



# Apollinaris

COMMENTARIUS IURIDICUS INSTITUTI UTRIVSQUE IURIS

2013 | LXXXVI | 1

**ELENA DI BERNARDO**, Modelli processuali e finalità perseguite nell'Istruttoria civile e canonica. Rilievi comparativi

**VINCENZO BUONOMO**, Efficacia e limiti del Diritto internazionale in tema di mobilità umana. Alla ricerca di un nuovo paradigma

**FRANCESCO CATOZZELLA**, Una prima lettura del m.p. "*Intima Ecclesiae Natura*" sul servizio della carità

**ANDREA NICOLUSSI**, Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica, di Diritto e valori

**MICHELE RIONDINO**, La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori



*Director:*

Emmanuel J. Arroba Conde, cmf

*A secretis:*

Paulus Gherri (*Redactor*)

E-mail: apollinaris@pul.it

*Redazione:*

Pontificia Università Lateranense

Ufficio Edizioni

Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 - 00120 Città del Vaticano

*Abbonamenti:*

Lateran University Press

Ufficio Marketing e Abbonamenti

Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 - 00120 Città del Vaticano

Tel. +39 06/69895688 - Fax +39 06/69895501 - E-mail: promozioneelup@pul.it

Quote 2013:

Abbonamento annuo (2 numeri)	70,00 €	Estero 110,00 €
Un fascicolo	40,00 €	Estero 55,00 €
Annata arretrata	90,00 €	Estero 140,00 €

La Rivista ha periodicità semestrale.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati presso l'Ufficio Abbonamenti entro 15 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo.

Il versamento delle quote degli abbonamenti può essere effettuato con le seguenti modalità:

*Payment can be done by:*

*La payment de la tarif peut être effectué avec le moyens suivantes:*

*El pago de la tarifa puede ser efectuado de las siguientes formas:*

- tramite versamento su conto corrente postale (solo Italia):

c.c. n. 76563030

- tramite bonifico bancario (coord. IBAN):

Banco Posta - Poste Italiane S.p.A. - Direzione Operazioni

IBAN: IT23N0760103200000076563030

- tramite bonifico bancario internazionale (coord. IBAN):

*international bank transfer (ref. IBAN)*

*avec virement bancaire internacional (ref. IBAN)*

*consignación bancaria internacional (ref. IBAN)*

IBAN: IT23N0760103200000076563030

Bic-SWIFT BPPITRRXXX

intestato a / *in favour of / au nom de / a favor de*

Pontificia Università Lateranense - Editoria

Piazza di San Giovanni in Laterano, 4 - 00120 Città del Vaticano

specificando come causale del versamento "Abbonamento Apollinaris".

www.e-lup.com

IBSN ePUB 978-88-465-0967-3

ISBN PDF 978-88-465-0968-0

© COPYRIGHT 2013 - ISBN 978-88-465-0913-0

ISSN 0392-2359

LATERAN UNIVERSITY PRESS

PONTIFICIA UNIVERSITÀ LATERANENSE

PIAZZA SAN GIOVANNI IN LATERANO, 4

CITTÀ DEL VATICANO

# APOLLINARIS

*Commentarius Instituti Utriusque Iuris*

*Pontificiae Universitatis Lateranensis*

in Civitate Vaticana editus

Rivista internazionale di Diritto canonico, civile e comparato  
fondata nel 1928 dal Card. F. Roberti

M.J. ARROBA CONDE - Direttore

## **Redazione**

P. GHERRI (Segretario e Redattore)

M. NACCI; M. RIONDINO; E. DI BERNARDO;

G. BALLARANI; M. VOLPE; A. IACCARINO;

A. PONZONE (collab. red. - Boston).

## **Comitato editoriale** (docenti stabili dell'*Institutum*)

*Diritto canonico*: M.J. ARROBA CONDE (Spagna); L. BOMBÍN (Spagna);

P. VALDRINI (Francia); N. LODA (Italia); C. IZZI (Italia); P. GHERRI (Italia).

*Diritto civile*: V. BUONOMO (Italia); G. DE SIMONE (Italia);

R. LOMONACO (Italia); E. MEI (Italia); A. BLASI (Italia).

## Identità e missione – *Identity and mission*

La rivista –espressione istituzionale dell'*Institutum Utriusque Iuris* della Pontificia Università Lateranense– pubblica **studi, saggi e note** di valore scientifico in conformità alla sua specifica *mission* di condividere a livello internazionale la riflessione accademica e la ricerca scientifica realizzate dall'*Institutum* anche attraverso attività ad esso espressamente connesse.

Si propone, inoltre, come strumento di aggiornamento dottrinale e tecnico per gli operatori del Diritto di entrambi i Fori, oltre che come sostegno alla ricerca accademica.

*The journal – expression of the Institutum Utriusque Iuris of the Pontifical Lateran University – publishes **studies, essays and notes** of scientific value in accordance with its specific mission to share in international academic reflection and scientific research carried out by the Institutum and its specifically-related activities.*

*It is also proposed as a means of updating doctrinal and technical operators of the Law of both Forums, as well as supporting academic research.*

Il contenuto di *Apollinaris* è indicizzato o fatto oggetto di *abstracts* analitici nei seguenti strumenti di ricerca:

*The contents of Apollinaris are indexed or abstracted in the following resources:*

*Canon Law Abstracts* (London - United Kingdom)  
*Archiv für katholisches Kirchenrecht* (München - Deutschland)  
*Elenchus bibliographicus - Eph. Th. Lovaniensis* (Leuven - Belgique)  
*Folia Canonica* (Budapest - Magyarország)

CIRC: *Clasificación Integrada de Revistas Científicas* (Univ. La Rioja - España)  
ABE-IPS: *Books online journals* (Warszawa - Polska)  
STUDIA-*Información bibliográfica* (Univ. Navarra - España)

EPIR & EPIS: *Iniziativa di spoglio di periodici italiani* (Bibl. Naz. Firenze - Italia)  
ACNP: *Catalogo Italiano dei Periodici* (Univ. Bologna - Italia)  
DoGi: *Dottrina Giuridica* (CNR - Italia)  
*Bibliografia canonistica* (GIDDC - Italia)

## INDEX

FRANCESCO AMARELLI, Il contributo dell' <i>Institutum Utriusque Iuris</i> allo studio del Diritto romano. In ricordo di Gian Luigi Falchi	7
<b>II. Studia</b>	
ELENA DI BERNARDO, Modelli processuali e finalità perseguite nell'Istruttoria civile e canonica. Rilievi comparativi	19
<b>III. Argumenta</b>	
VINCENZO BUONOMO, Efficacia e limiti del Diritto internazionale in tema di mobilità umana. Alla ricerca di un nuovo paradigma	61
FRANCESCO CATOZZELLA, Una prima lettura del m.p. " <i>Intima Ecclesiae Natura</i> " sul servizio della carità	99
ANDREA NICOLUSSI, Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica, di Diritto e valori	125
MICHELE RIONDINO, La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori	149
<b>IV. Excerpta</b>	
FRANCESCO CAPONNETTO, <i>L'ignorantia Iuris poenalis sine Culpa</i> nel CIC '83. Aspetti problematici e cenni comparativi	179
CRISTIAN CRISAN, Alcuni aspetti sull' <i>iter</i> redazionale relativo alla disciplina " <i>de diebus festis et poenitentiae</i> " nella codificazione orientale del CCEO (Cann. 880-881)	219

**V. Bibliographica**

Præsentationes 259

Fontes huius voluminis 265

Bibliographia huius voluminis 277

# Il contributo dell'*Institutum Utriusque Iuris* allo studio del Diritto romano.

In ricordo di Gian Luigi Falchi<sup>1</sup>

FRANCESCO AMARELLI

1. Debbo, innanzi tutto, un ringraziamento agli organizzatori di queste Giornate, in particolare al Preside dell'*Institutum Utriusque Iuris* Professor Manuel Arroba Conde e al collega Professor Paolo Gherri, per aver pensato a me per l'illustrazione del contributo che l'*Institutum* ha dato allo sviluppo degli studi di Diritto romano.

Per una ricognizione che abbia un qualche profilo di concretezza, la via da ripercorrere è certo quella che passa per un lungo elenco di nomi, quello cioè di coloro del cui magistero l'*Institutum* ha inteso avvalersi nella formazione dei propri studenti. Dopo Ilario Alibrandi ed Evaristo Carusi, veri precursori di questo cammino, i nomi da ricordare son quelli di Ugo Brasiello, Valentino Capocci, Emilio Albertario, Salvatore Riccobono, Emilio Betti, Paolo Frezza, Olis Robleda, Gabrio Lombardi, Franco Casavola. Coinvolgendoli nell'attività di insegnamento a beneficio dei propri discepoli l'*Institutum Utriusque Iuris* ne ha riconosciuto oggettivamente l'importanza della Disciplina impartita, così seguitando in una tradizione formativa, i cui primordi risalgono ai contenuti programmatici espressi, sin dagli anni Settanta dell'Ottocento, nel manifesto con cui l'Accademia di Conferenze Storico-giuridiche, per mano di Ilario Alibrandi e a mezzo della Rivista "*Studi e Documenti di Storia e Diritto*"<sup>2</sup>, tendeva a legittimarsi nell'ambito dello scenario dell'istruzione accademica dell'epoca. Ciò che apriva la via, nel 1931, alla creazione del "*Pontificium Institutum Utriusque Iuris*", una nuova più organica struttura formativa, nella quale da un lato si ribadiva l'indirizzo comparatistico negli studi di Diritto ca-

---

1 Relazione tenuta in occasione delle "Giornate giuridiche lateranensi", in data 7 marzo 2013.

2 Per la quale si veda più oltre (al n. 2).

nonico e di Diritto civile già oggetto delle *Facultates legales* istituite nel 1853 da Pio IX<sup>3</sup>, dall'altro si esaltava l'interesse per tutta una tradizione di studi rivolti ad approfondire storicamente genesi ed evoluzione dell'esperienza giuridica romana. Di questa, inoltre, si sottolineava il ruolo rivestito nei riguardi del Diritto canonico, nei limiti in cui, tanto per esemplificare, si mostrava di ritenere la Scienza giuridica romana alla stregua di una vera e propria fonte suppletiva del Diritto della Chiesa, considerato il carattere imperituro di quelle elaborazioni di pensiero documentato dal modo con il quale gli esiti delle riflessioni degli antichi giuristi romani erano stati in grado di sostanziare di sé ogni branca del Diritto antico, medievale e moderno<sup>4</sup>.

