviene infine (pp. 141-174) all'esame delle prospettazioni concettuali consentite dall' "approccio personalista e realista", condiviso e difeso dall'Autore ma per la verità riscontrabile in non molte delle sentenze pronunciate.

Bertolini ha dunque ragione nel denunciare (p. 2) il ritardo con cui la Rota romana "ha cominciato a pronunciarsi

sul capo autonomo di nullità inerente all'esclusione parziale del bene dei coniugi", ritardo in parte giustificato (p. 61) dalla "constatazione che comunque la Rota si [è] occupata in innumerevoli sentenze specificamente del *bonum coniugum* come oggetto di incapacità". V'è infatti nel Giudice rotale – specie in una *coram* Civili dell' 8 novembre 2000 – la consapevolezza della difficoltà della questione (p. 152): "Nostra sententia quaestio de essentialibus elementis bono coniugum inhaerentibus haud omnino soluta est. Infrascripti Auditores itaque nihil aliud facere possunt nisi contributum aliquod afferre ad quaestionem resolvendam". E se anche sembri manifestarsi una interpretazione personalista prevalente, così da potersi delineare "un primo indirizzo giurisprudenziale [...] sul tema" (p. 170), la Rota non offre in realtà "un'evoluzione dottrinale nella successione cronologica delle sentenze" (p. 183). Bertolini ne offre puntualmente (*ivi*) le plausibili ragioni: l'assenza del formale differimento a un Turno ampliato della Rota (*coram quinque* o *videntibus omnibus*) per una superiore e decisiva interpretazione dottrinale.

L'Autore, che ha scolpito con chiarezza le diverse categorie concettuali adottate dalla giurisprudenza rotale (p. 96) e nei principali "precedenti personalisti" di alcuni Tribunali locali italiani (pp. 76-95), può pertanto convintamente affermare, in conclusione (p. 290), che "L'analisi della giurisprudenza rotale in materia di simulazione del *bonum coniugum*, proposta per le singole decisioni [...] ha manifestato eterogeneità interpretativa". Ne fa prova risolutiva la lucida e rapida sintesi che egli ne offre (pp. 290-291): "Sono tutt'oggi presenti le posizioni *giuscorporaliste* che negano una precisa dimensione essenziale all'ordinazione al bene dei

coniugi [...]; quelle che propongono un concetto di *bonum coniugum* quale risultante dalla *somma dei beni agostiniani* [...]; quelle *giuspersonaliste* che ripropongono le storiche impostazioni di analisi del fine personalista come '*ius ad consortium*' [...]; quelle che, pur individuando elementi di specificità del *bonum coniugum* risentono dell'approfondimento della giurisprudenza in materia di *incapacità alle obbligazioni* [...]; quelle che (principalmente le più recenti) pacificamente ammettono che l'*ordinazione al bonum coniugum* sia *elemento essenziale*, che tale ordinazione sia naturale, e che essa possa essere fatta oggetto di autonoma simulazione, ma fanno ancora uso tralattizio dei riferimenti allo *ius ad consortium* [...] o alle *obbligazioni* coniugali [...]; quelle, infine, *spiccatamente personaliste* che conferiscono definitiva autonoma rilevanza all'oramai accolta ordinazione essenziale del coniugio, direttamente fondata sulla *qualità* della totale donazione delle persone".

La preziosa lettura analitica delle singole decisioni studiate, sviluppata con un linguaggio che può talora risultare un po' troppo uniformato a quello forense della giurisprudenza, consente tuttavia all'Autore di segnalare i punti fermi fissati dalla Rota (p. 183): che "l'oggetto del consenso sono le *persone* che si donano in forza della complementarità reciproca e della considerazione della comparte come soggetto dotato di *pari ontologica dignità*, con il quale entrare in *relazione*"; che "il *consenso* non è una prestazione unilaterale di diritti sul corpo o diritti a determinati comportamenti, ma è anzitutto una *donazione* oblativa e un *riconoscimento* dell'altro, al quale si decide di *volere e dovere il bene* [...]; che "Il *vincolo* in giustizia così costituito, tendendo a sua volta al *bene dei coniugi*

quale *fine*, ha una dimensione essenziale e *dinamica* informata dal fine, ossia l'*ordinatio ad bonum coniugum*, nonché la tensione verso la *progressiva* crescita nella comunione dei coniugi. Tale naturale ordinazione, in quanto *elemento essenziale*, può essere esclusa con *simulazione parziale* invalidante".

6. La simulazione è di fatti l'altro angolo prospettico – essendo quello previo, come si è chiarito, la identificazione concettuale di quale ne sia la realtà essenziale – con cui Bertolini tratta il tema del *bonum coniugum*.

Lo sviluppa specialmente nell'ultimo capitolo, *Concettualizzazione delle ipotesi di esclusione del 'bonum coniugum' e criteri probatori* (pp. 175-286), sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale.

Non ripercorro qui l'intero percorso argomentativo dell'Autore, che in queste pagine sembra forse indugiare in qualche ridondante ripetizione argomentativa. Desidero tuttavia segnalare, sia pure in rapida sintesi, le ferme posizioni dottrinali che lo studio della giurisprudenza rotale consente all'Autore in tema di simulazione.

In primo luogo è la chiara percezione di quale sia l'oggetto del consenso simulato *ob exclusum bonum proles* (cfr. specialmente pp. 214-215 e 51), nella sua duplice dimensione: "quella che escluda la dimensione *duale* della *coppia*, e quella che escluda la naturale proiezione verso una *progressione* della complementarietà della *una caro* che deve abbracciare ogni ambito della persona (intellettivo, volitivo, fisico, spirituale)".

Ne deriva che l'indagine giudiziaria sull'esclusione, oltre che accertarsi della *positività* e della prevalenza dell'atto escludente, dovrà tenere in conto (p. 243) "la *qualità oggettiva* della *relazione*

*interpersonale* e la sua evoluzione, anche indipendente da una specifica volontà di *esclusione* (nel senso tradizionale e letterale di *sottrazione*"); quanto a dire che occorrerà sempre pervenire a una valutazione statica e dinamica del consenso (sul punto, si legga specialmente a p. 284), sì che, in definitiva, "l'attenzione" dovrà essere prevalentemente "portata sull'atto che *pone* il consenso, invece che direttamente su quello che *esclude*" (p. 269).

Sono stimolanti le riflessioni che l'Autore dedica ad una approfondita analisi psicologica e giuridica del consenso e della volontà simulatrice (pp. 242 ss. e, poi, pp. 280-285) e a come quest'ultima si configuri nella realtà (p. 254): "Semplicemente l'*esclusione* è l'*effetto* dell'*unica volontà simulatoria* (causa efficiente), che fa sì che vi sia un *unico* oggetto intenzionale, che oggettivamente non può dirsi veramente coniugale perché a questo si è interamente *sostituito*". In particolare, segnalo come risulti accurato e approfondito lo studio (pp. 252-269) del percorso e dei criteri con cui nella giurisprudenza rotale si è passati da una prima rigorosa richiesta della presenza del solo *positivus voluntatis actus* (cfr. una *coram* Ferraro, 16 ottobre 1994) sino ad adombrare (pp. 260-271) una "interpretazione decisamente evolutiva" della simulazione implicita.

Trovo infine particolarmente equilibrata la posizione assunta dal Bertolini nel delineare i presupposti teorici entro cui collocare l'atto simulatorio: non la "esaltazione razionalista, intellettualista e volontarista del volere" (p. 281) – lo aveva già insegnato, da par suo, la Fumagalli Carulli – e neppure l'"eccesso individualista" di un personalismo per il quale (p. 282) "l'essenza matrimoniale [sarebbe] una realtà meramente fattuale, scissa da qualsiasi dimensione di

dovuto secondo giustizia, o dimensione giuridica inerente alla validità del patto”, ma – in coerenza profonda con i criteri epistemologici di fondo adottati nel libro – nella razionale lettura del *diritto di natura* (pp. 283-284), quanto a dire sulla “dimensione metafisica dell’uomo e dei suoi naturali fini, che costituiscono il presupposto di tutto il sistema giuridico canonico, ed individuano quel *minimo sufficiente* onde ricercare l’esistenza personale, interpersonale, ed intrapersonale del matrimonio (il *bonum interpersonale*)”.

Resterebbe da dire in ultimo, più approfonditamente, dei criteri che dallo studio della giurisprudenza rotale l’Autore ricava sulle modalità dell’indagine istruttoria e sui contenuti della prova della simulazione per esclusione del bene dei coniugi. Mi limito a segnalare qui la sua giusta avvertenza come essi trascorrono sempre tra due estremi: quello della esclusione del *bonum coniugum* o, invece, del *bonum coniugii*; nell’accertamento se, nel caso, si sia avuta una *voluntas simulandi* o una *simulatio voluntatis*.

Si ha dunque a disposizione un libro pienamente riuscito, completo nella trattazione del tema scelto, compendioso della migliore dottrina e studiata analiticamente nell’esame critico della giurisprudenza, tutta ricondotta a chiari schemi concettuali, logici e giuridici; un libro che conferma pienamente, a mio avviso, la fecondità e lo spessore della canonistica laica nel panorama della scienza giuridica contemporanea.

RINALDO BERTOLINO

MASSIMO CATTERIN, *L’insegnamento della religione nella scuola pubblica in Europa. Analisi e contributi di istituzioni europee*, Venezia, Marcianum Press, “Monografie di Diritto Canonico”, 2013, pp. 612.

L’AUTORE, Massimo Catterin, nato a Treviso nel 1971, presbitero diocesano dal 1999, attualmente segretario presso la Rappresentanza Pontificia in Bangladesh, dopo aver conseguito nel 2010 la licenza in diritto canonico presso la Facoltà di diritto canonico “San Pio X” di Venezia, ha proseguito gli studi presso la Pontificia Accademia Ecclesiastica a Roma, conseguendo nel 2012 il dottorato in diritto canonico alla Pontificia Università Lateranense sotto la guida del Prof. Vincenzo Buonomo.

Nel 2013 ha pubblicato questa non breve monografia che ha il pregio di offrire al lettore una panoramica sulla regolamentazione giuridica e i modi di accreditare l’insegnamento della religione nella scuola pubblica nei ventotto Paesi dell’Unione Europea; come pure i principali indirizzi delle politiche educative del Consiglio d’Europa e dell’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) in merito all’istruzione sulle religioni e altre convinzioni, e il ruolo che la Santa Sede ha svolto in varie fasi di consultazione, in qualità di soggetto di diritto internazionale.

A tale scopo, si serve di una vasta base documentaria di Fonti e di Bibliografia, con ben 42 pagine di titoli di testi giuridici civili, di normativa ecclesiastica, di rapporti informativi e di saggi comparativi, che hanno sicuramente il pregio di aggiornare sulla recente legislazione italiana, vaticana ed europea, prodotta in materia, oltre che sulla vasta letteratura

critica disponibile nelle principali lingue del continente.

La monografia, oltre all'introduzione, è costituita da quattro capitoli.

Nel primo capitolo, l'Autore si serve di quattro categorie nelle quali, con meticolosa precisione, incasella tutti i ventotto Paesi appartenenti all'Unione Europea: l'insegnamento basato sulle scienze teologiche inteso come riferimento alla "Scienza della fede creduta" con metodi propriamente confessionali gestiti dalle Chiese; l'insegnamento basato sulle scienze teologiche e sulle scienze della religione anche questo normalmente confessionale e che distingue chi porta a imparare da credenti partendo da una propria tradizione di fede e chi invece porta a conoscere le tradizioni religiose; l'insegnamento su base di scienze religiose non teologiche a-confessionale; l'ultimo è invece corrispondente all'approccio laico al fatto religioso.

Nel secondo capitolo, l'Autore evidenzia come alcune istituzioni europee, pur avendo più volte dichiarato la loro estraneità all'esperienza religiosa, si sono fatte promotrici di politiche educative che mostrano non solo un interesse verso l'insegnamento della religione, ma anche la ricerca di una sua regolamentazione a favore di un insegnamento a-confessionale. Tale scelta prima di tutto è legata al fatto che l'Euro-ottimismo, dilagato all'indomani della caduta del Muro di Berlino, è rimasto improvvisamente soffocato sotto gli eventi tragici dell'11 settembre 2001, facendo sembrare a molti Paesi occidentali di trovarsi di fronte ad una minaccia globale ed allo spettro di uno scontro tra civiltà o religioni. Ma l'attività politica si è resa necessaria anche a motivo dell'intensificarsi del fenomeno migratorio che ha finito poi per produrre un'ibridazione irriver-

sibile di culture, etnie, tale da far temere l'ingovernabilità.

Dal momento che la scuola resta uno dei luoghi strategici dell'integrazione, dando gli strumenti per saper aprirsi al dialogo con altre culture, anche l'insegnamento della religione ne è coinvolto, non senza conseguenze per i modelli epistemologici.

Questi dunque i motivi che hanno portato la maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea, in una fase di ininterrotto ripensamento che, secondo l'Autore, non può essere liquidato semplicemente per il fatto che la società europea abbia assunto i caratteri di una società multi-etnica e multicultural, ma che chiede un'ulteriore e più approfondita investigazione a partire dai suoi fondamenti individuati negli orientamenti di politica educativa di alcune istituzioni europee.