Ma un'altra può essere la via da seguire: quella che, muovendo dall'elenco dei nomi degli autori presenti, dalla nascita, nelle annate di "*Studia et Documenta Historiæ et Iuris*" e nella Collana di pubblicazioni che venne poco dopo affiancata al Periodico (per intenderci, la Collana inaugurata da "*Arcana Imperii*" di Pietro De Francisci<sup>5</sup>) ne segua il percorso compiuto fin qui: Rivista e Collana hanno visto infatti avvicinarsi nei loro volumi i maggiori rappresentanti delle Scienze storico-giuridiche di tutt'Europa, del cui sviluppo ampissima traccia perciò nei numeri usciti nei sedici lustri alle nostre spalle.

Mettendo insieme quelle della Rivista e quelle dei volumi della Collana, si può dire che le circa cinquantamila pagine finora apparse sono lì a confermarci, in primo luogo, quanto esse abbiano pesato in favore della sopravvivenza di una Disciplina, a rischio già negli anni Trenta del secolo scorso e che invece si è salvata e consolidata probabilmente ed anche per la felicità di un'intuizione e del conseguente sforzo fondativo e di gestione.

Nel lungo cammino romanistico propiziato dal Laterano, assai vigile, invero, è stata l'attenzione verso i contenuti che dovevano, e tuttora debbono, entrare a far parte dell'orizzonte problematico di uno storico del Diritto: ieri, all'indomani del secolo dei Codici e della fine delle necessità della *Aktuali-*

3 Evento che celebriamo in questa sede nella ricorrenza del suo 160 anniversario.

4 Della nascita ed evoluzione di questa 'storia', profili e lineamenti, ben al di là dell'essenziale, si veda: C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, Milano, 2010, 232ss.; ivi anche copiosa letteratura, cui sia permesso aggiungere soltanto quanto pubblicato da me e A. Mantello col titolo "*Uno dei nostri compiti*" (cfr. F. AMARELLI - A. MANTELLO, *Uno dei nostri compiti*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXII [1996], 401ss.). Sull'importante opera di Fantappiè, apparsa in due densi volumi nella Collana "*Per la storia del pensiero giuridico moderno*" fondata da Paolo Grossi, si veda la intensa recensione, a cura di Fabbrini, pubblicata in *Studia et Documenta* (cfr. F. FABBRINI, Recensione a Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXXVI [2010], 786-804).

5 Cfr. P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, 4 voll., Milano, 1947-1948.



sierung; oggi, nel quadro delle esigenze di un'avanzata *Historisierung*, che, facendo leva soprattutto su una prospettiva neocomparativizzante piuttosto che sulla tendenza neoattualizzante, sappia rapportarsi ai problemi davanti ai quali la globalizzazione, ed anche i nuovi assetti dell'Europa, ci pongono.

2. Agli inizi del Novecento aveva cessato le sue pubblicazioni il Periodico “*Studi e Documenti di Storia e di Diritto*”.

Nata, nel 1880, per decisione dell'*Accademia di Conferenze storico-giuridiche*, la Rivista era arrivata, nel 1904, al suo venticinquesimo numero. Protagonista e propiziatore di tanto successo era stato Ilario Alibrandi, precursore e solitario studioso dalle inestinguibili curiosità, mancato nel 1894 a settantun anni.

Trent'anni dopo, Emilio Albertario –un organizzatore di energia e temperamento davvero senza pari, chiamato a Roma, nel '31, a La Sapienza, un anno dopo anche in Laterano– decide di far rivivere quel Periodico.

La testata si trasforma in quella di “*Studia et Documenta Historiæ et Iuris*”<sup>6</sup>. Due paginette di saluto ai lettori del primo numero ne illustrano, con sobrietà, programmi ed ambizioni: le speranze, in altre parole, di un fondatore, che voleva un contenitore di due/trecento pagine, di sicura periodicità, aperto a tutti, dove –sotto forma di studi monografici, note, rassegne e recensioni– far apparire lavori che spaziassero dai Diritti del Mediterraneo a quelli del mondo bizantino.

L'Albertario che rifonda “*Studia*” è dunque un maturo Professore, al vertice delle gerarchie accademiche, che si fa *Director* di un *Consilium redactionis* nel quale comincia a brillare un nome, quello di Salvatore Riccobono, lo storico del Diritto romano suo antagonista nei metodi e negli oggetti privilegiati.

Una convivenza, quest'ultima, che vuole dire molte cose.

Innanzitutto, attraverso la reciprocità della loro disponibilità, essa definisce il segno della grandezza di questi uomini di Scienza, consapevoli entrambi, pur nella loro umiltà, d'aver dato vita, con le loro scelte contrapposte, ad un dibattito di quelli in grado di smuovere una situazione cui si cercava di dare nuovo slancio sollecitandone ricostruzioni storiografiche, suscitando nuovi approcci in tema di critica del testo, aprendo altri spazi a nuove metodologie.

In secondo luogo, è proprio questa convivenza a spiegare e ad essere all'origine di quello stile di tolleranza, e di civile confronto, che connoterà la Rivista, sempre, dal primo all'ultimo numero e in tutte le sue rubriche: le

---

6 Tutt'ora pubblicata a cura dell'*Institutum Utrisque Iuris* della Pontificia Università Lateranense.

eccezioni, che certo non sono mancate –tuttavia rarissime, quanto complessivamente irrilevanti– non fanno altro che ribadire quella che è sempre stata una regola.

In definitiva, dagli anni Trenta del secolo scorso, e fino ai nostri giorni, *Studia et Documenta* e, dopo, anche la Collana che le si pone accanto, diventa la tribuna dalla quale, di volta in volta, si affacceranno tutti –quasi tutti– i grandi protagonisti della ricerca romanistica (l’elenco sarebbe lunghissimo, ma l’ho comunque redatto e può essere consultato nel volume celebrativo del LXXV anno<sup>7</sup>).

Dopo la scomparsa del suo fondatore, avvenuta nel novembre del 1948, è Riccobono ad assumere la responsabilità di *Director*. Accanto a lui un Condirettore, Arcadio Larraona, che Papa Giovanni XXIII eleverà alla dignità cardinalizia.

Tra i numeri che anno dopo anno si susseguono, è dopo la pubblicazione del volume del 1948 (col quale si renderà testimonianza dell’impegno infaticabile di Emilio Albertario nel tener fede, fino alla conclusione dei suoi giorni, ai suoi doveri di uomo di Scienza) che vediamo la Rivista lentamente consolidarsi come l’organo di una comunità di storici animati dalla volontà di convivere con l’altro, quali che fossero le divergenze di carattere dottrinario, politico o religioso. E il grande merito dell’*Institutum Utriusque Iuris* è di avere, tramite *Studia*, dato ospitalità, e consentito di esprimersi, a tutto un universo di studiosi senza preclusioni di nessun genere.

3. Dopo il numero del ’58 –che segna il momento dell’addio a Riccobono– è il volume, con cui si aprono gli anni Sessanta, a marcare l’inizio dell’epoca della conduzione solitaria di Gabrio Lombardi, un allievo di Pietro De Francisci, anche lui esordiente come Professore a Pavia e che s’era affacciato in Redazione qualche anno prima poco meno che trentacinquenne.

La sua presenza caratterizzerà la guida del Periodico per oltre un quarantennio, illuminata dalle letture e colloqui di una vita con Giuseppe Capograssi, da cui aveva derivato l’insegnamento secondo cui è necessario aver compreso profondamente l’esperienza giuridica del proprio tempo per poter comprendere quella del passato. È molto più esatto –osservava Lombardi anche nel corso di incontri di studio– riconoscere che è la vita ad essere “*magistra historiae*”, e non il contrario, in quanto la meditazione del dramma perenne dell’esistenza

---

7 Cfr. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXVI (2010), XXVIII, nota n. 5.

umana, individuale ed associata, con le sue cadute e le sue rinascite, è probabilmente la via più diretta per penetrare il mistero delle età passate.

Dal 1994, l'anno della scomparsa di Gabrio Lombardi, ad oggi, è storia recente, favorita prima, sotto il pontificato di Giovanni Paolo II che tanto ebbe cara la nostra Università, dalla larghezza di vedute di Rettori come Mons. Pietro Rossano, Padre Umberto Betti, S. Em.za Angelo Scola, S. Ecc.za Rino Fisichella.

Attualmente, vale a dire dagli anni del pontificato di Benedetto XVI, un grande che ha connotato anche il suo cammino di Pontefice con elaborazioni di pensiero di straordinaria potenza, a sostenere il cammino del nostro Periodico, è la sensibilità e la disponibilità di S. Ecc.za Enrico Dal Covolo. In ragione della contiguità dei suoi studi con quelli romanistici, il nostro Magnifico Rettore si è, con generosità, fatto carico anche dell'impegno di non lasciare solo il sottoscritto nella attività di redazione, assumendo la carica di *Director* già dal numero uscito nell'ottobre scorso.

Dalle annate in memoria di Lombardi al volume di oggi quasi venti tomi.

A caratterizzarli, per un verso: un aumento delle dimensioni (in conseguenza, credo, dell'abbandono di campo da parte di "Labeo", una delle nostre gloriose Riviste, ma anche in dipendenza della difficoltà di far circolare in cartaceo le mirabili pubblicazioni periodiche diffuse ormai attraverso la 'rete'); per un altro verso, invece, un continuo sforzo di *restyling*, che certo non tocca a me dire quanto riuscito.

Da una parte, dunque, le otto/novecento pagine di quasi ogni nostro volume contro le due/trecento immaginate da Emilio Albertario. D'altro lato invece, come era nelle intenzioni del fondatore, l'aumento e/o l'ammodernarsi di alcune rubriche in direzione di un cambio di fisionomia pure sotto il profilo tematico: in uno quindi con una sempre maggiore attenzione agli interventi, o all'oggetto delle indagini, degli storici *tout court* e di un vieppiù crescente numero di giovani di talento, con ciò ampliando ancora, per dir così, le aperture di Lombardi e così continuando una tradizione di studi realizzata innovando la tradizione del recupero, vale a dire: senza farsi stordire da false sirene e tenendo ben fermo il timone durante la navigazione, lungo la quale altre sirene, sempre più frequenti e determinate, può capitare di incontrare, come quelle dell'informatica.

Al pari della scrittura –la cui comparsa, lo si ricordi, non ha fatto sparire l'uso della parola detta, felicemente affiancandosi a questa pratica comunicativa– così il ricorso alla 'rete', nella comunicazione scientifica, non ha fatto, e non farà sparire, l'uso della stampa: a questo mezzo, invero, si è solo utilmente posta accanto.

4. Guardando agli ultimi trent'anni tutto questo cammino avrebbe preso probabilmente altri indirizzi senza la lucidità progettuale di Gabrio Lombardi, rivelatosi invero abilissimo anche nel prefigurare gli assetti redazionali che avrebbero dovuto assicurare continuità e futuro al lavoro ch'egli aveva svolto per oltre un quarantennio.

Al centro di questa operazione l'individuazione di una figura: quella di un giovane studioso che –con un Concorso della cui Commissione giudicatrice Lombardi ed io facemmo parte– collocammo, alla fine degli anni Ottanta, tra i Professori stabili della Facoltà di Diritto civile, anche perché, nel rispetto degli Statuti vigenti, potesse assumere in avvenire la veste di *Director* della Rivista e della Collana, le cui responsabilità redazionali sarebbero invece dovute ricadere sulle spalle del sottoscritto.

Ciò che puntualmente accadde all'indomani della Pasqua del 1994, dopo il passaggio di vita in vita del Professor Lombardi.

Gian Luigi Falchi, lo avete capito tutti, è il nome del giovane Professore del quale stiamo parlando e di cui mai avrei immaginato dovesse un giorno toccare a me ricordarlo essendo egli più giovane di me.

Nato a Cagliari il 26 novembre 1946, dopo aver frequentato gli studi classici conseguiva la Laurea in Giurisprudenza nell'Università della sua città, superando con lode il relativo esame: “l'onere della prova nella *Legis Actio sacramento in rem*” era l'oggetto della tesi, cui venne subito riconosciuta dignità di stampa<sup>8</sup>.

Gli anni '70 e '71 lo hanno poi visto impegnato in attività di perfezionamento, prima presso l'Università di Heidelberg e poi a Monaco presso l'Accademia delle Scienze di Baviera.

Al suo rientro prestava il servizio militare in Marina col grado di Guardiamarina, cosa di cui era giustamente orgoglioso.

Negli stessi anni conseguiva l'abilitazione all'esercizio della professione di Avvocato, praticata fino all'ultimo con patrocinio avanti la Suprema Corte di Cassazione e le altre Magistrature superiori italiane.

Risale invece al 1974 il conseguimento del Diploma di specializzazione in Diritto romano e Diritti dell'Oriente mediterraneo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma con la votazione di 70/70. Le sue ricerche sulla legittimazione passiva alle Azioni nossali, pubblicate poi in volume<sup>9</sup>, costituirono l'oggetto della dissertazione.

---

8 Cfr. G.L. FALCHI, *L'onere della prova nella 'Legis Actio sacramento in rem'*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXXVII (1972).

9 Cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle Azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976.

Già inquadrato nei ruoli della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari sin dagli inizi degli anni Settanta, conseguiva il Dottorato in Diritto canonico nella nostra Università nell'anno 1982 con la votazione *summa cum laude*. “L'interpretazione tipica nella *Causa Curiana*”, successivamente pubblicata<sup>10</sup>, costituì l'argomento della tesi.

Con i primi anni Settanta diventa Avvocato rotale; agli inizi del decennio successivo è Professore nella nostra *Universitas*, dove viene chiamato ad insegnare –prima come incaricato, dopo come stabile– “*Institutiones Iuris romani*” e “*Historia Iuris romani*”, distinguendosi in tale ruolo prima come Decano della *Facultas Iuris civilis*, poi come Preside dell'*Institutum Utriusque Iuris*, infine per le responsabilità editoriali progressivamente assunte nella Rivista *Studia et Documenta* e nella relativa Collana.

Membro corrispondente del Pontificio Comitato di Scienze storiche, socio dell'Accademia Romanistica Costantiniana, impartisce per incarico l'insegnamento di Fondamenti del Diritto Europeo, per qualche anno anche alla L.U.M.S.A. di Roma.

Dall'anno del conseguimento della Laurea, vale a dire dalla fine degli anni Sessanta e fino all'ultimo giorno di vita, intensissima e incessante la sua attività di studioso subito distintosi per l'originalità delle ricerche oltre che per le notevoli doti di equilibrio critico.

Almeno sette i percorsi di ricerca individuabili:

1. quello relativo alla responsabilità nelle Obbligazioni;
2. quello concernente la Storia della Giurisprudenza;
3. quello indirizzato a ripercorrere la storia delle codificazioni della Tarda Antichità;
4. quello riguardante l'individuazione dell'emergere di un Diritto ecclesiastico all'interno dell'esperienza giuridica romana;
5. quello volto a ricostruire i fondamenti del Diritto europeo;
6. quello attento a particolari profili neocomparativistici;
7. quello connotato dallo sforzo di ricostituzione del testo del Libro Siro romano di Diritto, cui stava attendendo prima che si interrompesse il suo cammino su questa terra.

Problemi, tutti quelli affrontati, indagati attraverso un riesame delle Fonti non condizionato dalle opinioni dominanti o traluzie, ma sempre incline, al contrario, a fornire nuovi dati e nuove prospettive di studio.

---

10 Cfr. G.L. FALCHI, *Interpretazione “tipica” nella “causa curiana”*, Roma, 1982.

Agli inizi dell'attività scientifica si riconducono la monografia sulle Azioni nossali e una serie di articoli in materia di responsabilità da atto illecito: è nel corso di questi che veniva esperito il tentativo di superare le obiezioni mosse alle diverse ipotesi avanzate in dottrina per spiegare il fenomeno della legittimazione passiva alle Azioni nate dagli atti illeciti dei servi.

Le ricerche sulla Giurisprudenza mostrano invece la tendenza a cogliere la sostanza dei problemi senza disperdersi in indagini marginali. Più particolarmente, la monografia sulle controversie tra i Sabiniani e i Proculiani<sup>11</sup> tendeva ad una riconsiderazione della prospettiva metodologica del relativo problema, troppo frettolosamente messa da parte.

Gli studi sulla codificazione nei secc. V e VI (oltre che sul ruolo del *Consistorium* nel procedimento di formazione delle *Leges*) rappresentano probabilmente la parte migliore della produzione di Gian Luigi<sup>12</sup>: i dati ricavati dallo studio analitico e massiccio delle Fonti gli consentirono infatti l'identificazione di caratteristiche peculiari delle diverse parti del *Codex Theodosianus* e del *Corpus Iuris civilis*.

Le indagini sul Diritto ecclesiastico costituiscono, infine, un valido punto di riferimento per la ricostruzione delle tendenze della politica legislativa del IV e V secolo in questo settore. La prospettiva storica, questo il pregio, viene di continuo collegata a problemi attuali di Diritto canonico<sup>13</sup>.

Ciò che è dimostrato anche dall'*Introduzione alle Fonti dell'Utrumque Ius* scritta in collaborazione con Brian Ferme<sup>14</sup>.

A testimoniare il suo interesse verso taluni problemi di Diritto comparato molti dei Colloqui romano-canonistici da lui organizzati di cui è traccia nei relativi Atti<sup>15</sup>.

I fondamenti del Diritto europeo e il Libro Siro Romano costituiranno infine, come si è detto, l'oggetto dei suoi ultimi interessi di studi, confermando il volume sui *fondamenti*<sup>16</sup> la sua attenzione congiunta all'antico e alla contem-

11 Cfr. G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981.

12 Cfr. G.L. FALCHI, *Sulla codificazione del Diritto romano nel V e VI secolo*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiae Iuris*, n. 6, Roma, 1989.

13 Cfr. G.L. FALCHI, *Fragmenta Iuris romani canonici. Introduzione allo studio della recezione del Diritto romano nelle Fonti del Diritto canonico altomedievale*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiae Iuris*, n. 5, Roma-Milano, 1998.

14 Cfr. G.L. FALCHI - B.E. FERME, *Introduzione allo studio delle fonti dell'Utrumque Ius*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiae Iuris*, n. 7, Roma, 2006.

15 Si permetta di ricordare soltanto l'ultimo: G.L. FALCHI - A. IACCARINO (edd.), *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale - 9/10 marzo 2010, Città del Vaticano, 2012 (volume dedicato a Giuliano Crifò scomparso il 26 gennaio 2011).

16 Cfr. G.L. FALCHI, *Introduzione ai fondamenti del Diritto europeo*, Roma, 2007.

poraneità, di cui riteneva potessero rintracciarsi le radici nel mondo romano e in quello immediatamente successivo.

Le sue ricerche sul Siro Romano ribadiscono invece la sua perdurante sensibilità verso i problemi, od anche le soluzioni, cui la diffusione dell'esperienza giuridica romana nel Vicino Oriente aveva dato luogo<sup>17</sup>.