Nel terzo capitolo, l'Autore dà ampio spazio alla presentazione del Rapporto 2007, scritto al termine di un'indagine promossa dal Consiglio delle Conferenze dei Vescovi in Europa (CCEE) su iniziativa della Conferenza Episcopale Italiana (CEI), dal momento che non ha mancato di aprire prospettive interessanti soprattutto dal punto di vista pastorale, prospettive che vertono sulla necessità di valorizzare il ruolo delle famiglie, l'impegno della Chiesa a migliorare la sua presenza nel mondo della scuola, la convinzione che l'insegnamento della religione debba essere aperto a tutti, al di là delle proprie convinzioni, sempre però nel rispetto della libertà di coscienza, e soprattutto quello che l'insegnamento della religione a contenuto confessionale sia quello meglio rispondente alle esigenze del contesto odierno, perché capace di mettere in dialogo con una religione vivente e significativa.

Prospettive queste, non sottovalutate dal momento che, sia la Congregazione per l'Educazione Cattolica sia lo stesso Papa Benedetto XVI, sono intervenuti più volte sulla questione.

Nel quarto e ultimo capitolo, viene pertanto analizzata la Lettera Circolare 520/2009 della Congregazione per l'Educazione Cattolica, dal momento che fa intravedere i fondamenti giuridici su cui l'insegnamento della religione risulta essere legittimo: si tratta del diritto di ogni uomo all'educazione e alla libertà religiosa, declinabile nel diritto dei genitori di far impartire un'educazione secondo i propri principi e quindi di far impartire un'educazione anche religiosa. Senza dubbio, si tratta di diritti riconosciuti dalle principali Convenzioni internazionali, e che trovano riscontro nelle Costituzioni e nelle legislazioni statuali; sono diritti sui quali la Chiesa cattolica deve continuare il dialogo per non vedere estromessa non solo la sua *Libertas*, ma anche i diritti soggettivi dei suoi fedeli, verso i quali si pone in atteggiamento di protezione e difesa.

Gli interventi di Benedetto XVI, invece, mettono in luce la tendenza di correnti laiciste presenti nelle Organizzazioni stesse, tendenti a voler escludere l'insegnamento confessionale; tendenze che sono senz'altro espressione di una certa cultura relativistica che sta relegando la religione dal suo ambito pubblico verso il privato. Inoltre, di fronte la tendenza di estromettere il valore dell'insegnamento confessionale all'interno del dialogo interculturale, Benedetto XVI ribadisce come detto dialogo debba avere come punto di partenza la consapevolezza dell'identità dei suoi interlocutori. Proprio in questo orizzonte la religione cattolica è una risorsa, perché è una disciplina che ha come specifi-

co la formazione integrale dell'uomo e della sua identità.

Concludendo, dalla lettura di questa quanto mai originale monografia, scritta in una veste grafica chiara e che non presenta errori, si evince che l'Autore, pur nella complessità e nella vastità dell'argomento scelto, ha saputo farsi strumento di indagine in modo chiaro e razionale, rendendo giustizia, una volta tanto, a quanto di pressapochismo e di imprecisione regna, soprattutto negli operatori mediatici, sulla tematica in questione.

L'opera, un vero e proprio "Digesto" del magistero scolastico religioso in Europa, è stata riconosciuta «necessario complemento del Rapporto 2007 a cura di CCEE/CEI sullo stato dell'istruzione religiosa cattolica europea» (cfr. *ERE-news* 2013/4, 110).

FERNANDO CHICA ARELLANO

MASSIMO DEL POZZO, *Il magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2013, pp. 206.

IL volume curato da Massimo del Pozzo, docente di diritto canonico nella Pontificia Università della Santa Croce, è aperto da un'acuta presentazione del Card. Julián Herranz e consta di uno studio di cinquantacinque pagine, seguito dalla riproposizione di cinque discorsi di Benedetto XVI di indole giuridica, tre dei quali in materia canonica (le allocuzioni alla Rota Romana del 2006 e del 2010; il discorso in occasione del venticinquesimo anniversario della promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico, tenuto nel 2008) e due sui fondamenti del diritto (il discorso del 2007 ai partecipanti al Congresso sulla legge morale promosso dalla Pontificia Università La-

teranense e quello pronunciato nel 2011 davanti al Bundestag tedesco). Ciascuno di essi è corredato dal relativo commento dell'autore, già apparso sulle pagine di questa rivista. In appendice è posto l'elenco dei principali atti normativi di portata generale emanati da Benedetto XVI (se ne enumerano sedici) e dei suoi più importanti interventi aventi rilevanza giuridico-canonica (sono centottantadue).

Scopo dell'opera è presentare e ricostruire il nucleo del messaggio del Papa emerito ai giuristi, partendo dalla consapevolezza che Benedetto XVI, pur non essendo giurista per formazione e interesse, è un pensatore talmente ricco e profondo da essere in grado di offrire un contributo specifico e originale anche ai cultori del diritto. Da ciò consegue che il suo magistero giuridico si indirizza alle tematiche fondative e generali più che a quelle propriamente canoniche ed è volto soprattutto a difendere la 'verità del diritto' in un'epoca in cui essa rischia di risultare oscurata. È assai significativo in proposito un passaggio della *Lettera ai seminaristi* (18 ottobre 2010): «Imparate anche a comprendere e – oso dire – ad amare il diritto canonico nella sua necessità intrinseca e nelle forme della sua applicazione pratica: una società senza diritto sarebbe una società priva di diritti. Il diritto è condizione dell'amore» (n. 5). Come osserva del Pozzo, «il legato più significativo di Benedetto XVI ai giuristi concerne probabilmente la *spiegazione del fondamento e della radice della giuridicità*» (p. 51). È esemplare, in proposito, lo sviluppo del discorso al Bundestag, finalizzato a proporre alcune considerazioni sui fondamenti dello Stato liberale di diritto. Riprendendo argomenti sviluppati fin dalla sua fondamentale *Introduzione al cristianesimo*, la cui prima edizione ri-

sale al 1968, il Papa emerito osserva che, a differenza di altre religioni, esso non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, ma ha rimandato alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto. Esiste infatti un'armonia profonda fra i due piani, il che presuppone che entrambi si radichino nella Ragione creatrice di Dio. L'intrinseco legame fra diritto e filosofia è il terreno di coltura di quello sviluppo giuridico che, nel corso dei secoli, ha portato l'Europa a riconoscere i diritti inalienabili della persona quale fondamento della comunità umana, della pace e della giustizia sociale. Il dramma del pensiero contemporaneo – evidenza Benedetto XVI – consiste nel prevalere di una concezione positivista e funzionale della natura, incapace di creare ponti verso l'*ethos* e il diritto. Morale e religione vengono relegate nell'ambito del mero soggettivismo e cadono fuori dall'ambito della ragione. Il diritto non si fonda su ciò che è giusto in sé, ma assume un carattere convenzionale, se non addirittura arbitrario. Da questo vicolo cieco si esce soltanto recuperando il rapporto di integrazione e armonia fra natura e ragione. Esso comporta una sorta di 'ecologia del diritto': come è importante la tutela dell'ambiente, così va rispettata la natura dell'uomo. Questi non è soltanto una libertà che si crea da sé. «Egli è spirito e volontà, ma è anche natura, e la sua volontà è giusta quando egli rispetta la natura, la ascolta e quando accetta se stesso per quello che è, e che non si è creato da sé».

Queste considerazioni sviluppate davanti al Bundestag trovano applicazione in campo canonistico soprattutto negli insegnamenti sul matrimonio. Parlando alla Rota Romana, cioè a un tribunale chiamato ad applicare una procedura giudiziaria, egli insiste sull'amore per la

verità, quale fondamentale punto di incontro tra diritto e pastorale. Non può esistere, infatti, azione pastorale feconda se non radicata nella verità. Le assai sbandierate soluzioni pseudopastorali ai problemi delle nullità si radicano – secondo Benedetto XVI – in impostazioni teoriche che oscurano l'essenza stessa del matrimonio, fondata nella natura profonda dell'uomo e della donna. È assurdo, infatti, contrapporre la giustizia alla carità. Nel Discorso alla Rota nel 2007, egli arriva ad affermare: «Amore e diritto possono così unirsi fino al punto da far sì che marito e moglie *si debbano a vicenda* l'amore che *spontaneamente si vogliono*: l'amore è in essi il frutto del loro libero volere il bene dell'altro e dei figli; il che, del resto, è anche esigenza dell'amore verso il proprio vero bene». Tanto nell'ambito generale, quanto in quello specificamente canonistico, «la *ricerca della verità* è l'unico criterio per *coniugare ciò che è giusto con la cura della persona*, il punto di convergenza tra lo strumento tecnico e il servizio umano, la complementare integrazione di forma e sostanza» (p. 71).

La silloge di del Pozzo non solo costituisce un'ottima presentazione sintetica dei contenuti giuridici del magistero di Benedetto XVI, ma spinge anche il lettore ad approfondire la conoscenza diretta dei testi pontifici, recuperando dall'accurato apparato di note i rimandi ad altri interventi nei quali, talora in maniera sviluppata, talora per inciso, è possibile cogliere perle di un pensiero, la cui profondità e acutezza costituisce un tesoro dove attingere in abbondanza.

MAURO RIVELLA

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., *La parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale. Il munus docendi della Chiesa*, Roma, EDUSC (Subsidia canonica 7), 2012, pp. 232.

QUESTO volume evidenzia anzitutto due ambiti della ricerche finora condotte dal prof. Errázuriz, docente della facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce.

Proprio nel primo numero di questa rivista, apparso nel 1989, egli aveva pubblicato un articolo dedicato alla «dimensione giuridica del “munus docendi” nella Chiesa» (riproposto in questo volume alle pp. 141-156). Con esso l'A. aveva aperto una «linea di ricerca» (p. 9): quello fu il primo di vari contributi su tale tema (a p. 231 troviamo un elenco di «altri scritti dell'autore circa il bene giuridico ecclesiale della parola di Dio», cui vanno aggiunti cinque studi interamente riprodotti in appendice al volume). Complessivamente l'A. ha finora dedicato una monografia e quindici contributi a questa tematica. Ora, questo nuovo studio può essere visto quasi come una sintesi delle ricerche di Mons. Errázuriz in tale ambito.

Inoltre, questo nuovo volume dell'A. costituisce il primo capitolo del secondo volume del *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*. Infatti, da anni il prof. Errázuriz sta realizzando un approccio a diverse aree del diritto canonico a partire dalla nozione di diritto come «oggetto di relazioni di giustizia nella Chiesa» (p. 13). Nel presente volume, l'A. applica all'ambito del *munus docendi* la teoria fondamentale, che egli ha esposto in vari contributi e, in particolare, nel volume *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico* (Milano 2000).

In tale ottica, la Parola di Dio è la *res iusta* dovuta ed esigita nel rapporto sociale intraecclesiale tra soggetti, che sono titolari, rispettivamente, di diritti e di doveri giuridici in riferimento ad essa.

Considerando anzitutto l'oggetto di tale relazione, Mons. Errázuriz indica i «presupposti fondamentali» della giuridicità della Parola di Dio (verità oggettiva, affidamento alla Chiesa e destinazione universale). Essa è oggetto di rapporti, che si possono classificare in base ai soggetti coinvolti nella relazione o secondo le funzioni che integrano il *munus docendi* (conservazione e difesa, approfondimento, diffusione della Parola di Dio). Ancora, vengono segnalate alcune altre caratteristiche fondamentali della Parola di Dio, quali la sua inseparabilità dai sacramenti, dai costumi morali e dalle verità naturali, il suo rapporto con l'ecumenismo e il dialogo interreligioso e la sua adeguazione «alla capacità e alle necessità» dei destinatari. In questo contesto, l'A. fa notare che tale oggetto/bene può essere considerato sotto altre prospettive e che di fatto «nel libro III del Codice si dà un singolare intreccio fra dimensione giuridica, teologica e pastorale» (p. 15), ma ribadisce che la canonistica, pur servendosi di altri approcci alla parola di Dio, deve restare nella sua prospettiva propria «della determinazione e della tutela dei rapporti giuridici esistenti in questo campo» (ibid.).

Passando a considerare i soggetti della relazione giuridica concernente la Parola di Dio, il prof. Errázuriz ricorda anzitutto che «la parola divina costituisce un diritto di ogni persona umana» (p. 23). La Chiesa, istituzione alla quale tale Parola è affidata, ha un dovere giuridico nei riguardi di tutti gli uomini. Esiste però anche un diritto e un dovere di ogni

fedele a partecipare a tale missione. In questo contesto emerge il riferimento al diritto di libertà religiosa, che è la condizione per poter adempiere il dovere di evangelizzazione da parte della Chiesa e di ogni fedele, come pure dell'esercizio dell'obbligo di ogni uomo a cercare la verità. Successivamente l'A. passa a considerare i diritti e doveri fondamentali di ogni fedele nell'ambito del *munus docendi*. Essi vengono enucleati in rapporto alla ricezione della Parola di Dio, alla sua conservazione, al suo approfondimento e alla sua diffusione. In questo modo «si delinea anzitutto l'ambito ecclesiale dell'apostolato personale ed associato dei fedeli» (p. 28). In rapporto alla Gerarchia ecclesiastica, i fedeli sono sia destinatari dell'azione di questa sia sotto certi profili suoi collaboratori. Tale visione fa emergere una vasta gamma di situazioni, che costituiscono una parte importante della vita ecclesiale, anche se non si è soliti considerarle *sub specie iusti*, ma da un punto di vista meramente «pastorale».