5. Alla fine di luglio dello scorso anno, subito dopo aver appreso dell'improvvisa scomparsa di Gian Luigi, nel contemplare la notizia nella sua incredibile, mi son passati davanti agli occhi, a guisa di fotogrammi che scorrono tra le dita di chi si dedichi in una cabina di montaggio a mettere insieme le scene girate, i frammenti più significativi di una vita trascorsa nella solidarietà di una fraterna, inossidabile amicizia durata quasi un quarantennio. Da quando?

Da quando, eravamo intorno alla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, in un Convegno a Villa Feltrinelli (di quelli nei quali Arnaldo Biscardi, un altro dei grandi del Novecento, amava riunire sul Lago di Garda i suoi allievi ed amici più cari perché si potessero informare e confrontare sulle ricerche in atto, ma anche per questa via cementare l'amicizia) mi venne incontro un collega da me mai visto prima e che mai avrei immaginato chiamarsi Gian Luigi Falchi.

Un suo libro sulla legittimazione passiva alle Azioni nossali –che avevo appena finito di leggere e che Biscardi aveva fatto includere nella collezione della Fondazione Castelli– mi era infatti apparso come l'opera di un esordiente che avevo stimato più o meno della mia età. Chi mi stava davanti invece era un distinto signore sardo, un gentiluomo di stampo antico per eleganza, garbo, misura, sobrietà, toni impiegati: detto altrimenti, una di quelle persone che ognuno vorrebbe incontrare tutti i giorni nella dura quotidianità del proprio lavoro.

Da allora, e per quasi quattro decenni, abbiamo condiviso ansie, esperienze di studio e di insegnamento, soprattutto quando, chiamati entrambi in Laterano agli inizi degli anni Ottanta del secolo alle spalle, cominciammo fianco a fianco il nostro cammino all'interno della Facoltà che come nostri predecessori più immediati aveva visto, oltre Lombardi, Paolo Frezza, Valentino Capocci e Franco Casavola.

Con tale consapevolezza, chiunque, al nostro posto, si sarebbe sentito schiacciato dal peso di un'eredità così rilevante. Il reciproco sostegno che,

---

17 Cfr. G.L. FALCHI, *Sull'origine delle due classi di manoscritti del Libro siro-romano di Diritto*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LVIII (1992), 143-167.

invece, Gian Luigi ed io abbiamo saputo darci, ha certo agevolato il difficile compito di alimentare una continuità, che non il nostro talento, ma più verosimilmente, soltanto il nostro impegno poteva tentare di onorare con dignità.

Al di là di un'attività didattica nella quale Gian Luigi si spendeva senza risparmio e che aveva fatto di lui uno dei docenti più amati dagli studenti per quel singolare modo di coniugare la durezza dell'impegno con la tenerezza di un'attenzione sempre premurosa, lo testimoniano, questo impegno, i suoi numerosi libri; lo ribadiscono altresì, nati dal suo spirito di iniziativa, gli importanti "Colloqui giuridici internazionali", l'ultimo dei quali dedicato alla memoria di Giuliano Crifò, un altro dei grandi amici del Laterano; la conferma, infine, questa dedizione, la conduzione, insieme al sottoscritto, di *Studia et Documenta*, il Periodico fondato da Emilio Albertario nel 1935 e considerato ancor oggi tra i più autorevoli nel mondo degli studi storico-giuridici: un primato, questo, mantenuto e ampliato da chi, come Gian Luigi, ne è stato *Director* lungo gli ultimi vent'anni, contribuendo con la sua disponibilità e con le sue aperture a far sì che la Rivista continuasse a caratterizzarsi come luogo privilegiato di incontro e di confronto tra studiosi di ogni provenienza.

Mi sembra non sia poco.



## **II. STUDIA**



# Modelli processuali e finalità perseguite nell'Istruttoria civile e canonica. Rilievi comparativi

ELENA DI BERNARDO

**SOMMARIO** Premessa: la comparazione tra “modelli processuali” nel contesto delle “famiglie giuridiche”. 1. Le finalità dei vari modelli processuali. 2. Le finalità dell’*adversary system*. 3. Le finalità del modello di *civil Law*. 4. Il modello dei Paesi socialisti e la ricerca della verità oggettiva. 5. Le finalità del modello processuale canonico.

**SUMMARY** *Preamble: a comparative perspective between “procedural models” in the context of “legal systems”. 1. The aims of the various procedural models. 2. The purpose of adversary system. 3. The purpose of the model of civil Law. 4. The model of socialist Countries and the pursuit of objective truth. 5. The purpose of the canonical procedural model.*

PREMESSA: LA COMPARAZIONE TRA “MODELLI PROCESSUALI” NEL CONTESTO DELLE FAMIGLIE GIURIDICHE

La nozione di “modello processuale”, variamente coniata dalla dottrina<sup>1</sup>, risponde all’esigenza di fornire un valido supporto metodologico all’analisi comparativa tra Ordinamenti giuridici, perché la costruzione di una tipologia idealmente rappresentativa dei tratti salienti di ciascuno di essi ne facilita il

---

1 L’espressione “modelli” è stata utilizzata da diversi autori, tra cui: M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali del Processo civile di civil Law e di common Law*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR (Federal University of Paraná)*, IL (2001), 36, 27-48; E. GRANDE, *Imitazione e Diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, 32. Un’ articolata illustrazione dei modelli processuali è proposta da: S. CHIARLONI, *Formalismi e garanzie. Studi sul Processo civile*, Torino, 1995, 3-31.

confronto, evitando di incorrere nella dispersione dei dettagli<sup>2</sup> tipica di una modalità di comparazione esclusivamente diretta a misurare analogie e differenze<sup>3</sup>. Poiché «si possono costruire modelli di diversa ampiezza e dimensione e con diverso contenuto» e «quanto più un modello è approssimato alla realtà che vuole rappresentare, tanto maggiore sarà la sua capacità euristica e la sua utilità come strumento di analisi»<sup>4</sup>, l'approccio comparativo può proficuamente avvalersi del riferimento ai c.d. “modelli processuali”, che, consentendo un confronto dinamico tra diversi Ordinamenti o tra peculiari Istituti di essi, orientano l'indagine verso una prospettiva globale ed ‘interattiva’.

L'efficacia applicativa di questo criterio dinamico può essere verificata qualora s'intenda realizzare una comparazione circa le distinte finalità perseguite dagli Ordinamenti processuali nella fase istruttoria<sup>5</sup> del Processo, diretta a fornire ed acquisire «materiali e strumenti utili per conoscere il merito della controversia»<sup>6</sup>. L'Istruzione probatoria, strettamente vincolante per il Giudice<sup>7</sup>, è disciplinata dal Diritto, che generalmente enuncia Norme sui mezzi di

---

2 Taruffo ritiene che «la costruzione di modelli non può essere arbitraria, se vuole tendere a rappresentare oggetti effettivamente esistenti, ma è comunque opera di colui che studia e analizza uno o più Ordinamenti, e dalla conoscenza di essi trae i “tipi ideali” che appaiono idonei a rappresentare i tratti essenziali di questi Ordinamenti» (M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali*, 29).

3 Come efficacemente afferma Taruffo, «una comparazione basata solo sul raffronto tra Norme esistenti in vari Paesi in un certo momento è giustificabile soltanto all'interno di una cultura rigorosamente (e restrittivamente) normativistico-positivista. [...] Invece, una comparazione orientata alle riforme implica la considerazione dell'effettivo funzionamento dei Sistemi e degli Istituti, delle sottostanti scelte di politica del Diritto, degli orientamenti della prassi e dei principi generali che fondano la validità e l'effettività degli Ordinamenti posti a confronto» (M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali*, 28).

4 *Ivi*, 30.

5 In senso etimologico, il termine “istruttoria” deriva dal verbo latino “*instruere*”, tra i cui significati, vi sono: *congiungere insieme, inserire, costruire, edificare, disporre, ordinare, allestire*. In senso figurato si annoverano le seguenti accezioni: *preparare, apparecchiare, fornire, provvedere* (cfr. “*Instrūo*”, in L. CASTIGLIONI - S. MARIOTTI, *Il vocabolario della lingua latina*, Torino, 1981, 758-759). In linea con tali significati, la dottrina recente ha evidenziato che nella «etimologia della parola istruire vengono sottolineati aspetti che si riferiscono ai materiali probatori in sé (*instrumentum*), all'ordinazione logica di essi (*instruere* inteso come mettere in ordine), sia finalmente alla loro dimostrazione (*instruere* nel senso di insegnare)» (M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 6 ed., Roma, 2012, 408, nota n. 1). Infatti, per Cicerone, “*se instruere ad Iudicium*” sta ad indicare il prepararsi in vista di un Processo, ovvero il procurarsi gli elementi necessari per indirizzarne l'andamento (CICERO, *Orationes Verrinae*, 4, 41). *Instruere Causam* indica “istruire la Causa, preparare i mezzi di difesa” (in Plinio). Più specificamente il sostantivo “*istruttoria*” è la traduzione dell'espressione ciceroniana “*cognitio, onis*”: «*Recusare, ne quod Iudicium neve ipsius cognitio illo absente de eius existimatione constitueretur*» (CICERO, *Orationes Verrinae*, 3, 60). Il termine “istruttoria” è stato tradotto anche con “*inquisitio*”: «*quod Inquisitionem, quod priorem Actionem totam sustulisti*» (CICERO, *Pro Scauro*, 30).

6 M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 408.

7 L'Organo giudicante dovrà giudicare *ex Actis et probatis*.

prova e disciplina poteri, oneri, modi e tempi di realizzazione. Atteso che il complesso di queste attività presenta elementi più o meno omogenei, modulati su diversi aspetti ed originati dalla distinzione tra Sistemi processuali, le modalità di realizzazione dell'Istruttoria nel Processo civile (inteso in questo contesto come "non penale"), oltre che espressione di mera tecnica giudiziale, costituiscono l'immagine speculare nella quale si riflettono principi e valori, caratteristiche e, in modo particolare, fini o scopi di un determinato Ordinamento giuridico processuale o Ordinamenti tra loro affini<sup>8</sup>.

Pertanto un'indagine comparativa che abbia per oggetto principalmente i consueti modelli processuali<sup>9</sup> di *common Law* e di *civil Law*, pur mettendo in luce le reciproche interferenze determinate dal generico fenomeno della circolazione dei modelli<sup>10</sup>, non può eludere l'entità delle differenze qualitative e quantitative tuttora sussistenti tra di essi, tra cui si annoverano le distinte finalità perseguite nel corso del Giudizio, mediate dalla fase istruttoria<sup>11</sup>. Tutto questo è ancor più evidente con riferimento all'Istruzione probatoria condotta nel Processo canonico. Quest'ultimo, infatti, pur collocato nell'alveo dei Sistemi di *civil Law*, essendo dotato di peculiarità intrinseche rispetto alla stessa matrice originaria del Processo romano-canonico, oltre che offrire utili elementi di confronto e altrettanto valide prospettive di impianto – in altri Sistemi – di Istituti connotati dal forte connubio tra genuina tecnica processuale

---

8 Cfr. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, (M. CAPPELLETTI, cur.) Napoli, 1965, 447.

9 Secondo quanto la dottrina evidenzia, «un modello processuale [...] nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche. Combinazione variabile soprattutto in funzione della varietà delle scelte ideologiche, dato che la tecnica, in sé considerata, è neutra oltre che vuota» (M. TARUFFO, *Cultura e Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIII [2009], 71).

10 Questo fenomeno è stato particolarmente approfondito da Elisabetta Grande con specifico riferimento al modello processuale penale. L'autrice afferma che «a partire soprattutto dal secondo dopoguerra, il modello privatistico nord-americano si presenta, infatti, quale oggetto di una vasta diffusione all'estero (dal Giappone, ad Israele, alla Russia, al Continente africano, all'America Latina), ma soprattutto [...] nei Sistemi europei, tradizionalmente abituati ad esportare, non ad importare, i propri modelli culturali; il modello penalistico statunitense, viceversa, attraverso attualmente una fase di importazione dall'estero e non è mai stato oggetto di circolazione al di fuori dei confini domestici» (E. GRANDE, *Imitazione e Diritto*, 1-3).

Un elemento che, secondo la dottrina più qualificata, comporta la circolazione di un modello piuttosto che di un altro è il prestigio (cfr. R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato*, Torino, 1992, 148).

11 Cfr. M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali*, 30ss. La medesima posizione è sostenuta da Corsini, secondo cui: «le contrapposizioni dogmatiche tra le varie concezioni di Processo, infatti, sono ormai in via di definitivo superamento, grazie alla sempre maggiore "circolazione dei modelli", che favorisce l'aumento delle interferenze tra Sistemi diversi, in conseguenza delle profonde trasformazioni economiche e culturali in atto» (F. CORSINI, *Le proposte di "privatizzazione" dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della "discovery" anglosassone*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LVI [2002], 1274).

e previa valenza etica, si caratterizza per gli scopi conseguiti, che si differenziano, in termini di portata, rispetto ad altri Ordinamenti giuridici.

Ancor più complesso è il tentativo di comparazione tra peculiari Sistemi processuali, a causa di diversità sostanziali determinate da una molteplicità di aspetti, che influiscono in modo decisivo sulle finalità del Processo e sugli stessi modi di accertamento probatorio dei fatti nel corso dell'Istruttoria. La complessità del confronto tra diversi modelli processuali dipende dall'appartenenza degli Ordinamenti processuali a distinte famiglie giuridiche<sup>12</sup>, che, secondo le più recenti ed accreditate classificazioni proposte, sono numericamente ridotte a quattro, rispettivamente corrispondenti alla famiglia romano-germanica (*civil Law*)<sup>13</sup>, alla famiglia di *common Law*<sup>14</sup>, alla famiglia dei Sistemi socialisti<sup>15</sup>, al riferimento omnicomprendivo a Sistemi filosofici o religiosi<sup>16</sup> (comprendenti il

- 
- 12 La definizione di "famiglia giuridica" più pertinente è riportata nel testo di V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. I. Testi e materiali per un confronto civil Law common Law*, Coll. *Strumenti di Diritto comparato*, n. 1, 4 ed., Torino, 2010, 34. Gli autori citano Merryman, secondo cui, atteso che il Sistema giuridico è da intendersi come «un complesso operativo di Istituzioni, Procedure o Norme giuridiche», la tradizione o famiglia giuridica è un insieme di Sistemi giuridici o Ordinamenti che hanno in comune «un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati, sulla natura del Diritto, sul ruolo del Diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un Sistema giuridico, e sul modo in cui il Diritto è o deve essere, creato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il Sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale, lo immette in una prospettiva culturale» (J.H. MERRYMAN, *The civil Law tradition*, Stanford, 1969, 7 e 9 [tr. it.: A. DE VITA, (cur.), *La tradizione di civil Law nell'analisi di un giurista di common Law*, Milano, 1973]).
- 13 Si tratta di una famiglia codificata o di tipo centroeuropeo, alla quale appartengono quasi tutte le Legislazioni dei Paesi dell'Europa continentale occidentale e dell'America Latina e il Diritto canonico. La caratteristica essenziale di questa famiglia consiste nell'influenza del Diritto romano; nel ruolo preminente assegnato alla dottrina; nella prevalenza riconosciuta alla certezza del Diritto (ottenuta mediante la codificazione delle Norme) sulla giustizia e nella concezione del Diritto come regola di condotta e modello di organizzazione sociale. Il Diritto canonico presenta alcune "peculiarità quantitative" rispetto agli Ordinamenti della famiglia di appartenenza (cfr. A.M. ARENA, *Lezioni di Diritto processuale comparato*, Roma, 1975, 55).
- 14 L'Inghilterra, gli Stati Uniti e di molti altri Paesi del Commonwealth britannico appartengono alla famiglia anglosassone o di *common Law*, caratterizzata dall'evoluzione storica gradualmente avulsa dal Diritto romano e «determinata dalla prevalenza della giustizia sulla certezza del Diritto. In tali Ordinamenti, non essendo la Norma codificata, ai fini della produzione del Diritto assumono grande importanza le Decisioni giurisprudenziali (regola dello "stare decisis" o del precedente vincolante). Fra gli Ordinamenti appartenenti a questa famiglia si notano diversità quantitative, soprattutto tra gli USA e l'Inghilterra, ma anche tra l'Australia, il Canada e gli altri Paesi del *Commonwealth*» (Ivi, 56).
- 15 Famiglia di Ordinamenti che in passato si riferivano alla dottrina economico-giuridica marxista (Russia, Cina, Corea del Nord). Gli Ordinamenti di questo tipo, pur essendo codificati, si caratterizzavano per gli obiettivi fissati dal marxismo-leninismo. In tempi recenti si è verificata una sostanziale evoluzione di questa famiglia, che ha mutato alcuni aspetti caratteristici.
- 16 Questo gruppo è piuttosto fluido e comprende Sistemi in cui «l'idea stessa del Diritto e la sua rilevanza si pongono in maniera molto diversa rispetto a tutte le tradizioni occidentali» (V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione*, 39). Il Diritto islamico, per esempio, si ispira ai principi del Corano

Diritto musulmano, indù, ebraico, i Diritti dell'estremo Oriente, dell'Africa nera e del Madagascar)<sup>17</sup>.

Pur avendo subito importanti variazioni nel corso del tempo –non sempre «in grado di cogliere le grandi linee della carta geografica di un mondo profondamente mutato, anche sul piano giuridico»<sup>18</sup>–, la classificazione proposta appare adeguata per esprimere in modo alquanto equilibrato una distinzione pur sempre necessaria. L'entità delle implicazioni giuridiche, culturali ed ideologiche<sup>19</sup> sottese a ciascun modello richiederebbe una previa trattazione mirata di tali questioni, impossibile da effettuare in questa sede nei singoli dettagli.

Perciò i modelli processuali che consentono una più diretta ed agevole illustrazione comparativa sono quelli di *civil Law* e di *common Law*, che nell'Europa del XIII secolo, in seguito al superamento del sistema delle ordalie, hanno acquisito elementi di sostanziale diversità<sup>20</sup>. Pertanto,

«se ora si volesse ipotizzare un confronto tra le conseguenze che la fine delle ordalie produsse in Inghilterra e nell'Europa continentale, potremmo dire che si è verificata una profonda divergenza tra i due Sistemi, a proposito degli strumenti e delle tecniche impiegate per giungere alle decisioni sui fatti della Causa. Questa divergenza può essere considerata come un aspetto rilevante della dicotomia tra Diritto inglese e Diritto romano canonico, che, secondo van Caenegem, cominciò a manifestarsi ai tempi di Enrico II, ossia nella seconda metà del secolo XII»<sup>21</sup>.

---

(dichiarazioni religiose di Maometto) e alle *Sunnah* (comportamenti del Profeta), cfr. V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione*, 34.

17 Sul concetto di “famiglia” di Ordinamenti giuridici si veda: R. DAVID, *Les grand Systemes de Droit contemporain*, 5 ed., Paris, 1973, 614ss.

18 V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione*, 41. Tra i motivi di tali cambiamenti devono essere annoverati: «il crollo dei regimi socialisti dell'Europa orientale, con conseguente venir meno di una delle principali classificazioni tradizionali; il successo dell'ideologia comunista in Cina, l'evoluzione del Diritto giapponese negli ultimi trent'anni; la presa di coscienza del mondo islamico delle proprie peculiarità e l'indipendenza del mondo africano» (*Ibidem*).

19 Infatti «l'ideologia intesa come dottrina politico-economica oppure come credenza religiosa incidente sul Diritto è un altro fattore che impregna di sé lo stile di un dato Ordinamento e ciò è evidente, per esempio, nel Diritto islamico, ed è stato evidente nell'esperienza giuridica socialista» (V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione*, 41).