Il terzo capitolo considera l'altro soggetto della relazione giuridica che ha come oggetto il bene della parola di Dio: la Chiesa in quanto istituzione, la quale ha il diritto-dovere di conservare, approfondire e diffondere il contenuto della divina rivelazione. Tali funzioni competono principalmente alla Gerarchia ecclesiastica, anche se possono prevedere la collaborazione degli altri fedeli. Mons. Errázuriz si sofferma anzitutto a considerare il magistero della Chiesa, cui compete l'interpretazione autentica della Parola di Dio, ricordando che senza una tale istanza si vanificherebbe il diritto a ricevere la vera parola. Vengono richiamati i vari tipi di magistero, classificati in base al loro grado di certezza/obbligatorietà, al soggetto da cui pro-

manano, al loro oggetto e al loro grado di solennità, e sono indicate le situazioni giuridiche, cioè i diritti e i doveri in rapporto a tale magistero, in particolare quanto all'adesione ad esso. La Parola di Dio, oltre che custodita, va annunciata, e ciò viene realizzato in forma ufficiale dalla Chiesa in quanto istituzione attraverso due principali modalità: la predicazione e la catechesi. L'A. sottolinea, infine, come la Parola di Dio – insieme ai Sacramenti – costituisca «il campo più rilevante e specifico dell'azione del governo ecclesiale» (p. 75). Infatti, la triplice funzione di governo pone atti (leggi, atti amministrativi e sentenze giudiziali) riguardanti la Parola, e, in particolare, l'esercizio del *munus regendi* comprende interventi volti alla sua promozione e soprattutto alla sua tutela.

Il quarto capitolo del volume considera il tema della «formazione cristiana d'indole vocazionale». Dopo essersi soffermato in generale sulla formazione che consente la realizzazione della vocazione propria di ogni fedele, staccandosi dalla sistematica del Libro III del vigente codice (invece, il codice piano-benedettino trattava dei seminari nella parte «De Magisterio»), l'A. approfondisce soprattutto il tema della formazione dei futuri sacerdoti, che ha il suo principale luogo di attuazione nel seminario.

Nell'ultimo capitolo, dedicato all'educazione e alle comunicazioni sociali, Mons. Errázuriz prospetta il rapporto che intercorre fra la Parola di Dio e «le realtà sociali che per natura sono primariamente in funzione della conservazione e della trasmissione della verità», rapporto che «attua in modo paradigmatico il nesso vitale tra fede e ragione» (p. 94). L'A. invita a mantenere chiaro che si tratta di realtà dell'ordine secolare e, allo stesso tempo, a ricordare che

esse possono coinvolgere direttamente la verità di fede, richiedendo quindi un vincolo con la Chiesa istituzione. Di qui la frequente sottolineatura dell'autonomia dei fedeli quando operano nei campi della scuola, dell'università e dei massmedia, ovviamente esercitata sempre nel rispetto della comunione con la Chiesa e il suo insegnamento. Da segnalare, infine, come il capitolo si concluda ponendo la questione *de iure condendo* circa «la tutela della fede e dei costumi nella situazione attuale, creatasi soprattutto con Internet» (p. 136): un campo tuttora aperto e ben poco esplorato.

Il presente volume offre quindi un'originale e densa esposizione del tema del *munus docendi*, fondata sulla visione realista del diritto della Chiesa. Si tratta di un approccio che merita non solo l'attenzione dei cultori del diritto canonico, ma che dovrebbe sempre più ispirare la mentalità ecclesiale quando si considera il rapporto fra la Parola di Dio e il diritto – come pure fra diritto e altri aspetti della vita della Chiesa –, superando visioni riduttive dello *ius Ecclesiae*.

ANTONIO FILIPAZZI

MONTSERRAT GAS AIXENDRI, *Apostasia y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada, Editorial Comares, 2012, pp. 324.

IL libro che qui si presenta affronta una delle tematiche di maggiore attualità nello studio della disciplina del fenomeno religioso negli ordinamenti contemporanei. Infatti l'apostasia, ovvero l'uscita volontaria del fedele dalla propria confessione religiosa, rappresenta un aspetto fondamentale del diritto di libertà religiosa ridivenuto oggi molto controverso.

L'Europa, e più in generale l'Occidente cristiano, ha conosciuto nel suo passato il dramma delle guerre di religione, nate dalla Riforma protestante che frantumò l'unità religiosa del continente, dando luogo alla formazione di molteplici comunità religiose e chiese nazionali sorte dal distacco di intere popolazioni dall'unica Chiesa di Roma. Solo nel corso del XX° secolo questa frattura, che diede luogo a profonde rivalità odi e conflitti anche sanguinosi che hanno inciso profondamente sulla formazione politica dell'Europa e del mondo contemporaneo, si è andata progressivamente attenuandosi, grazie al movimento ecumenico e, in ambito cattolico, al Concilio Vaticano II. Furono poi soprattutto gli orrori dei due conflitti mondiali a convincere la comunità dei popoli e delle nazioni della necessità di superare divisioni e conflitti atavici per affermare il primato della persona umana a prescindere dalle sue appartenenze religiose, nazionali, politiche e sociali, edificando attorno ad essa un sistema di protezione consistente nell'affermazione di una serie di *diritti umani fondamentali*, la cui tutela fu affidata a livello internazionale alle Nazioni Unite e, a livello nazionale, ad organi di giustizia costituzionale. È grazie a questa evoluzione che la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948), seguita dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali* (1950) e, più di recente, dalla *Carta dei diritti umani dell'Unione europea* (2000), hanno affermato come primo contenuto del diritto di libertà di coscienza e di religione la "libertà di cambiare religione o credo": libertà fondamentale che accomuna credenti e non credenti e ne sottolinea, al di là delle singole esperienze di vita, la comune appartenenza alla stessa

famiglia umana e la condivisione di una medesima dignità.

Negli ultimi decenni questa acquisizione, che forma parte del nucleo essenziale del diritto alla libertà religiosa e di coscienza e rappresenta un presupposto fondamentale di ogni società pluralista fondata sul rispetto della persona umana, sembra essere rimessa in discussione da una serie di significativi fattori storici e culturali.

Innanzitutto i forti flussi migratori hanno portato, e continuano a portare, in Europa e in altri paesi dell'Occidente, contingenti crescenti di popolazione provenienti da paesi le cui tradizioni religiose, in particolare l'Islam, non ammettono l'abbandono della propria religione da parte del fedele e i cui ordinamenti giuridici, basati sul rispetto della legge religiosa, considerano simili comportamenti come delitti e li puniscono con sanzioni anche corporali fino alla pena di morte. A contatto con gli ordinamenti europei, fondati invece sulla distinzione tra precetto religioso e legge civile, simili pratiche repressive sono destinate ad essere abbandonate. Tuttavia tragici fatti di cronaca testimoniano, oltre alle difficoltà dell'integrazione, la diffusione all'interno di alcune comunità immigrate di atteggiamenti di chiusura, di emarginazione e talora di vera e propria intolleranza nei confronti di quei loro componenti, soprattutto giovani, che con i propri stili di vita o in via più esplicita manifestino l'intenzione di abbandonare la tradizione religiosa di origine, magari per convertirsi ad un'altra fede religiosa, dando luogo al fenomeno delle conversioni clandestine.

In secondo luogo non mancano, all'opposto, correnti culturali che tendono oggi a porre sempre più in discussione l'*universalità* dei diritti umani, sot-

to lineandone piuttosto la *relatività* e la forte dipendenza da presupposti storici, culturali e ideologici propri dell'Occidente cristiano, al fine di superare quella che viene intesa come una sorta di colonialismo culturale dell'Occidente. Si tratta di orientamenti ideologici che operano soprattutto all'interno del dibattito concernente i c.d. nuovi diritti, ossia le questioni bioetiche e quelle di genere, mettendo in discussione concetti chiavi come quello di natura, di sessualità e di cultura. Tuttavia essi, collegandosi con alcuni postulati della teoria marxista, tuttora adottati dagli ordinamenti di alcuni grandi paesi emergenti, tra cui la Cina, tendono ad incidere anche sulla definizione e la natura di alcuni diritti fondamentali, primo fra tutti quello di libertà religiosa, sottolineandone la stretta derivazione dalla cultura borghese dell'Occidente e la loro asserita estraneità rispetto ad una condivisa visione dell'individuo e della società. Con ciò attenuandone il significato e la portata rispetto alle – ritenute – assai più importanti istanze sottese ai diritti sociali e economici. In questa prospettiva il tema della libertà religiosa tende ad essere sottovalutato e quasi rimosso, sia a livello nazionale che internazionale, e gli eventuali conflitti che possono sorgere per una sua scarsa considerazione e tutela, in particolare nelle società multietniche come le attuali, vengono portati ad esempio del carattere violento e pernicioso delle religioni, innescando un circolo vizioso di cui fanno le spese soprattutto le minoranze religiose e i semplici fedeli, lasciati a se stessi ed emarginati in alcuni paesi dalle stesse autorità civili, se non fatti oggetto di persecuzione e di atti di intolleranza dal resto della popolazione.

Come si vede, dunque, il tema della

libertà religiosa, e in particolare quello della libertà di cambiare religione o credo, è di fondamentale importanza negli ordinamenti contemporanei, poiché una sua avanzata tutela è la migliore premessa per prevenire conflitti e tensioni sociali, diversamente quasi inevitabili nel brusco incontro tra culture diverse veicolato dalla globalizzazione, e per assecondare quei necessari processi di integrazione socio-culturale che sono alla base di pacifiche società multietniche.

Il volume di Montserrat Gas pone le migliori premesse, dal punto di vista dell'analisi giuridica, per una corretta comprensione del tema in oggetto. L'analisi è metodologicamente ben impostata e articolata su quattro capitoli, che consentono di cogliere la complessità dell'argomento, al crocevia tra gli ordinamenti confessionali e quelli secolari.

Il primo capitolo (*“La apostasía en los derechos confesionales. Estudio comparativo”*, pp.5-74) propone un'analisi dell'apostasia nelle tre grandi tradizioni religiose monoteiste, soffermandosi inizialmente e con particolare attenzione sulla sua disciplina nel diritto della Chiesa cattolica, ove risulta maggiormente articolata, e poi passando in rassegna il differente regime dell'istituto nelle chiese riformate, nel diritto ebraico e nell'Islam. In nessuna di esse l'apostasia, ovvero l'abbandono da parte del fedele della propria comunità religiosa, è oggetto di un diritto soggettivo del fedele, ma la considerazione ad essa riservata è molto diversa a seconda del concetto di appartenenza religiosa propria di ciascuna tradizione confessionale e del rapporto ivi prefigurato tra ordinamento religioso e ordinamento civile. Si va pertanto dal pieno rispetto di tale scelta nel cristianesimo, pur con gradazioni diverse, in quanto la

libertà dell'atto di fede implica necessariamente e suppone tale possibilità, senza alcun effetto sulla condizione di cittadinanza; alla sua sostanziale irrilevanza nel diritto ebraico, ove l'appartenenza alla comunità è frutto per lo più di una discendenza di sangue che permane anche al di là delle scelte individuali, ma determinando una qualche *deminutio* nell'attribuzione della cittadinanza nell'ordinamento dello Stato di Israele; fino all'Islam, che non conosce la distinzione tra politica e religione e considera i precetti religiosi come parte della legge civile, vietando al fedele l'uscita dalla comunità dei credenti anche con il ricorso a sanzioni estreme di carattere penale (c.d. leggi antiapostasia). Da cui deriva, come osserva l'A., l'impossibilità per gli ordinamenti statali di matrice democratica, fondati sul primato della persona umana, di considerare in termini unitari tale istituto e di farlo oggetto di proprie norme, trattandosi di un atto strettamente confessionale soggetto alle norme della rispettiva confessione religiosa.