20 Come afferma Taruffo: «gli eventi che possono essere simbolicamente riferiti al 1215 hanno giocato un ruolo fondamentale, determinando l'evoluzione successiva dei Sistemi probatori e dando luogo ad una differenza tra *common Law* e *civil Law* che era destinata a durare per secoli e che tuttora sussiste. La fine delle ordalie si verificò all'incirca nello stesso periodo e per ragioni analoghe in Inghilterra e sul Continente, ma produsse conseguenze diverse nelle due aree geografiche» (M. TARUFFO, *La semplice verità. Il Giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 23).

21 *Ivi*, 26.

Fino a quell'epoca permaneva la vigenza di un Diritto processuale comune<sup>22</sup> e la disciplina del Processo romano-canonico prevista dalla Chiesa. Tale modello universale di Processo, pur caratterizzato da variazioni determinate da influenze locali, vigea in ogni parte d'Europa, e in particolare in Inghilterra, in Germania, in Francia, in Spagna ed in Italia nella sua struttura essenziale<sup>23</sup>; infatti nelle Corti inglesi –la cui prassi in seguito costituì la matrice storica degli Ordinamenti di *common Law*– il Diritto canonico rappresentò la base iniziale ed essenziale del Processo<sup>24</sup>. A questo modello piuttosto articolato si aggiungeva la disciplina specifica degli *Ordines Probationum*, diretti a trattare il Diritto delle Prove<sup>25</sup> da seguire concretamente nella prassi giudiziale. In definitiva, il Processo romano-canonico

«era concepito come un meccanismo logico che funzionava in modo efficiente e come un'attività razionale alla quale le parti ed il Giudice partecipavano con lo scopo fondamentale di accertare la verità dei fatti sulla base delle Prove, come condizione per la pronuncia di una Sentenza giusta»<sup>26</sup>.

Il ruolo esplicito dal Diritto della Chiesa ha assunto un'efficacia decisiva, che si è dispiegata nel corso dei secoli, fino a costituire un indelebile substrato giuridico comune per le Nazioni del vecchio Continente. Come a riguardo afferma Damaška:

«nonostante le Nazioni dell'Europa continentale, dopo la scomparsa della Prova di Diritto romano canonico non abbiano più condiviso un regime probatorio comune e vi sia, in epoca attuale, una notevole ampiezza di differenze interne tra vari Sistemi<sup>27</sup>, la *forma mentis* acquisita dopo il rigetto della Prova di tipo romano-canonico e una certa affinità degli Istituti processuali hanno esplicito un importante influsso unificatore. Le tendenze fondamentali del Diritto probatorio

---

22 Denominato “*Ordo Iudiciorum*” e nato dalla commistione tra elementi romani tratti dal *Corpus Iuris* giustiniano.

23 M. TARUFFO, *La semplice verità*, 27.

24 Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del Diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Bologna, 2007, 371ss. Sull'origine continentale della *common Law* si veda: R.C. CAENEGEM, *I Sistemi giuridici europei*, Coll. *Le vie della civiltà*, Bologna, 2003, 10.

25 Cfr. W.K. NÖRR, *Ordo Iudiciorum und Ordo iudiciarius*, in W.K. NÖRR, *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozess in Europa*, Goldbach, 1993, 7.

26 M. TARUFFO, *La semplice verità*, 30.

27 Secondo Taruffo, «il consueto riferimento al Processo romano-canonico come la base costante degli Ordinamenti processuali continentali non è fondamentalmente errato, se serve a segnalare alcuni caratteri molto generali del Processo civile di Diritto come la scrittura, la durata e la non concentrazione, ma non può nascondere le grandi e profonde differenze che hanno segnato per secoli questi Ordinamenti» (M. TARUFFO, *Aspetti Fondamentali*, 39).



europeo sono condivise, ed in tal senso possono essere proficuamente raffrontate con quelle degli Ordinamenti di *common Law*»<sup>28</sup>.

## 1. LE FINALITÀ DEI VARI MODELLI PROCESSUALI

Poiché i diversi modi di concepire gli scopi del Processo condizionano e incidono sullo stesso Diritto probatorio<sup>29</sup>, è fondamentale considerare i presupposti culturali e le ideologie sottese ai diversi tipi di modelli processuali e le finalità peculiari che ciascuno di essi persegue<sup>30</sup>; non a caso, infatti, si può affermare che la forma più o meno appropriata delle Indagini sui fatti dipende in larga misura dal loro scopo. Pertanto, al fine di comprendere alcuni aspetti rilevanti dei modelli processuali, non si può prescindere da considerazioni di carattere metagiuridico del fenomeno probatorio<sup>31</sup> che hanno permeato e con-

28 M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto delle Prove alla deriva*, (tr. it.: F. CUOMO ALLOA - V. RIVA, curr.) Bologna, 2003, 17 (orig.: M.R. DAMAŠKA, *Evidence Law adrift*, New Haven-London, 1997).

29 Secondo l'indagine comparatistica, «non solo esistono diversi modelli processuali, ossia diversi modi di concepire e configurare il Processo, ma anche che ognuno di questi modelli è coerente con una specifica ideologia della giustizia civile, e si colloca in un contesto politico e culturale, oltre che economico e persino etico, diverso» (M. TARUFFO, *Cultura e Processo*, 71).

30 Quando si prendono in considerazione gli scopi che il Processo civile dovrebbe perseguire, «si tratta [...] di scelte che si collocano sul piano della politica del Diritto e della cultura sociale prevalente nel sistema giuridico in questione. In altri termini, queste scelte sono essenzialmente ideologiche, essendo influenzate dai valori che si ritengono dominanti e degni di essere attuati in un determinato contesto socio-politico, prima che giuridico» (*Ivi*, 70). Infatti, secondo lo stesso autore, le funzioni del Processo possono essere varie. Tra queste si annoverano l'attuazione di valori, la tutela di diritti, il compimento di scelte economiche, la manifestazione dell'autorità dello Stato, ecc. Di conseguenza, le prospettive che danno maggior risalto a una piuttosto che ad un'altra di queste funzioni consentono di individuare diverse ideologie del Processo (cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 136).

31 La consapevolezza della necessità del ricorso in materia probatoria anche a cognizioni o Discipline metagiuridiche (quali la Logica, l'Epistemologia, ecc.) è particolarmente avvertita da parte dei più autorevoli processualisti. Si veda a riguardo: M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 2 e ss.; M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LII (1995), 786. In epoca meno recente diversi autori hanno considerato ugualmente opportuno il riferimento a discipline metagiuridiche nello studio della Prova giudiziaria. Tra questi si annoverano: M. PESCATORE, *Teoria delle Prove civili e criminali*, Torino, 1847; P. CALAMANDREI, *La genesi logica della Sentenza civile*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, 11ss.; P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel Processo civile*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, V, 615ss. Oltre agli autori indicati e ad altre singolari eccezioni, la dottrina processualistica italiana tende generalmente ad escludere questo tipo di interferenza, con evidenti ripercussioni in merito all'uso impreciso di concetti quali "verità" e "certezza"; a riguardo si veda: M. TARUFFO, *La prova dei fatti*, 317, nota n. 47. Nei Sistemi di *common Law* è invece imperante la concezione secondo cui la Prova giudiziaria si sviluppa principalmente nell'ambito della Logica e nel campo della razionalità, mostrando l'evidente necessità del ricorso a Scienze diverse dal Diritto. Si veda a riguardo: J. BENTHAM, *Traité des Preuves judiciaires*, (Ét. DUMONT, cur.) Bruxelles, 1840. Per trattazioni relativamente più recenti in merito si vedano: J.B. THAYER, *A preliminary treatise on*

tinuano ad esercitare un decisivo influsso sulla prassi<sup>32</sup> conferendole connotati storici ed evolutivi ben precisi. In quest'ottica, la principale differenziazione di base esistente tra *common Law* e *civil Law* riguarda la concezione “*adversarial*” del Processo civile<sup>33</sup>, contrapposta all'archetipo “*non adversarial*”, c.d. “*inquisitorial*”<sup>34</sup>: la prima fa capo alla tradizione anglosassone<sup>35</sup> ed americana, pur con decisive variazioni all'interno di ciascuna di esse rispetto al Sistema processuale comune di riferimento<sup>36</sup>; il secondo, includendo molteplici aspetti

---

*Evidence at the common Law*, New York (NY), 1969; W. TWINING, *Evidence and legal theory and common Law*, Oxford, 1986.

- 32 Il riferimento alle Discipline metagiuridiche nell'accertamento del fatto è espresso da: S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle Prove*, in *Rivista di Diritto processuale*, XL (1985), 481ss.
- 33 Tra le diverse concezioni degli scopi del Processo imperanti in Europa e nelle giurisdizioni angloamericane, l'idea dominante è quella secondo cui nei Sistemi di *common Law* è stato accolto uno scopo unico ed omnicomprensivo del Processo, mentre nel pensiero europeo sono stati sempre distinti gli scopi della giustizia civile da quelli propri della giustizia penale (cfr. M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 160).
- 34 «Nella grande antitesi accusatorio/inquisitorio, al significato tecnico [...] si aggiunge una connotazione suggestiva, alimentata dalla storia: l'accusatorio evoca una scelta civile che tutela insieme garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale, mentre l'inquisitorio rinvia ad un assetto autoritario che calpesta le prime in nome delle seconde». P. FERRUA, *I poteri probatori del Giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in P. FERRUA, *Studi sul Processo penale*, III, Torino, 1997, 34. Alcuni autori affermano che nessun Sistema giuridico può essere interamente inquisitorio o accusatorio, essendo stata eccessivamente enfatizzata la classificazione del *common Law* come accusatorio e del *civil Law* come inquisitorio, con conseguente impossibilità delle parti di difendersi o di dedurre Prove. Si veda sul punto quando argomentato da: J.A. JOLOWICZ, *On civil Procedure*, Cambridge, 2000, 175-182; M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del Processo*, (tr. it.: A. GIUSSANI - F. ROTA, cur.) Bologna, 1991, 2-3 (orig.: M.R. DAMAŠKA, *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal Process*, New Haven, 1986). A riguardo la dottrina ha precisato che anche i Sistemi qualificati come *inquisitorial* non sono propriamente inquisitori ma misti. In merito si veda quanto espresso da: M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'“adversary system”*, in *Rivista di Diritto processuale*, XXXII (1977), 600-601. La contrapposizione tra *adversary system* ed *inquisitorial system* ai fini dell'analisi dei tratti differenziali caratterizzanti il Processo di *common Law* e quello di *civil Law* è stata critica dalla dottrina americana, che ritiene più appropriato distinguere i due Sistemi sulla base del diverso significato che in ciascuno di essi viene attribuito alla decisione. In tale prospettiva si contrappone il c.d. “*hierarchical model*” dell'area di *civil Law* al c.d. “*coordinate model*” dell'area di *common Law* (cfr. M.R. DAMAŠKA, *Structure of authority and comparative criminal Procedure*, in *Yale Law Journal*, LXXXIV [1975], 481-526).
- 35 I principi che, fino alla innovativa riforma del 1998, hanno retto la Procedura civile inglese sono illustrati da: M. CAPPELLETTI - J.A. JOLOWICZ, *Public interest parties and the active role of the Judge in civil litigation*, Milano-New York, 1975, 182ss; J.I.H. JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995, 24ss. (orig.: J.I.H. JACOB, *The fabric of english civil Procedure*, London, 1987); J.I.H. JACOB - G.C. HAZARD - J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, 4 ed., Boston-Toronto-London, 1992, 4ss.
- 36 La differenziazione tra *common Law* inglese e *common Law* statunitense può essere fatta risalire al momento in cui, alla fine del XIX secolo, Christopher Columbus Langdell fondò, presso la *Harvard Law School*, “l'Accademia americana”, che, recependo la metodologia tipica della pandettistica tedesca, determinò una rivoluzione all'interno delle Fonti del Diritto e la recezione del metodo dogmatico (cfr. E. GRANDE, *Imitazione e Diritto*, 15ss.).

del modello generale di *civil Law*, è tipico dei Sistemi continentali di origine romanistica ed implica modi di intendere il Processo, criteri strutturali e scopi sostanzialmente diversi o alternativi a quelli caratteristici del c.d. *adversary system of litigation*. Benché tali nomenclature permangano inalterate, recentemente si assiste a un'evoluzione interna ai vari modelli che, determinando la perdita di connotati tradizionali, ha prodotto il venir meno delle rigide e consolidate contrapposizioni dogmatiche, con decisive conseguenze sulla struttura stessa della fase istruttoria.

## 2. LE FINALITÀ DELL'ADVERSARY SYSTEM

Nonostante l'espressione "*adversary system of litigation*" sia di fatto in traducibile e priva di un significato preciso<sup>37</sup>, essa

«designa al contempo qualcosa di più e qualcosa di meno di un modello processuale. Il qualcosa in più è dato dal fatto che l'*adversary system* incorpora un'ideologia complessiva del Processo e della giustizia, che a sua volta è strettamente connessa con opzioni ideologiche più generali. Il qualcosa in meno è dato dal fatto che l'*adversary system* non definisce un modello processuale compiuto (non copre cioè tutti gli aspetti del Processo, e neppure tutti gli aspetti che ne definiscono la struttura fondamentale), ma investe soltanto la soluzione di alcuni problemi [...]. Malgrado queste ed altre incertezze, l'idea dell'*adversary system* costituisce una vera e propria idea base del Processo anglo-americano»<sup>38</sup>.

Tale idea base, consolidatasi definitivamente tra il 1700 ed il 1800, ingloba posizioni politiche e giuridiche che, ricomprese in un preciso orizzonte ideologico, rappresentano la trasposizione, nell'ambito dell'Ordinamento processuale<sup>39</sup>, delle nozioni del Liberalismo classico inglese, imperante in quel determinato periodo storico e contrassegnato da una ideologia individualistica,

---

Sulle caratteristiche del Processo civile *adversary* nella versione americana si veda: M. TARUFFO, *Il Processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979; J.H. FRIEDENTHAL - M.K. KANE - A.R. MILLER, *Civil Procedure*, 2 ed., St. Paul (MN), 1992, 2-3. Un'opera apologetica dell'*adversary system* è il testo: S. LANDSMAN, *The adversary system. A description and defense*, Washington-London, 1984.

37 Cfr. M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 3.

38 M. TARUFFO, "Diritto processuale civile dei Paesi anglosassoni", in *Digesto delle discipline private. Sezione civile*, VI, Torino, 1990, 339.

39 Non sono rilevanti le ideologie politiche in sé, quanto piuttosto la loro interazione con l'amministrazione della giustizia. Le ideologie politiche assumono infatti un rilievo a livello organizzativo in connessione con la funzione che lo Stato si attribuisce (cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 32).

fortemente competitiva<sup>40</sup>. La suddetta concezione individualistica, al culmine del Liberalismo ottocentesco, è stata esaltata al punto tale da ritenere le controversie civili come la prosecuzione di rapporti privati o quali trattative che si svolgono nel contesto giudiziario<sup>41</sup>. Inoltre il principio della libera iniziativa individuale imperante nel settore economico ha costituito un paradigma di riferimento in grado di incidere anche sulla concezione del Processo<sup>42</sup>, inteso come il contesto ideale nel quale ha luogo il libero scontro tra le parti<sup>43</sup>. Allo stesso modo, altri aspetti del Liberalismo classico inglese, quali l'Etica individualistica e il principio del "laissez faire" predicati da Jeremy Bentham, costituiscono il profilo etico-politico che giustifica la configurazione sostanziale dell'*adversary system*<sup>44</sup>, a cui si unisce la concezione secondo cui spetterebbe allo Stato, concepito come astensionista<sup>45</sup>, «fornire ai privati il supporto istituzionale nel quale possono perseguire i loro interessi»<sup>46</sup>. Questa funzione così peculiare si riverbera nel modo stesso di concepire l'amministrazione della giustizia, caratterizzata da un assetto tipico: un libero scontro tra contendenti, che nel rispetto delle regole, si sfidano dinnanzi ad un Organo giudicante passivo<sup>47</sup>, dotato del ruolo di mero arbitro<sup>48</sup>, ovvero garante della correttezza

40 Cfr. S. LANDSMAN, *The Adversary*, 18ss. e, in particolare, 24.

41 Cfr. W.K. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, 25 e 48.

42 «Essa rappresenta la base fondamentale dell'*adversary system* angloamericano in particolare nella sua versione statunitense, nella quale la struttura del Processo si incardina sulla logica della competizione individuale». M. TARUFFO, *La Prova nel Processo civile*, in A. CICU - F. MESSINEO (dirr.), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, (cont. L. MENGONI, cont. P. SCHLESINGER) XIV, Milano, 2012, 107.

43 Cfr. A. RAPOPORT, *Theories conflict resolution and the Law*, in M.L. FRIEDLAND (ed.) *Courts and Trials. A multidisciplinary approach*, Toronto-Buffalo, 1975, 26ss.

44 Il riferimento all'Etica sociale nordamericana è espresso da: R.A. KAGAN, *Adversarial legalism. The american way to Law*, Cambridge-Mass-London, 2001, 99ss.

45 Per il contenuto dell'espressione "reactive State" si veda: M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 77ss.

46 M. TARUFFO, "Diritto processuale", 339. In questo caso si evidenzia una concezione peculiare dello Stato, che ha il dovere di garantire la stabilità dell'apparato istituzionale all'interno del quale i privati possono liberamente scontrarsi per il perseguimento dei loro interessi economici.

47 Spesso rappresentato, nella letteratura, come la statua immobile e bendata della giustizia (cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 188). Secondo una parte della dottrina, la passività del Giudice di *common Law* non deve ritenersi il frutto di una «consapevole scelta teorica e politica fra due contrapposti ed equivalenti "modelli" di Istruzione probatoria», ma deve essere piuttosto intesa come un «fenomeno storicamente connesso con la evoluzione del giudizio di fatto ad un Organo, quale la Giuria, che originariamente non si era configurato come *trier of fact*, e dunque coautore della decisione, bensì esso stesso come fonte di prova» (B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del Giudice civile. Premessa storico-critica*, in B. CAVALLONE, *Il Giudice e la Prova nel Processo civile*, Padova, 1991, 11, nota n. 13).

48 Questa prerogativa dell'Organo giudicante inteso quale arbitro è stata illustrata nel secolo scorso da due autori, i quali, nel descriverne le caratteristiche, hanno contrapposto l'immagine dell'«uomo di Scienza che svolge ricerche di laboratorio e utilizza i metodi più adatti per la soluzione dei problemi e per la scoperta della verità» a quella del Giudice come «arbitro dei [...] giochi inglesi, che sta lì, non ad escogitare metodi per saggiare la forza dei contendenti, ma solo a controllare che

dello scontro<sup>49</sup>. Il modello puro di *adversary system* si struttura infatti sulla dinamica di un Processo affidato interamente alle parti, dotate del monopolio esclusivo delle iniziative probatorie<sup>50</sup>, cui fa da contrappeso un Giudice “*umpire*”<sup>51</sup>, privo di poteri circa lo svolgimento del Processo<sup>52</sup>, cui incombe il principale dovere di raggiungere il verdetto<sup>53</sup>. Questa configurazione postula un’idea singolare di giustizia, non più corrispondente a una connotazione che qualifica l’esito prodotto dal Processo, ma coincidente in linea generale con la correttezza (=fairness) stessa del Procedimento con cui la giustizia viene amministrata<sup>54</sup>. Tale correttezza implica il necessario conferimento alle parti di un’identica opportunità per far valere le proprie ragioni<sup>55</sup>. Pertanto

---

siano osservate le regole del gioco» (F. POLLOCK - F.W. MAITLAND, *The history of english Law*, II, 2 ed., Cambridge, 1898 [rist. 1968], 670-671; la traduzione italiana è riportata nella citazione di B. CAVALLONE, *I poteri*, 11, nota n. 13).