Il secondo capitolo ("*El abandono de una confesión religiosa en los ordenamientos estatales*", pp. 75-133), dedicato alla rilevanza dell'apostasia negli ordinamenti statali, analizza innanzitutto il diritto di scelta in materia religiosa, e quindi anche il diritto a cambiare di religione e credo, come contenuto essenziale del diritto di libertà religiosa riconosciuto negli ordinamenti civili. Si passa poi ad esaminare i principali documenti e convenzioni internazionali sui diritti umani che prevedono una sua esplicita tutela, dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948) al *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (1966) e, a livello europeo, la *Convezione europea sui diritti umani* (1950). Specifica attenzione viene riser-

vata alle *Dichiarazioni islamiche sui diritti umani*, rilevando come da esse sia invece assente tale facoltà, conformemente alla peculiare concezione della libertà religiosa e più in generale dei diritti umani ivi adottata, fortemente condizionata da una visione confessionale che non lascia spazio alla libertà dell'individuo se non di conformarsi ai precetti della *Sharia*. Quindi l'A. esamina il diritto a cambiare religione in alcuni ordinamenti giuridici contemporanei, partendo da quello spagnolo, ove esso gode attualmente anche di una specifica e opportuna tutela sul piano penale, volta a sanzionare eventuali comportamenti "consistentes en obligar a «mudar la [religion] que profesas» (art. 522.2 C.P.); si passa poi ad esaminare l'istituto del *Kirchenaustritt* negli ordinamenti tedesco e austriaco, che consiste in una formale dichiarazione del fedele di uscita dalla propria Chiesa disciplinata dal diritto statale e rilevante soprattutto a fini fiscali, frutto di un peculiare sistema di rapporti tra lo Stato e le Chiese; quindi è la volta delle regole previste in materia da alcuni Cantoni svizzeri, ove pure la presenza di una pervasiva disciplina pubblicistica delle comunità religiose, in particolare della Chiesa cattolica, dà luogo all'istituto del *Kirchenaustritt* ma con alcuni tratti peculiari; l'*appartenenza di diritto* ad una comunità religiosa nell'ordinamento italiano, che ha caratterizzato la disciplina statutale delle Comunità israelitiche (R.D. n. 1731/1930) fino ad una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 239/1984), che ne ha determinato il definitivo superamento; da ultimo viene fatto un cenno anche alle leggi antiapostasia di alcuni paesi, in particolare l'India, mostrando nel complesso come questo fondamentale aspetto del diritto alla libertà religiosa sia tuttora

oggetto di regimi giuridici anche molto differenziati negli ordinamenti statali contemporanei.

Il terzo capitolo (*“Conflictos jurídicos relacionados con el abandono de una confesión religiosa”*, pp. 135-273), il più esteso del volume, passa in rassegna, valutandole criticamente alla luce della dottrina e della giurisprudenza consolidata, le principali ipotesi di conflitti giuridici nascenti dal mutamento di fede o conversione religiosa del singolo negli ordinamenti statuali.

Il primo settore preso in esame è quello della tutela dei dati personali, nell'ambito del quale si è sviluppato l'accesso dibattito – esaminato con prevalente riferimento all'ordinamento spagnolo ma senza trascurare utili elementi di comparazione con l'esperienza italiana e tedesca – derivante dalla pretesa di ottenere la cancellazione dei dati relativi al proprio battesimo o ad altri sacramenti dai registri parrocchiali, ove il diritto alla riservatezza deve trovare un bilanciamento con il principio costituzionalmente tutelato dell'autonomia organizzativa delle comunità religiose.

Un secondo ambito problematico preso in esame è quello della disciplina del *Kirchenaustritt* negli ordinamenti che lo prevedono (Germania, Austria e alcuni Cantoni svizzeri), che ha dato vita ad un interessante dibattito anche in ambito confessionale, ove si è precisato, da parte del Pontificio Consiglio per i testi legislativi (2006), che un conto è l'atto di abbandono della Chiesa come corporazione di diritto pubblico rilevante a fini fiscali (*Kirchenaustritt*), come tale regolato dall'ordinamento statale e destinato ad esaurire in esso i suoi effetti, altro è l'abbandono della Chiesa come comunità di credenti e come tale regolato in via esclusiva dall'ordinamento canonico

(*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*).

Un terzo ambito esaminato, sia pure in modo più sintentico, è quello del diritto di asilo, il quale può trovare oggi fondamento nel timore reale del soggetto di poter essere oggetto di persecuzione nel proprio paese a motivo della propria conversione ad altra fede religiosa, secondo un orientamento già accolto dalla Corte europea di Strasburgo (*M.B. e altri c. Turchia*, 2010).

Un quarto ambito attentamente esaminato, forse il più delicato, è quello dei conflitti che l'apostasia può determinare nell'ambito dei rapporti familiari, in relazione alla disciplina del matrimonio e alla sua crisi e alla tutela dei minori, per quanto concerne il loro affidamento e la loro educazione da parte dei genitori: tutti aspetti disciplinati negli ordinamenti occidentali prestando la massima attenzione al diritto di libertà religiosa e di coscienza dei soggetti implicati, al principio di parità uomo-donna e all'interesse del minore, che entrano invece in conflitto con i principi del diritto di famiglia proprio dei paesi islamici, rigidamente ispirato alla *Sharia*, la quale fa discendere dall'abbandono della fede islamica la perdita di fondamentali diritti civili anche in materia familiare. D'altra parte, come osserva opportunamente l'A., “los musulmanes afincados hoy en Europa acuden al principio de libertad religiosa para exigir el derecho a regular su vida familiar conforme a los dictados de la propia religión, reclamando la aplicación de la *Sharia* como estatuto personal de sus relaciones familiares” (p. 230), suscitando con ciò un dibattito in molti paesi europei che ha evidenziato il condiviso orientamento a porre il limite inderogabile dell'ordine pubblico nei confronti di eventuali norme e provvedi-

menti stranieri ispirati a principi in materia familiare incompatibili con quelli di uno Stato democratico e pluralista.

L'ultimo ambito preso in considerazione è quello degli effetti del cambiamento di fede religiosa nei rapporti di lavoro. L'A. analizza l'argomento, già molto indagato dalla dottrina, partendo dallo stato giuridico degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche, il cui cambiamento di fede religiosa, se incide concretamente sui contenuti dell'insegnamento e sulla testimonianza di vita, può determinare legittimamente – secondo la giurisprudenza spagnola (e italiana) – il venir meno dell'idoneità canonica, presupposto essenziale per il conferimento di tale incarico, che risponde ad un'istanza di libertà religiosa degli alunni e delle loro famiglie, determinando così la revoca o estinzione del rapporto di lavoro.

In secondo luogo viene esaminato il tema degli istituti di tendenza, ossia quelle organizzazioni (tra cui anche partiti politici e sindacati) che svolgono attività culturali, politiche, di insegnamento o di assistenza secondo un particolare indirizzo ideologico o religioso, la cui tutela trova fondamento, all'interno dell'ordinamento costituzionale spagnolo, nella libertà di impresa e nella libertà di pensiero, di coscienza e di religione dei loro fondatori, come pure di coloro che decidono di avvalersi delle loro prestazioni. È chiaro che – come concorda la dottrina maggioritaria, non solo spagnola, e anche la normativa dell'Unione europea – l'attività di lavoro svolta in queste organizzazioni, se avente per oggetto mansioni di contenuto ideologico, deve risultare coerente, come previsto contrattualmente, con i valori che ispirano l'istituto. Pertanto anche in questo caso il mutamento di credo

religioso del lavoratore può risultare incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro e determinarne una sorta di risoluzione per inadempimento, a salvaguardia non solo della libertà religiosa dei promotori e degli utenti del servizio reso ma anche del pluralismo del sistema educativo o assistenziale nel suo complesso.

A *fortiori* tale principio vale – osserva l'A. – nei confronti degli enti religiosi, cioè delle organizzazioni collegate ad una confessione religiosa e segnate da un fine costitutivo di religione o di culto, che esse perseguono svolgendo anche attività di gestione di scuole università o istituti di assistenza. Per tali enti l'ordinamento spagnolo prevede la possibilità di prevedere apposite “cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias” (p. 254), che giustificano, in caso di apostasia, l'eventuale cessazione del rapporto di servizio a causa della perdita della richiesta qualifica confessionale (ministro di culto, religioso) o della semplice qualità di membro della comunità religiosa a seconda del tipo di prestazione resa dal dipendente. In questo ambito un'ipotesi particolare è rappresentata dal regime delle Università confessionali, nelle quali la tutela dell'identità ideologica dell'istituto può entrare in conflitto con la libertà di insegnamento del docente, e in tal caso è quest'ultima a dover soccombere di fronte alla prima – secondo una famosa decisione della Corte costituzionale italiana (caso *Cordero*, sent. n. 195/1972) – in quanto l'esistenza di università libere è strumento di libertà ed essenziale fattore di pluralismo del sistema educativo.

Da ultimo viene ricordato che l'apostasia può essere anche motivo di obiezione di coscienza in ambito lavorativo,

quando le prestazioni richieste al lavoratore risultino in contrasto con le sue nuove convinzioni in materia religiosa (obiezione di coscienza all'aborto o alla produzione di armamenti) o con specifici obblighi religiosi, come l'osservanza del giorno di riposo settimanale prescritto dalla nuova fede religiosa e diverso da quello generalmente praticato nell'impresa. Si tratta di ipotesi, osserva giustamente l'A., nelle quali si registra una maggiore apertura della giurisprudenza nordamericana, più sensibile alle istanze della libertà religiosa individuale, rispetto al sistema europea, nel quale si tende in questi casi a trovare un giusto bilanciamento tra le ragioni della libertà religiosa e le ragioni dell'impresa, entrambe costituzionalmente rilevanti, e nelle quali assume rilievo anche l'autonomia negoziale delle parti.

Infine nel quarto capitolo ("*Conceptualización jurídica del abandono confesional*", pp. 275-324), quello più impegnativo, l'A. propone una ricostruzione teorica dell'istituto dell'apostasia partendo dalla sua considerazione come esercizio del diritto di libertà in materia religiosa, tutelato dallo Stato, nella sua dimensione non solo individuale ma anche collettiva, di cui sono titolari soprattutto le confessioni religiose, evidenziando innanzitutto come la sua qualificazione negli ordinamenti statali dipenda innanzitutto dal modello di rapporti ivi adottato tra lo Stato e le confessioni religiose. Infatti, mentre nei regimi confessionisti l'apostasia non viene riconosciuta come oggetto di un diritto soggettivo e incide negativamente sui diritti di cittadinanza, negli Stati laici, ispirati alla separazione tra ordine temporale e spirituale, essa viene tutelata come parte del diritto di libertà religiosa e non può produrre effetti contrari al

principio di eguaglianza nel godimento dei diritti civili e politici.

In una prima parte del capitolo vengono criticamente richiamati i principali contenuti e gli aspetti più problematici del diritto a cambiare le proprie convinzioni in materia religiosa negli ordinamenti statali. Tra le altre cose viene opportunamente evidenziato lo stretto nesso, emergente anche nella giurisprudenza europea (cfr. CEDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 1993), che intercorre tra tale diritto e il proselitismo religioso, che ne costituisce un essenziale presupposto. Al riguardo osserva l'A.: "el tratamiento por parte de los Estados del derecho a cambiar de religión deberá ir de la mano con el reconocimiento del derecho a propagar las propias creencias. (...). La posibilidad de difundir las propias ideas religiosas es, en cierto modo, uno de los presupuestos del derecho a cambiar de religión. En la medida en que se permite la libre difusión de credos e ideas religiosas, se están poniendo las bases para la conversión de las personas a otras confesiones" (p. 283). Pur tuttavia, osserva l'A., alcuni paesi continuano a considerare con diffidenza il proselitismo religioso, ponendo ad esso limiti talora immotivati che pregiudicano il carattere autenticamente laico e liberale del loro ordinamento: "un examen cuidadoso lleva a concluir que las reticencias y limitaciones al reconocimiento del derecho a propagar las propias creencias procede de Estados confesionales (incluyendo los Estados «confesionalmente» ateos) o que buscan preservar la unidad nacional protegiendo su identidad cultural y religiosa de injerencias externas" (p. 284). L'orientamento dell'A., del tutto condivisibile, è che lo Stato dovrebbe impegnarsi a rimuovere ogni ostacolo volto a limitare l'esercizio del diritto a cambiare

le proprie convinzioni in materia religiosa, al fine di ampliare lo spazio della libertà religiosa riconosciuta ai cittadini e il pluralismo dell'ordinamento.

Vengono poi esaminate con attenzione, sulla base della migliore dottrina, soprattutto italiana (A.C. Jemolo, P.A. D'Avack, P. Gismondi, C. Mirabelli), che si è occupata dell'argomento, alcune questioni teoriche concernenti il rapporto tra l'apostasia e la libertà religiosa collettiva: come cioè il mutamento volontario di religione possa incidere sulla tutela dell'autonomia confessionale, dando luogo al fenomeno della dissidenza religiosa, e il nesso tra l'apostasia come atto individuale del singolo fedele e l'*appartenenza confessionale*, che costituisce una relazione giuridica la cui disciplina è riservata al singolo ordinamento confessionale e le cui norme, per assumere rilevanza nell'ordinamento statale, devono però risultare in armonia con i principi di libertà in materia religiosa e quindi postulare un'adesione libera del fedele alla confessione, come pure una altrettanto libera facoltà di recedere da essa. L'A. pone altresì in evidenza come, a seguito del processo di secolarizzazione, che ha profondamente inciso anche sulle forme concrete dell'esperienza religiosa, valorizzandone la dimensione soggettiva rispetto a quella istituzionale ("*believing without belonging*"), l'abbandono di determinate convinzioni in materia religiosa o il cambiamento delle stesse non sempre si traduce oggi in un atto di apostasia, che postula una previa appartenenza confessionale, ma può esaurirsi nel foro interno della persona senza dar luogo a manifestazioni di carattere istituzionale.

Questa attenta analisi dell'istituto, che ne pone in rilievo la natura complessa, consente poi all'A. di individuare gli

elementi costitutivi dell'apostasia come atto giuridico: i suoi *soggetti*, quello passivo (la confessione religiosa) e quello attivo, ossia il singolo fedele di cui l'apostasia costituisce un atto personalissimo e che pertanto lo distingue dallo scisma (can. 751 CIC), atto collettivo di rottura del vincolo giuridico con l'autorità ecclesiastica ma che non implica necessariamente l'abbandono dei principi di fede professati dalla confessione religiosa; il suo *oggetto*, che può variare a seconda della confessione religiosa; l'*elemento volontario*, in quanto l'apostasia è necessariamente un atto di autodeterminazione della persona che ha origine nella sua libertà interna; infine la *forma*, in quanto l'abbandono di una confessione religiosa può manifestarsi in vari modi, per via di fatto o tramite un dichiarazione, orale o scritta, ovvero in forma esplicita o implicita.

Quanto agli effetti dell'atto di apostasia, essi vengono esaminati dall'A. distinguendo quelli destinati ad esaurirsi all'interno della confessione religiosa da quelli che invece possono prodursi all'interno dell'ordinamento statale, quando in esso assume rilevanza in via diretta o indiretta l'appartenenza confessionale come presupposto esplicito o implicito di relazioni giuridiche disciplinate dall'ordinamento statale.

Infine l'A. affronta il delicato problema della delimitazione delle sfere di competenza, dello Stato e delle confessioni religiose, nella disciplina dell'atto di uscita da una confessione. L'apostasia viene correttamente qualificata come atto avente natura essenzialmente confessionale, in quanto consiste nell'uscita volontaria del fedele dalla comunità religiosa, e come tale è soggetta alle norme dell'ordinamento confessionale. Tuttavia alcuni paesi, per ragioni stori-

che particolari, presentano tuttora a fini meramente civili una disciplina statale dell'abbandono di una confessione, ponendo quindi la questione della legittimità di una simile normativa. In termini generali la risposta dell'A. è su questo punto negativa: "En nuestra opinión, la regulación estatal de la salida no es algo de directa competencia estatal, sino la respuesta a situaciones históricas y necesidades que se han dado en algunos lugares por motivos específicos. Una hipotética regulación del acto de salida confesional, como del de adhesión, es de alguna manera, entrar en asuntos de la autonomía confesional. El Estado sólo debe garantizar que haya libertad, pero no le corresponde determinar el modo y las formalidades de ejercicio de la misma" (p. 309). In base a tale orientamento, sostanzialmente condivisibile, sono state respinte le due proposte di legge presentate negli ultimi anni in Spagna (2006 e 2009) per introdurre una disciplina statale dell'apostasia, che prevedeva anche la possibilità di ottenere la cancellazione dei dati personali dai registri parrocchiali. Quanto alla rilevanza nell'ordinamento statale delle norme confessionali concernenti tale istituto, per l'A. essa ha luogo mediante le due figure tradizionali del *presupposto* e del *rinvio* formale, attraverso le quali è lo stesso legislatore statale con un proprio atto di autodeterminazione a fare spazio, laddove ritenuto necessario od opportuno, a norme provenienti da altri ordinamenti.

Lo Stato, secondo l'A., potrebbe intervenire a dettare una propria disciplina del recesso confessionale solo in funzione sussidiaria, cioè per assicurare la libertà religiosa laddove vi sia un suo legittimo interesse e la confessione religiosa non preveda una puntuale di-

sciplina al riguardo o addirittura ostacoli l'uscita del fedele dalla sua comunità (p. 316). In altri termini, "si el Estado no puede intervenir en la adhesión, por ser un acto religioso, tampoco debe hacerlo en la salida, a menos que sea necesario determinar el fin de la subjetividad confesional de los ciudadanos y la propia confesión religiosa no prevea esa posibilidad" (p. 324). Questa osservazione, con la quale si conclude il volume, richiede a mio parere una precisazione. Essa può applicarsi a quegli ordinamenti in cui le confessioni religiose hanno uno statuto di diritto pubblico, ciò che può giustificare l'esistenza di norme statali disciplinanti taluni aspetti della loro organizzazione e dei rapporti con i loro fedeli. Non mi sembrerebbe invece applicabile a quegli ordinamenti, come l'Italia e la Spagna, ispirati al principio di laicità dello Stato (distinzione degli ordini), ove la garanzia del diritto di libertà religiosa è assicurata in via giurisdizionale mediante la dichiarazione di irrilevanza di eventuali norme confessionali ritenute in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero attraverso una regolamentazione concordata tra lo Stato e la confessione interessata dei loro rapporti, non mediante un'impropria espansione della potestà legislativa dello Stato in materia nelle quali questo è palesemente incompetente.

Ciò detto, questa semplice precisazione non inficia in alcun modo la valutazione complessivamente assai positiva del volume di Montserrat Gas, che offre una ricostruzione sistematica ampia e ben documentata di uno degli aspetti più attuali e problematici, e anche meno esplorati, del diritto di libertà religiosa negli ordinamenti contemporanei. L'analisi del tema è svolta con profondità e costante sensibilità critica, attra-

verso un'esposizione chiara, nel quadro di una solida impostazione metodologica che unisce l'analisi dell'istituto nei principali diritti confessionali ad un suo esame comparatistico negli ordinamenti statali, da cui emerge un'ottima conoscenza della dottrina, non solo spagnola ma anche straniera, in particolare italiana, che si è occupata dell'argomento. Di particolare menzione risulta poi lo sforzo ricostruttivo dell'A., che nell'ultima parte del suo lavoro propone una serie di stimolanti risposte ai principali problemi emersi nell'analisi dell'istituto, mostrando sempre maturità di giudizio ed equilibrio anche nella delimitazione degli ambiti di competenza dello Stato e degli ordinamenti confessionali nella disciplina della materia.

PAOLO CAVANA

PAOLO GHERRI (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2012, pp. 412.

RICORRE in questo periodo il cinquantesimo anniversario del Concilio Vaticano II e si avvicina quindi il medesimo anniversario della susseguente approvazione, da parte della prima assemblea generale del Sinodo dei Vescovi (1967), dei dieci principi direttivi per la revisione del *Codex Iuris Canonici*, che hanno comportato – è l'opinioni di diversi autori – la prima traduzione giuridica dei testi dell'ultimo concilio ecumenico. Nel sesto di questi principi veniva indicato che, nella riforma del Codice, fossero differenziate le diverse funzioni della potestà di governo: legislativa, amministrativa e giudiziaria. La attuazione di tale orientamento ha portato diversi

esiti nella legislazione successiva, specialmente, nel Codice di diritto canonico del 1983 ma anche nel Codice dei canoni delle Chiese orientali, del 1990. I canonisti hanno studiato siffatti risultati, nella consapevolezza che la distinzione delle funzioni della potestà è una risorsa tecnica che, senza intaccare l'unicità costitutiva della potestà nella Chiesa, contribuisce a razionalizzare l'esercizio dell'autorità.

Il potenziale della richiamata differenziazione nell'ambito ecclesiale non si è esaurito e perciò continuano a suscitare interesse le riflessioni tese a favorire una maggiore conoscenza di tale articolazione oppure delle operazioni che la compongono, come il prendere delle decisioni o esprimere dei giudizi.

Precisamente la sesta giornata canonistica interdisciplinare, svoltasi presso la Pontificia Università Lateranense l'8 e il 9 marzo 2011, ha trattato del *decidere* e del *giudicare* nella Chiesa. L'omonimo volume, curato da Paolo Gherri, offre l'opportunità di riesaminare le relazioni del convegno e di riflettere sull'essenza e i modi di svolgimento di due delle operazioni umane – giudicare e decidere – che stanno alla base di rilevanti funzioni pubbliche, esaminandone la specificità ecclesiale, «in quanto l'intervenire con autorità sulla vita dei fratelli nella fede non presuppone né gli stessi fondamenti né le stesse modalità degli Ordinamenti giuridici "civili"» (p. 8).

I quindici contributi analizzano, dalle diverse prospettive da cui partono – rispecchiando la caratterizzazione interdisciplinare dell'iniziativa accademica all'origine di questo volume –, quale è il rapporto intercorrente fra decidere e giudicare, ma anche in quale modo queste due funzioni si presentano nella Chiesa e da quali presupposti partono;

allo stesso tempo, nell'offrire risposte ad altri interrogativi correlati, la raccolta degli atti propone elementi assai validi per comprendere e sviluppare ancora meglio la distinzione fra le due attività e per individuarne i tratti affini. Interventi in maggior misura di sintesi, come la presentazione e il bilancio conclusivo, oppure il saluto del Rettore della P. U. Lateranense o il saggio di apertura, *Giudicare e decidere: tra coscienza e conoscenza*, di R. Finamore, servono a constatare quanto in comune esista tra l'una e l'altra; si verifica che nel decidere e nel giudicare – cito il curatore dell'opera – «il personalismo e la corresponsabilità che animano e modellano la missione e la vita ecclesiale esigono infatti che l'esercizio di qualunque autorità e potestà offra un reale beneficio *all'esistenza credente*, tanto individuale che comunitaria» (p. 8). Nei saggi che seguono emerge, da una parte la specificità propria dell'*humus* in cui sono sorte le riflessioni – filosofia, psicologia, processo civile, storia delle istituzioni, diritto comparato, diritto canonico (processuale, norme generali, amministrativo) – e dall'altra, la proposizione, espressa da P. Gherri nel bilancio finale, secondo la quale «per decidere occorre prima giudicare e per giudicare è necessario conoscere (riflettendo su ciò che si è compreso)» (p. 400).

I diversi contributi di Patrizia Mangano (*Decisione e motivazione nell'intenzionalità della coscienza*, pp. 99-114), Alessandro Manenti (*Psicologia, scelta e decisione*, pp. 115-127), Matteo Nacci (*Decidere 'per ragioni': l'arbitrato. Profili storico-giuridici*, pp. 129-153), Luis M. Bombín (*Decidere 'per principi': il giudizio in Common Law*, pp. 155-178), Michele Rioldino (*Mediazione come decisione condivisa*, pp. 179-205), Claudia Izzi (*Certezza morale nel giudizio*

canonico, pp. 207-232), Patrick Valdrini (*La decisione di governo nella Chiesa*, pp. 233-247), Giordano Caberletti (*La motivazione nella sentenza canonica*, pp. 249-282), Manuel Arroba Conde (*Conoscenza e 'giudizio' nella Chiesa*, pp. 283-314), Paolo Gherri (*L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza*, pp. 315-384) e Francesco Arzillo (*Giudizio e decisione nel Diritto: qualche considerazione meta-positiva*, pp. 385-393) pongono in luce le differenti angolazioni e sfumature che concorrono a delineare una visione più completa della distinzione di due delle attività umane sottostanti alle scelte che animano la vita delle società.

L'interesse della raccolta non si esaurisce nella considerazione di insieme che fornisce l'interdisciplinarietà dell'iniziativa, poiché per ognuno degli ambiti specifici vengono fornite indicazioni arricchenti. Se, ad esempio, si sceglie, fra le diverse materie, la tematica collegata con il Diritto amministrativo canonico, il saggio di Patrick Valdrini, *La decisione di governo nella Chiesa*, propone valide osservazioni, che mostrano lo stretto rapporto fra decidere e giudicare, anche per quanto riguarda la tutela giuridica nell'ambito pubblico di governo della Chiesa. Per fare riferimento a uno dei tanti spunti che si suggeriscono alla riflessione, segnalo adesso l'osservazione relativa alla possibilità di «fare un lavoro sulla giurisprudenza della Segnatura Apostolica in materia amministrativa perché delle sentenze sono state pubblicate ( ) fare uno studio sulle cause che hanno evidenziato regole di procedimento degli atti amministrativi. Non si deve dimenticare, infatti, che negli Ordinamenti statali, per larga parte, il Diritto amministrativo è di origine giurisprudenziale» (p. 243, nota 28). Concernente lo *ius administrativum ecclesiae* è altresì

*L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza*, di Paolo Gherri, contributo che fornisce interessanti elementi per cogliere un pieno significato «delle prime due fasi della Procedura (*Remonstratio* e *Recursus* gerarchico), [le quali,] non configurandosi come propriamente 'contenziose', [possono] convenientemente essere inquadrare come verifica a posteriori dell'inefficacia dell'agire giuridico, proprio attraverso il formale – per quanto tardivo – coinvolgimento volontario (poiché non specificamente richiesto) di un soggetto intensamente coinvolto (=il destinatario) e precedentemente trascurato nelle proprie prevedibili (?) ragioni» (p. 336) e, quindi, «non più conflittualità, rivendicazione, disobbedienza ma del supporto istituzionale 'a posteriori' alle forme di decisionalità più complesse, all'interno delle quali il 'gioco delle parti' o dei ruoli offre fattori ed elementi di discernimento normalmente inaccessibili al singolo come tale (Autorità compresa) ». (p. 345).

Come per gli anteriori volumi contenenti gli atti delle giornate canonistiche inderdisciplinari, curati sempre da P. Gherri, *Lateran University Press* pubblica questo lavoro in modo elegante e, nel contempo, funzionale, il che contribuisce a rendere piacevole la sua lettura.

JAVIER CANOSA

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE  
CARDINALE VAN THUÂN, *V Rapporto sulla Dottrina sociale della Chiesa nel mondo*, a cura di Gianpaolo Crepaldi e Stefano Fontana, Siena, Cantagalli, 2013, pp. 220.

DIRETTA da Giampaolo Crepaldi, arcivescovo di Trieste e presidente della Commissione "*Caritas in veritate*" del

Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa (CCEE), questa pubblicazione, tradotta in più lingue, giunge alla V edizione riportando avvenimenti e tendenze relative alla Dottrina sociale della Chiesa (DSC) nei cinque continenti, riferiti in questo caso all'anno 2012.

Dopo una breve *Presentazione* di mons. Crepaldi (pp. 9-10), nella *Nota tecnica al Rapporto* (pp. 11-14), del direttore dell'*Osservatorio internazionale Cardinale Van Thuân* Stefano Fontana, e nella *Sintesi introduttiva* (pp. 11-14), firmata da 5 esperti dell'*Osservatorio* (fra i quali lo stesso Fontana, Flavio Felice, Fernando Fuentes Alcantara, Daniel Passaniti e Manuel Ugarte Cornejo), si documentano ed analizzano, alla luce della DSC, i fatti che hanno preceduto e seguito gli eventi più vari del 2012, dalle "primavere arabe", alla crisi economica greca, dal "braccio di ferro" tra Chiesa e governo nelle Filippine, a quello (ancora in corso) tra vescovi cattolici ed amministrazione statunitense guidata dal presidente Obama, per finire con i duri conflitti sociali rilevatisi in Argentina e Perù.

Come ogni anno, infine, il Rapporto individua la "tendenza dell'anno", vale a dire una dinamica socio-politica che ha caratterizzato il 2012, indicata come sottotitolo alla pubblicazione. In questo caso il "focus" è stato su *La crisi giuridica e i suoi effetti in un contesto di indifferenziato pluralismo etico*, tema sviluppato nel corposo saggio di Gianluca Guerzoni presente alle pp. 155-187 (nello scorso Rapporto la tendenza individuata è stata "La colonizzazione della natura umana", concretizzatasi nelle varie pressioni esercitate sui Paesi emergenti per adottare una legislazione ispirata all'ideologia *gender*). Secondo Don Guerzoni tale tendenza si è manifestata nel 2012 in vari

aspetti della “crisi della legge” contemporanea che si sono avuti in molti Paesi del mondo, con effetti riscontrabili nella diffusa corruzione pubblica e privata, nelle gravi incrinature delle garanzie dello “Stato di diritto”, nell’anomia morale diffusa, nella violenza tribale e, soprattutto, nel conflitto tra Corti costituzionali di giustizia, giudici ordinari e Carte costituzionali con riguardo a temi di fondamentale importanza come la vita, la famiglia e l’educazione.

L’aspetto legislativo di questa crisi riveste senz’altro una visibilità notevole sui *media* (per esempio il Rapporto documenta l’estensione delle legislazioni su aborto, eutanasia e fecondazione artificiale) ma, secondo Guerzoni, lo stesso non esaurisce minimamente il tema. Il suo saggio esamina quindi le ingerenze delle Corti internazionali di Giustizia sugli Stati, il conflitto di queste pressioni internazionali con le Costituzioni nazionali, l’azione dei giudici ordinari che si sostituiscono sempre di più ai Parlamenti e, di fatto, legiferano. La crisi della legge, quindi, è molto più vasta del solo aspetto legislativo.

Di rilievo anche il contributo dell’Arcivescovo Crepaldi, autore del capitolo riguardante il magistero del Santo Padre (*Il Magistero sociale di Benedetto XVI lungo l’anno 2012*, pp. 25-35). Egli mette in luce quello fra i discorsi di Papa Ratzinger ritenuto più importante in relazione al tema della crisi giuridica, rivolto ai vescovi degli Stati Uniti il 19 gennaio 2012. Si tratta infatti di un insegnamento di grande valore e attualità sulla legge naturale, che riguarda soprattutto le ragioni della presenza pubblica della fede cattolica, fondata sull’ordine del creato e sull’organicità del sapere.

Esempi concreti della “crisi legale” sono invece offerti nella parte più consi-

stente del Rapporto, intitolata *La Dottrina sociale della Chiesa nei Cinque Continenti* (pp. 37-153), che è suddivisa dai curatori (il giornalista Riccardo Cascioli ed altri) nei seguenti sei capitoli: *La Santa Sede e il contesto internazionale; America del Nord; America Latina; Africa; Asia e Pacifico ed Europa*. Nella parte dedicata al continente latino-americano, curata dall’argentino Daniel Passaniti, si può ad esempio ricordare la vicenda del Costa Rica, condannato dalla Corte interamericana per i diritti umani perché non aveva ancora una legislazione che permettesse la fecondazione artificiale. Nel Rapporto la piccola Repubblica centro-americana è per questo onorariamente proclamata come “Stato dell’Anno per la difesa della vita”, data la sua resistenza davanti all’attacco di quella che è efficacemente definita da Passaniti la “metafisica delle sentenze”, perché pretende di definire apoditticamente cosa sia la persona, la procreazione e la vita umana nel suo inizio e nella sua fine.

Nel capitolo che presenta l’attività diplomatica della Santa Sede (a cura di Omar Ebrahim), si rileva invece la tendenza di Nunzi e della Segreteria di Stato a portare avanti, nei consessi internazionali, una vera e propria “pedagogia giuridica” incentrata sullo “Stato di diritto” correttamente inteso. Si dà quindi conto di un intervento all’Onu di Mons. Dominique Mamberti, nel quale l’Osservatore permanente della Santa Sede ha dichiarato che il diritto finisce per “sbiadire nella legge” e, di conseguenza, la legge finisce per “sbiadire a sua volta nelle regole”. Si giunge così solo ad una “società delle regole” (*rules*), non più ad uno “Stato di diritto” nel quale governa la legge (*rule of law*), società delle regole nella quale queste ultime appaiono senza fondamento.

Alla luce di quanto finora esposto, appare dunque come, anche questo ultimo “Rapporto sulla DSC nel mondo”, costituisca uno strumento di formazione e “contro-informazione” di sicuro interesse, da consultare non solo da parte degli stretti cultori della materia, ma anche di operatori pastorali, addetti alla comunicazione, della politica e chiunque altro sia interessato a comprendere le reali dinamiche sottostanti non solo al mondo socio-politico, nazionale ed internazionale ma, come testimoniano anche i dati della v edizione di questo studio, anche di quello giuridico che, da parte di autorità svincolate da ogni rappresentanza popolare, sta sempre più disegnando l’assetto dei diritti e della dignità umana nel secolo presente.

GIUSEPPE BRIENZA

JORGE OTADUY (ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa. Actas del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona 9, 10 y 11 de noviembre de 2011)*, Pamplona, EUNSA, 2013, pp. 480.

L’ATTUALE congiuntura socioeconomica e religiosa in molte parti del pianeta ha riportato all’attenzione dei giuristi la problematica dei luoghi di culto. Fattori tanto diversi come la scarsità di ministri in alcune confessioni, la convenienza di adoperare gli stessi luoghi per culti diversi, la difficoltà di reperire i mezzi economici necessari per la costruzione o per la manutenzione dei templi in momenti di crisi, il desiderio di affermare la propria esistenza anche attraverso edifici di culto, l’interesse culturale, storico e artistico di molti luoghi di culto, i frequenti attentati contro alcuni

di essi, e tanti altri fattori che si potrebbero elencare, tutto ciò riporta alla luce la dimensione di giustizia che è presente nell’esistenza di luoghi in cui le persone possono rendere culto a Dio o possono riunirsi per altre attività di natura religiosa. Tuttavia, sono poche le iniziative legislative che affrontano, o cercano di affrontare, l’insieme degli aspetti giuridici implicati nei luoghi di culto. Una di queste iniziative è stata intrapresa dal parlamento della Comunità autonoma di Catalunya, nel nord-est della Spagna, mediante la pubblicazione di una legge sui “centri di culto” nel 2009. La norma ha sollevato molti problemi ed è stata seguita da altri progetti normativi simili sia in altre Comunità autonome, che nel parlamento nazionale.

L’accreciuto interesse giuridico e il nuovo impianto legale della materia hanno fatto da sfondo all’organizzazione del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta dell’Università di Navarra, svoltosi dal 9 al 11 novembre 2011 presso la Facoltà di Diritto canonico della stessa Università. Il volume che presentiamo, curato dal prof. Jorge Otaduy, raccoglie i vari contributi (12) presentati a quel Simposio e viene pubblicato nella “Colección canónica” dello stesso Istituto.

Il libro presenta un’eterogeneità di approcci che favorisce una considerazione diversificata dell’oggetto dello studio. Vi sono interventi di carattere prettamente canonistico, altri ecclesiasticistici, altri ancora civilistici, tributaristici o riguardanti il diritto amministrativo. Non manca la comparazione tra i diversi ordinamenti nazionali (Spagna, Francia, Italia, Stati Uniti) e anche quella che riguarda il diverso modo di presentarsi e di agire delle differenti confessioni.

Dopo la Presentazione del curatore,

apre il volume uno studio di G. Feliciani sul *Régimen de los lugares de culto en el Derecho internacional y en la jurisprudencia del TEDH* (Tribunale Europeo di Diritti Umani) che studia diverse sentenze riguardanti la Grecia, la Turchia, la Georgia e la Bulgaria (p. 15-28).

La prospettiva canonistica viene affrontata dai contributi di J.T. Martín de Agar, *Lugares de culto. Marco de la regulación canónica y tipología*, centrato sullo studio della legge universale latina del Codice di Diritto canonico (p. 131-162), e di A.S. Sánchez-Gil, *Práctica administrativa canónica en materia de iglesias y lugares sagrados. La experiencia de la Iglesia en Italia y de la diócesis de Roma*, che si sofferma di più su alcuni punti pratici e allega anche dei formulari e delle norme canoniche particolari (p. 163-213).

Il diritto spagnolo viene preso in considerazione da diverse prospettive. Il prof. J.M. Vázquez García-Peñuela studia la cornice costituzionale nel suo *Régimen legal de los lugares de culto en el derecho español: aspectos constitucionales y legales* (p. 29-51). L'aspetto urbanistico dei luoghi di culto in Spagna è trattato da F. Romero Saura, *Lugares de culto y régimen urbanístico* (p. 65-91). Sempre in riferimento agli aspetti amministrativi, il curatore del volume, J. Otaduy, pubblica un contributo su *Control administrativo de los lugares de culto. La licencia municipal de apertura* (p. 93-129); e J.M. Martí Sánchez una riflessione sull'appartenenza dei luoghi di culto al patrimonio culturale: *Los lugares de culto como elementos del patrimonio cultural* (p. 313-360). Il regime tributario è affrontato da A. Vázquez del Rey Villanueva, *Régimen fiscal de los bienes inmuebles de la Iglesia y, en particular, de los lugares de culto* (p. 215-268). Anche l'aspetto della registrazione delle proprietà e della relativa pubblicità è presen-

te nel libro con il contributo di M. Goñi Rodríguez de Almeida, *La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad* (p. 269-311). Uno studio specifico è destinato ai luoghi di culto di proprietà di enti civili pubblici: A. González-Varas Ibáñez, *Régimen jurídico de los lugares de culto de titularidad pública* (p. 361-428).

La prof.ssa F. Pérez-Madrid apporta la prospettiva comparatistica fra ordinamenti abbastanza eterogenei: *El régimen legal de los lugares de culto en Francia, Italia y Estados Unidos. Una aproximación de Derecho comparado* (p. 429-479). Un'altra prospettiva di comparazione è quella data dallo studio di M. Abumalham Mas, *Lugares de culto y sus especificaciones en diversas tradiciones religiosas* (p. 53-64).

Il sottotitolo del volume (*Nuova frontiera della libertà religiosa*) in prima battuta sorprende: perché limitare la libertà religiosa, metterle una "frontiera", proprio in materia di edifici di culto? Ma dopo una breve riflessione, il sottotitolo si ritrova in linea con le recenti parole di Papa Francesco nella esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, del 24 novembre 2013, quando affronta l'argomento del dialogo sociale e vede necessario oltrepassare i confini dei luoghi di culto: « [la libertà religiosa] comprende "la libertà di scegliere la religione che si considera vera e di manifestare pubblicamente la propria fede" (BENEDETTO XVI, Esort. ap. postsinodale *Ecclesia in Medio Oriente* (14 settembre 2012), 26: «AAS» 104 [2012] 762). Un sano pluralismo, che davvero rispetti gli altri ed i valori come tali, non implica una privatizzazione delle religioni, con la pretesa di ridurle al silenzio e all'oscurità della coscienza di ciascuno, o alla marginalità del recinto chiuso delle chiese, delle sinagoghe o delle moschee » (n. 255). In effetti, il luogo di culto è una manifestazione pubblica della

libertà di rendere culto a Dio, ma sarebbe riduttivo considerarlo il limite massimo oltre il quale non si potrebbe andare; anzi, sarebbe contrario alla libertà religiosa stessa limitare l'esercizio del culto ai soli luoghi ad esso destinati da ciascuna confessione, come sottolinea il Papa. Perciò, la "frontiera" non dovrebbe essere vista come un limite "protezionista" ma come un punto di partenza per l'apertura verso lo straniero (chi non condivide la stessa fede o anche gli atei e gli agnostici), per l'«uscita» cui Papa Francesco chiama continuamente la Chiesa cattolica.

In tale prospettiva, dal limitato punto di vista del Diritto, il volume che presentiamo diventa un chiaro punto di riferimento per la riflessione e per l'impegno per la libertà religiosa che può offrire spunti anche per ambiti geografici non esplicitamente presi in considerazione.

JESÚS MIÑAMBRES

JOHN WITTE JR. *Diritto e protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana*, trad. it. di Elena Frontalini, a cura di Andrea Pin, Prefazione all'edizione italiana di Andrea Pin, Introduzione all'edizione italiana di Brian Edwin Ferme, Macerata, Liberilibri, 2013, pp. XXI + 458.

IL volume, come osserva Andrea Pin, ricercatore di *Diritto costituzionale* presso l'università di Padova, nella Prefazione, «introduce per la prima volta il lettore italiano alla rivoluzione religiosa impostata da Lutero e proseguita dai suoi più brillanti amici e discepoli» nel campo del diritto civile e canonico (p. XI). L'Autore, il canadese John Witte jr., specializzato in storia del diritto e docente al *Center for*

*the Study of Law and Religion* della Emory University (Atlanta, Stati Uniti), individua i fondamenti teologici e antropologici del pensiero dei principali esponenti del primo luteranesimo, fra cui Filippo Melantone (1497-1560), Martin Bucero (1491-1551), Johannes Bugenhagen (1485-1558) e Johannes Eisermann (1485-1558), per poi giungere ad individuarne le relative implicazioni giuridiche. Ne emerge una strutturazione del corpus dottrinale della "Riforma" protestante che si consolida per successive stratificazioni, man mano che innerva i diversi ambiti nei Paesi influenzati nei loro ordinamenti politici dal luteranesimo. Quindi, è dapprima la volta della struttura politico-costituzionale, poi del diritto di famiglia, del sistema del welfare e dell'istruzione e, infine, della sfera pubblica dei rapporti tra Chiesa e Stato e, più in generale, tra *sacro* e *profano*.

Lo studio si compone di 7 capitoli più delle *Riflessioni conclusive* (pp. 331-347), nelle quali si sintetizzano i principali elementi qualificanti l'eredità giuridica e teologica della "Riforma" luterana, ed un'ampia *Bibliografia* (pp. 425-458).

Dai primi due capitoli, *Diritto canonico e diritto civile alla vigilia della Riforma* (pp. 53-72) e *Ama la legge del tuo nemico: la conversione evangelica del diritto canonico cattolico* (pp. 73-106), si addivene ad una conclusione piuttosto inconsueta riguardo alla genesi del protestantesimo storico ed alle motivazioni della rottura con Roma. Witte, infatti, confuta la tesi del rigetto del diritto canonico all'origine, con le altre cause naturalmente, dell'uscita di Lutero e degli altri "riformatori" dalla Chiesa cattolica. Il libro, quindi, apporta anche da questo punto di vista un contributo fondamentale per comprendere i legami fra la tradizione cattolica e quella protestante, ma anche

le modalità con cui questi si sono, sia pure in parte, conservati.

Nei successivi capitoli 3, *Una possente fortezza: Lutero e la dottrina dei due regni* (pp. 107-142) e 4, sarcasticamente intitolato *Forse, dopotutto, i giuristi sono buoni cristiani: teorie luterane su legge, politica e società* (pp. 143-206), si dimostra come, promuovendo l'interazione fra *teologia e legge*, la "Riforma" luterana abbia fornito il modello di un legame profondo che genera una giurisprudenza nuova, la quale a sua volta facilita la nascita di nuove istituzioni e la creazione di nuove leggi. Si passano quindi in rassegna gli interessanti temi del rapporto fra Lutero ed i giuristi, della filosofia giuridica di Melantone ed Eisermann su legge e bene comune ed, infine, della riflessione di un altro Autore meno noto come Johann Oldendorp (1486-1567) su legge ed equità.

La terza parte del libro approfondisce ed illustra in maniera sistematica i mutamenti giuridico-culturali prodotti dai "riformatori" sulla società civile dei Paesi del nord Europa, rilevanti e destinati a influenzare notevolmente sino ad oggi la civiltà occidentale nella sua interezza. Nel cap. 5, *Dal Vangelo alla legge: le leggi luterane di riforma* (pp. 207-227), si espongono in sintesi le prime riforme legali e le "leggi luterane di riforma", mentre nei capp. 6, *La madre di tutte le leggi terrene: la riforma del diritto matrimoniale* (pp. 229-289) e 7, *Il seminario civico: la riforma della legge sull'istruzione* (pp. 291-329), vengono utilmente esposte la nuova teologia evangelica sul matrimonio, il diritto civile luterano sul matrimonio, il diritto successorio, l'educazione e la pubblica istruzione, Sintesi e conclusioni.

L'utilità del volume di Witte si ravvisa anche per comprendere le premesse della ripresa, avvenuta a partire dalla se-

conda metà del xx secolo in Germania e nel resto del mondo giusfilosofico di lingua tedesca, della dottrina del diritto naturale. Parliamo di studiosi che, talvolta, sono stati anche all'origine della coeva rinascita della scuola neo-tomista, contribuendo quindi sotto questo profilo a gettare ulteriori "ponti ecumenici". Mi riferisco ad un filone di pensiero che, a partire dal *personalismo teologico* (cfr. al proposito THOMAS LUDWIG HEILBRUN, *Called as Persons: the Seminal Relevance of Emil Brunner's Theological Personalism*, tesi di dottorato discussa presso la Pontificia Università della Santa Croce, s.n., Roma 2003) e dalla rinnovata riflessione sulla *lex naturae* sviluppate del teologo protestante svizzero Emil Brunner (1889-1966), è approdato alla proposta neo-giusnaturalista classica dei filosofi austriaci Alfred Von Verdross Drossberg (1890-1980) e Johannes Messner (1891-1984), solo per fare due nomi.

Il prof. Brunner, che è stato docente di *Teologia pratica e sistematica* all'università di Zurigo dal 1924 al 1966, dopo essersi formato nelle facoltà teologiche di Zurigo, Berlino e New York nel c.d. "protestantesimo liberale", nella maturità ha abbandonato questa scuola di pensiero e, impegnandosi a confutarne sistematicamente il razionalismo, ha fondato un suo originale metodo d'indagine teologica, che concepisce il *sistema della ragione* come "incorporato" nella Rivelazione e non viceversa. Per Brunner, quindi, «[...] il razionale, la *lex naturae*, ha criticamente un doppio significato: è il modo con cui Dio incontra l'uomo sulla sua strada, il divino nella storia, ma insieme è ciò che rende cosciente l'uomo della sua lontananza da Dio. [...] All'analisi critica la teologia rivela quindi un doppio carattere: è la scienza di ogni scienza nel rispondere alla questione della giustificazione,

per la quale la filosofia non ha una risposta, [...] è però anche il contrario di ogni scienza nel rifiutare il sistema della ragione fredda e impersonale dell'oggettività e nel porsi come contraddizione a ogni necessità di pensiero» [GIUSEPPE SEGALLA, *Brunner, Heinrich*, in *Enciclopedia Filosofica*, terza edizione, Bompiani, Milano 2006, 12 voll., volume secondo, (pp. 1485-1486) p. 1486].

Se nella teologia cristianamente intesa si dà una compenetrazione di "soggettivo" e di "oggettivo", al punto che si può definire la struttura del credere un "soggettivo" che prende la forma di un "oggettivo", è stato autorevolmente rilevato che «I cattolici, soprattutto in reazione al Protestantismo, [nei primi secoli dalla "Riforma"] accentuarono gli aspetti contenutistici e conoscitivi della fede appoggiandosi soprattutto alle lettere pastorali di San Paolo. Un po' paradossalmente, ma non senza una punta di verità se si tiene presente la teologia della fede di quel tempo, il teologo protestante Emil Brunner scrisse che i protestanti credevano in un Tu, mentre i cattolici credevano in qualcosa, in una dottrina» [FRANCO ARDUSSO, *Fede*, in GIUSEPPE TANZELLA-NITTI e ALBERTO STRUMIA (a cura di), *Dizionario Interdisciplinare di Scienza e Fede. Cultura scientifica, filosofia e teologia*, Urbaniana University Press - Città Nuova Editrice, Roma 2002 (2 voll.) vol. 2 (pp. 607-624) p. 614].

Secondo il parere di un altro filosofo del diritto contemporaneo di Brunner, il cattolico Giovanni Ambrosetti (1915-1985), da molteplici «[...] ricerche ed atteggiamenti» rilevabili nella teologia tedesca della seconda metà del Novecento, è dimostrabile come il modo estremamente rigido d'impostare il rapporto fra ragione e Fede e fra natura e norma tipico dell'originaria "Riforma" [cfr. SACHIKO KUSUKAWA, *Nature's Regularity in some Protestant Natural Philosophy Textbooks*

1530-1630, in LORRAINE DASTON-MICHAEL STOLLEIS (edited by), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral, and Natural Philosophy*, Ashgate Pub. Company, Aldershot, Hants (UK)-Burlington, VT 2006, Cap. 7], si sia ormai attenuato, manifestandosi in buona parte del pensiero contemporaneo di matrice protestantica una «[...] viva sensibilità alla costruzione di una teoria giuridica e di una politica anche con orientamenti e accentuazioni razionali, fuori cioè del quadro esclusivamente teologico che era caratteristico dei protestanti» [GIOVANNI AMBROSETTI, *Diritto e teologia*, in *Iustitia*, anno XVIII, n. 4, Roma ottobre-dicembre 1964, (pp. 357-363) p. 363].

Una rassegna dell'abbondante letteratura sul diritto naturale che la cultura protestante tedesca ha prodotto in seguito ai Congressi teologici di Göttingen e Treysa ed al ripensamento da questi indotto sui temi della morale e della giustizia è presente, fra gli altri, nel saggio del prof. Pier Luigi Zampetti (1927-2003), *Il problema della giustizia nel protestantesimo tedesco contemporaneo* (Giuffrè, Milano 1962). Un particolare interesse presenta in questo senso anche il mutato atteggiamento assunto nei confronti della speculazione metafisica da parte del teologo luterano Wolfhart Pannenberg (n. 1928), che è stato professore di *Teologia sistematica* all'università di Monaco dal 1968 al 2003 e quivi direttore dell'Istituto per la ricerca ecumenica. Il suo itinerario appare significativo anche perché risale «[...] ad un illustre rappresentante di quella teologia protestante che, come lo stesso Pannenberg ricorda, si è caratterizzata da ormai più di un secolo per il suo rifiuto della metafisica» [ENRICO BERTI, *Per una metafisica problematica e dialettica*, in *Acta Philosophica. Rivista internazionale*

*di filosofia*, anno 1, n. II, Roma 1992, (pp. 176-190) pp. 186-187]. Per la "conversione metafisica" di Pannenberg cfr.: *L'idea di Dio e il rinnovamento della metafisica*, Bi-

*bliopolis*, Napoli 1991 ed *Epistemologia e teologia*, 2<sup>a</sup> ed., *Queriniana*, Brescia 1999.

GIUSEPPE BRIENZA

## INDICAZIONI PER I COLLABORATORI

Le collaborazioni devono inviarsi al Direttore della Rivista per posta elettronica in formato Word o RTF.

Le collaborazioni destinate alle Sezioni “Dottrina” e “Note e commenti” non possono oltrepassare i 65 mila caratteri, tutto compreso (abstracts, keywords, note, spazi, ecc.).

Ogni contributo deve includere un abstract non superiore a 1000 caratteri nella lingua in cui è scritto lo studio e in inglese. Se la lingua dello studio è lo inglese anche in italiano. E, inoltre, un massimo di 5 keywords (parole chiave), anche nelle 2 lingue. Tali abstract e keywords rientrano nel lavoro dell'autore del contributo.

Le note a sentenze o ad altri documenti e le note bibliografiche non possono oltrepassare i 45 mila caratteri, tutto compreso.

Le recensioni invece non devono superare i 12 mila caratteri.

Le collaborazioni devono indicare la principale mansione (solo una) accademica o professionale dell'Autore e un indirizzo E-Mail efficace da indicare sul contributo.

Le collaborazioni devono essere inedite ed originali. L'Autore potrà usare liberamente il testo dopo la sua pubblicazione citando «Ius Ecclesiae» come sede originale della pubblicazione. Il Comitato editoriale potrà valutare l'opportunità di pubblicare testi non ancora stampati destinati agli atti di convegni. Di tale circostanza l'Autore deve informare in una previa nota in calce.

Ricevuto il testo della collaborazione, la Rivista informerà l'Autore di averlo ricevuto e dell'avvio della procedura anonima di revisione da parte di due correttori (peer-reviewers) i quali valuteranno se il contenuto e la forma sono confacenti con i criteri scientifici vigenti nel diritto canonico e discipline affini.

I Valutatori dovranno accertare nello scritto la esistenza dei seguenti parametri:

1) pertinenza dello scritto al settore scientifico dello IUS 11 (disciplina giuridica del fenomeno religioso; diritto ecclesiastico; diritto canonico; storia e sistemi dei rapporti Stato/Chiesa; storia delle istituzioni religiose; diritto comparato delle religioni; diritto del pluralismo confessionale, ecc.: cfr. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Decreto Ministeriale 7 giugno 2012 n. 76);

2) conoscenza critica della dottrina e della giurisprudenza relativa;

3) correttezza metodologica;

4) chiarezza espositiva;

5) originalità.

La valutazione dello scritto potrà portare ai seguenti risultati:

A) pubblicabile puramente e semplicemente, salvo gli adeguamenti ai criteri redazionali della Rivista;

B) pubblicabile dopo alcune correzioni (indicate);

C) pubblicabile subordinatamente ad adeguata rielaborazione (se ne devono indicare motivatamente le ragioni);

D) non pubblicabile.

I giudizi dei Valutatori saranno inviati in forma anonima all'Autore dello scritto nel termine di 60 giorni utili dal momento dell'arrivo dell'originale alla Segreteria della Rivista.

Il testo da giudicare deve essere considerato come sottoposto a segreto fino alla pubblicazione e il giudizio dei Valutatori dovrà comunque rimanere segreto.

Una volta pubblicato il testo, l'autore riceverà un file pdf con l'estratto del suo contributo. La *Fabrizio Serra editore* permette agli Autori l'utilizzo del PDF della versione finale pubblicata di un loro articolo per l'auto-archiviazione (sul sito personale dell'Autore) e/o per l'archiviazione in un archivio libero (su un server non-profit) *gratuitamente* dopo 18 mesi dalla pubblicazione. Deve essere citata la fonte della pubblicazione e deve essere attivato un link alla home page ufficiale dell'Editore. Per altri usi, vedi [www.libraweb.net/openaccess.php](http://www.libraweb.net/openaccess.php).

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA  
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.  
STAMPATO E RILEGATO NELLA  
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

*Giugno 2014*

(CZ 2 · FG 3)



PONTIFICIA UNIVERSITÀ  
DELLA SANTA CROCE  
FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO

TRATTATI DI DIRITTO CANONICO

6. C. J. Errázuriz M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa, 1, Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffrè, Milano 2009, pp. XII + 598, ISBN 88-14-14589-X.
5. C. J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 200, ISBN 88-14-08387-8.
4. J.-P. Schouppe, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano 2<sup>a</sup> edizione riveduta, aggiornata ed ampliata, 2008, pp. 234, ISBN 88-14-14252-1.
3. J. I. Arrieta, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 214, ISBN 88-14-06636-1.
2. E. Labandeira, *Trattati di Diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 578, ISBN 88-14-04717-0.
1. J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 326, ISBN 88-14-01977-0.

TESTI LEGISLATIVI

6. M. del Pozzo - J. Llobell - J. Miñambres (a cura di), *Norme procedurali canoniche commentate*, Coletti San Pietro, Roma 2013, pp. 844, EAN: 9788887129168.
5. J. I. Arrieta (a cura di), *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, Coletti San Pietro, Roma 2013, 4<sup>a</sup> edizione, pp. 1564, EAN: 9788887129175.
4. J. T. Martín De Agar - L. Navarro, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al CIC*, Coletti a San Pietro, Roma 2009, 2<sup>a</sup> edizione aggiornata, pp. 1370, EAN: 9788887129120.
3. J. I. Arrieta - J. Canosa - J. Miñambres, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 554, ISBN 88-14-06171-8.
2. E. Baura, *Legislazione sugli ordinariati castrensi*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 382, ISBN 88-14-03105-3.
1. J. T. Martín de Agar, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 770, ISBN 88-14-02204-6.

MONOGRAFIE GIURIDICHE

44. P. Erdö, *Il peccato e il delitto. La relazione tra due concetti fondamentali alla luce del diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2014, pp. VI + 144, ISBN 88-14-18288-4.
43. H. Franceschi - M. A. Ortiz, *Discrezione di giudizio e capacità' di assumere: la formulazione del canone 1095*, Giuffrè, Milano 2013, pp. XII + 268, ISBN 9788814175503.
42. P. Gefaell (a cura di), *Cristiani orientali e pastori latini*, Giuffrè, Milano 2012, pp. XVI + 504, ISBN 9788814173721.

41. L. Navarro - F. Puig (a cura di), *Il fedele laico*, Giuffrè, Milano 2012, pp. xviii+ 524, ISBN 9788814173844.
40. J. Herranz, *Giustizia e pastorale nella missione della Chiesa*, Giuffrè, Milano 2011, pp. xx + 470, ISBN 9788814156090.
39. M. del Pozzo, *Luoghi della celebrazione "sub specie iusti"*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 438, ISBN 88-14-15454-6.
38. F. Puig, *La consacrazione religiosa. Virtualità e limiti della nozione teologica*, Giuffrè, Milano 2010, pp. xiii + 361, ISBN 88-14-15427-9.
37. J. A. Araña (a cura di), *Libertà religiosa e reciprocità*, Giuffrè, Milano 2009, pp. xviii + 438, ISBN 88-14-14646-2.
36. F. Marti, *I rutheni negli Stati Uniti. Santa Sede e mobilità umana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 2009, pp. xxxiii + 638, ISBN 88-14-14590-3.
35. D. Cito e F. Puig (a cura di), *Parola di Dio e missione della Chiesa. Aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano 2009, pp. xiv + 402, ISBN 88-14-14398-6.
34. M. del Pozzo, *La dimensione liturgica della liturgia*, Giuffrè, Milano 2008, pp.414, ISBN 88-14-14256-4
33. N. Alvarez de las Asturias, *La "Collectio Lanfranci". Origine e influenza di una collezione della Chiesa anglo-normanna*, Giuffrè, Milano 2008, pp 382, ISBN 88-14-14025-1.
32. J. Miñambres (a cura di), *Diritto Canonico e servizio della carità*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 540, ISBN 88-14-14091-x.
31. E. Baura e J. Canosa (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 522, ISBN 88-14-13212-7.
30. A. S. Sánchez-Gil, *La presunzione di validità dell'atto giuridico nel Diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 276, ISBN 88-14-13148-1.
29. L. Navarro (a cura di), *L'istituto dell'incardinazione. Natura e prospettive*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 526, ISBN 88-14-13144-x.
28. D. Cito (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 712, ISBN 88-14-12101-x.
27. J. L. Gutiérrez, *Studi sulle cause di canonizzazione*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 364, ISBN 88-14-11866-3.
26. M. A. Ortiz (a cura di), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 370, ISBN 88-14-11376-9.
25. H. Franceschi, *Riconoscimento e tutela dello "Ius Connubii" nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano 2004, pp.428, ISBN 88-14-10361-5.
24. J. Canosa, *Il rescritto come atto amministrativo nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 250, ISBN 88-14-10545-6.
23. G. Lo Castro, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 300, ISBN 88-14-10423-9.
22. E. de Leon - N. Alvarez de las Asturias (a cura di), *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecumenico*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 532, ISBN 88-14-10319-4.
21. M. F. Pompèdda, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico, volume II*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 383, isbn 88-14-09698-8.
20. P. J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 584, ISBN 88-14-08356-8.

19. J. Miñambres, *La presentazione canonica*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 284, ISBN 88-14-08526-9.
18. C. J. Errázuriz M. - L. Navarro (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storie e prospettive*, Giuffrè, Milano 2000, ISBN 88-14-08348-7.
17. J. Canosa (a cura di), *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 768, ISBN 88-14-07793-2.
16. J. Hervada - *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 390, ISBN 88-14-08061-5.
15. J. Llobell - E. De León - J. Navarrete, *Il libro "De processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1999, pp. 1306, ISBN 88-14-07115-2.
14. A. del Portillo, *Laici e Fedeli nella Chiesa*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 280, ISBN 88-14-07366-x.
13. J. Carreras (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 335, ISBN 88-14-06989-1.
12. E. Baura, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 290, ISBN 88-14-06560-8.
11. E. De León, *La "cognatio spiritualis" según Graciano*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 314, ISBN 88-14-05665-x.
10. V. Palestro, *Rassegna di giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali (1909-1993)*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 228, ISBN 88-14-05617-x.
9. M. F. Pompedda, *Studi di Diritto Processuale Canonico*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 290, ISBN 88-14-05092-2.
8. A. Cattaneo, *Il presbiterio della Chiesa particolare*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 192, ISBN 88-14-04264.
7. J. Sanchis, *La legge penale e il precetto penale*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 176, ISBN 88-14-04219-5.
6. M. F. Pompedda, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 518, ISBN 88-14-04047-8.
5. L. Navarro, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 290, ISBN 88-14-03050-2.
4. C. J. Errázuriz. M., *Il "munus docendi Ecclesiae". Diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 280, ISBN 88-14-02984-9
3. A. de Fuenmayor - V. Gómez-Iglesias - J. L. Illanes, *L'itinerario giuridico dell'Opus Dei*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 928, ISBN 88-14-02672-6.
2. J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 204, ISBN 88-14-02362-x.
1. J. Herranz, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 346, ISBN 88-14-02056-6.

‘SUBSIDIA CANONICA’

- M. del Pozzo, *La giustizia nel culto. Profili giuridici della liturgia della Chiesa*, EDUSC, Roma 2013, pp. 500, ISBN 9788883332937.
- C. J. Errázuriz M., *Parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale. Il "munus docendi della Chiesa*, EDUSC, Roma 2012, pp. 232, ISBN 8883332873.

- H. Franceschi - M. A. Ortiz, *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere*, EDUSC, Roma 2012, pp.432, ISBN 9788883332654.
- J. Miras - J. Canosa - E. Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, 2a ed. aggiornata, EDUSC, Roma 2009, pp. 432, ISBN 8883332024.
- H. Franceschi - M. A. Ortiz - *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di Diritto Matrimoniale e Processuale Canonico*, EDUSC, Roma 2009, pp. 561, ISBN 978-88-8333-201-2.
- H. Franceschi - J. Llobell - M. A. Ortiz (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, EDUSC, Roma 2005 pp. 396, ISBN 88-8333-113-3.
- V. Prieto, *Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile*, EDUSC, Roma 2003, pp. 268, ISBN 88-8333-063-3.
- J. Miñambres (a cura di), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, EDUSC, Roma 2002, pp. 328, ISBN 88-8333-043-9.
- L. Navarro, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa*, EDUSC, Roma 2000, pp. 240, ISBN 88-8333-002-1.

‘GRATIANUS SERIES’

- P. M. Dugan - L. Navarro - W. L. Daniel (Eds.), *Matrimonial Law and Canonical Procedure: A Continuing Education Course Held at the Pontifical University of the Holy Cross (Rome, 20-24 September 2010)*, Wilson & Lafleur, Montréal 2013, pp. 478, ISBN: 978-2-89689-054-5
- P. M. Dugan, *Towards Future Developments in Penal Law: U.S. Theory and Practice*, Wilson & Lafleur, Montréal 2010, pp. 260, ISBN: 978-2-89127-935-2.
- C. J. Errazuriz M., *Justice in the Church. A Fundamental Theory of Canon Law*, Wilson & Lafleur, Montréal 2009, pp. 354, ISBN: 978-2-89127-918-5.
- J.-P. Schouppe (trad.), *Études sur la prélatrice de l'Opus Dei: À l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la constitution apostolique 'Ut sit'*, Wilson & Lafleur, Montréal 2008, pp. 260, ISBN: 978-2-89127-889-8.
- P. Hayward (Translated and Edited by), *Studies on the Prelature of Opus Dei : On the Twenty-Fifth Anniversary of the Apostolic Constitution 'Ut sit'*, Wilson & Lafleur, Montréal 2008, pp. 238, ISBN: 978-2-89127-887-4.
- J.-P. Schouppe, *Droit canonique des biens*, Wilson & Lafleur, Montréal 2008, pp. 276, ISBN: 978-2-89127-856-0.
- P. M. Dugan (dir.); J. Pelletier (trad.), *La procédure pénale et la protection des droits dans la législation canonique: Actes d'un colloque tenu à l'Université pontificale de la Sainte-Croix, Rome, les 25 et 26 mars 2004*, Wilson & Lafleur, Montréal 2008, pp. 398, ISBN: 978-2-89127-849-2.
- J. T. Martin De Agar, *Handbook on Canon Law*, Second updated edition, Wilson & Lafleur, Montréal 2007, pp. 346, ISBN: 978-2-89127-804-1.
- E. Caparros, *The Juridical Mind of Saint Josemaria Escriva: A Brief History of the Canonical Path of Opus Dei*. Second updated edition, Wilson & Lafleur, Montréal 2007, pp. 76, ISBN: 978-2-89127-833-1.
- E. Caparros, *La mentalité juridique de saint Josémaria Escriva: un bref historique de l'itinéraire canonique de l'Opus Dei*, Wilson & Lafleur, Montréal 2007, pp. 80, ISBN: 978-2-89127-834-8.

- P. M. Dugan & L. Navarro (Eds.), *Studies on the Instruction Dignitas Connubii. Proceedings of the Study Day Held at the Pontifical University of the Holy Cross. Rome, January 19, 2006*, Wilson & Lafleur, Montréal 2006, pp. 166, ISBN: 2-89127-782-2.
- P. M. Dugan (Ed.), *The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law Proceedings of a conference held at the Pontifical University of the Holy Cross . Rome, March 25-26, 2004*, Wilson & Lafleur, Montréal 2005, pp. 304, ISBN: 2-89127-664-7.
- J. I. Arrieta, *Governance Structures within the Catholic Church*, Wilson & Lafleur, Montréal 2000, pp. 328, ISBN: 2-89127-518-7.

*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](http://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](http://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**