- 49 Cfr. M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 77. Come è stato sostenuto: «*the problem of reciprocal roles of the Judge and the parties in civil litigation, undoubtedly the central problem of any system of civil Procedure, unveils the close link between civil Procedure and the changing solutions of some of the most crucial political and ideological issues of human history. The prevailing laissez faire approach of the nineteenth-century supported the Philosophy of a passive and detached Judge, whereas increasing judicial activism in our century reflects in the field of civil Procedure a political attitude favouring growing state intervention in the socio-economic problems of individuals and society*» (M. CAPPELLETTI, *The judicial Process in comparative perspective*, [P.J. KOLLMER - J.M. OLSON, eds.] Oxford, 1989, 252-253).
- 50 Per Damaška, il modello *adversary* è quello «*in which procedural Action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive [...] (and in which) litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof*» (M.R. DAMAŠKA, *Evidence Law*, 74).
- 51 L’immagine dell’Organo giudicante come quella di un arbitro che assiste imperturbabile, in una condizione di neutralità e d’imparzialità allo scontro dialettico tra le parti, rappresenta, secondo la dottrina più autorevole, il nucleo significativo dell’*adversary system* (cfr. J.A. JOLOWICZ, *The active role of the Court in civil litigation*, in M. CAPPELLETTI - J.A. JOLOWICZ, *Public interest*, 188ss.). Di recente la dottrina moderna ha criticato tale assioma, sottolineando che: «*the passive umpire is a creature of theory rather than practice*» (J. MC EWAN, *Evidence and the adversarial Process. The modern Law*, Oxford, 1992, 14). Un maggiore coinvolgimento del Giudice è sottolineato anche in alcuni scritti di autori inglesi e nordamericani: cfr. K. EVANS, *Advocacy at the bar: a beginner’s guide*, London, 1983, 91; A.R. MILLER, *The adversary System: dinosaur or phoenix*, in *Minnesota Law Review*, LXIX (1984), 7ss.
- 52 «Egli controlla che sia rispettata la *fairness*, ma non può decidere se e quando incominciare o finire un Procedimento, né ha il potere alcuno d’ingerenza sui fatti della Causa, sulle Prove, sull’andamento stesso del Processo, il cui controllo è rimesso in via esclusiva alle parti». L. PASSANANTE, *La riforma del Processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LIV (2000), 1368.
- 53 Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 30-32. Il Giudice, al fine di rispettare il c.d. *due process of Law*, dovrebbe necessariamente «*leave the parties to their own devices*» (G.W. PATON, *A textbook of Jurisprudence*, 4 ed., [D.P. DERHAM, ed.] London, 1972, 602).
- 54 Cfr. C. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge-Mass, 1971, 83ss.
- 55 «In questa prospettiva è giusta per definizione la decisione che deriva da un Processo giusto, ed il Processo è giusto se è fondato esclusivamente sulla libertà e l’autonomia delle parti». M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 105. In definitiva, «alla passività del Giudice, ossia dello Stato, fa così da contrappunto una concezione della giustizia che si basa sulla “*fairness*” delle regole e non sulla

«il concetto di *procedural justice* viene a trovarsi in una correlazione particolarmente stretta con la concezione *adversary* del Processo, ed anzi ne esprime il nucleo fondamentale, ossia il convincimento che sia giusto ciò che è *fair* e che sia *fair* ciò che risulta dalla libera competizione individuale»<sup>56</sup>.

In assenza di un'idea di giustizia sostanziale, la giustizia processuale si realizza mediante il monopolio esclusivo delle iniziative istruttorie di cui le parti godono: esse prendono parte alla competizione giudiziaria giocando liberamente le loro carte<sup>57</sup>. La teoria che assimila il Processo ad una sorta di competizione sportiva (*sporting theory of justice*)<sup>58</sup> tra le parti, ad un esasperato scontro dialettico<sup>59</sup> in cui il ruolo del Giudice sia ridotto a quello di un mero sanzionatore delle violazioni delle regole del gioco<sup>60</sup>, implica che la finalità del Processo stesso sia esclusivamente quella di risolvere la controversia assegnando la vittoria a quello tra i contendenti, che, dimostrando di essere più abile, o dotato di una più costosa ed agguerrita difesa tecnica, sia riuscito a sconfiggere l'altro<sup>61</sup>. In tale prospettiva si ritiene che il vincitore della contesa

---

possibilità da parte dell'Organo pubblico di individuare la verità» (E. GRANDE, *Imitazione e Diritto*, 93).

56 M. TARUFFO, "Diritto processuale", 340.

57 Cfr. M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 105.

58 Una teoria diffusa soprattutto nella cultura nordamericana (cfr. M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 178). Lo stile competitivo esistente anche nella cultura processuale anglosassone è stato descritto in questi termini: «[the adversary system] introduces an element of sportsmanship or gamesmanship into the conduct of civil proceedings, and it develops the propensity on the part of Lawyers to indulge in procedural manoeuvres» (J.I.H. JACOB, *The fabric*, 16). Nei primi anni del 1900 la stessa dottrina nordamericana iniziò a porre in evidenza alcuni difetti riscontrabili nella c.d. "*sport theory of justice*" del Processo civile, caratterizzato dalla tendenza degli Avvocati a confondersi l'un l'altro, nascondendo la propria strategia difensiva e le informazioni a loro disposizione. In tale prospettiva il Processo è stato efficacemente descritto come una lotta tra galli, la cui vittoria è assegnata al gallo difeso dall'Avvocato più coraggioso, dotato dello sperone più grande: «the common Law originally was very strict in confining each party to his own means of proof, and, as it has been expressed, regarded a trial as a cock-fight, wherein he won whose advocate was the gamest bird with the largest spur» (R. POUND, *The Causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, in *American Law Review*, XL [1906], 739). Alcuni autori hanno rigettato la critica rivolta all'*adversary system*, consistente nella qualifica del Processo come una vera e propria competizione; secondo costoro «il Processo è una competizione in qualunque sistema processuale [...] anche nei Sistemi di *civil Law*» (G.C. HAZARD - M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, 122).

59 Lo stile competitivo nel Processo civile inglese è stato descritto in questi termini: «you have two adversaries in every civil dispute: someone asserting a right, someone denying it. Someone contending for one thing, someone contending against it» (S.H. BAILEY - J. CHING - M.J. GUNN - D. ORMEROD, *Smith, Baley and Gunn on the modern english legal system*, 4 ed., London, 2002, 1013).

60 Secondo la dottrina, se il Giudice non limitasse la sua attività al controllo della *fairness* dello scontro, la sua imparzialità sarebbe messa in pericolo, con il conseguente venir meno dell'uguaglianza delle parti dal punto di vista del *due Process of Law* (cfr. M. TARUFFO, *La ricerca della verità*, 597).

61 «La spinta che è tipica del dibattito *adversary* nordamericano, a trascurare la verità storica pur di raggiungere un risultato: "vincere la Causa"». M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 178.



abbia effettivamente ragione e che la verità sia quella di fatto corrispondente alla versione dei fatti presentata dalla parte vittoriosa. Tuttavia, nonostante il libero scontro processuale tra le parti venga da alcuni propugnato quale metodo migliore per conseguire la scoperta della verità<sup>62</sup>, il Processo *adversarial* non è, per sua intrinseca struttura, orientato a tale ricerca<sup>63</sup>. Infatti,

«non può sorprendere, [allora,] che in un modello di questo genere non abbiano alcuna rilevanza la qualità e il contenuto della decisione che chiude il Processo, poiché la sua funzione è solo quella di registrare la vittoria di una parte e la sconfitta dell'altra. Di conseguenza se la decisione corrisponda o non corrisponda alla verità dei fatti è del tutto irrilevante: la ricerca della verità nel Processo viene anzi vista come uno spreco di attività, di tempo e di danaro»<sup>64</sup>.

Per contro: affermando il principio secondo cui la verità costituisce una condizione necessaria della giustizia della decisione, un evidente obiettivo che il Processo deve tendere a realizzare<sup>65</sup>, la dottrina più qualificata, con valide

62 Alcuni autori sostengono che il modo migliore per scoprire la verità non dipende dall'iniziativa del Giudice –determinato esclusivamente dal dovere di ufficio– ma consiste nel lasciare l'iniziativa probatoria esclusivamente alle parti, le quali, meglio di altri, hanno un interesse prioritario alla vittoria, da conseguire attraverso una sapiente e mirata produzione delle Prove nel Processo (cfr. S. LANDSMAN, *The adversary*, 5 e 36).

Pierce ha contestato l'idea secondo cui «lo scontro tra gli opposti pregiudizi giova alla conquista della verità» (C.S. PERCIE, *Opere*, [M.A. BONFANTINI, cur.] Milano, 2003, § 2635, 470).

63 Sul punto appare illuminante l'articolata disamina compiuta da: M. TARUFFO, *La ricerca della verità*, 602ss.

64 M. TARUFFO, *La verità nel Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXVI (2012), 4, 1122. Il rapporto tra Processo e accertamento della verità materiale registra diverse opinioni. I teorici sostenitori della c.d. *procedural justice* ritengono la qualità e il contenuto della decisione del tutto irrilevante, in quanto il concetto di giustizia deve essere riferito solo al Procedimento e non alla decisione che lo conclude; secondo tale orientamento la decisione sarà legittimata a motivo del rispetto delle Norme di rito che la regolano il Processo e non in funzione del contenuto (cfr. G. VIDIRI, *Giusto Processo, accertamento della verità materiale ed "imparzialità" del Giudice*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXVI [2012], 4, 1555).

Il modello che considera l'Istruzione probatoria e il Processo semplicemente come un rituale, dotato di una funzione marginale e simbolica, è diretto a far credere alle parti e alla società che giustizia viene fatta, ovvero è finalizzato «ad inviare all'ambiente sociale di riferimento un messaggio relativo a come seriamente si amministra la giustizia, e quindi a legittimare la decisione; ne segue che –una volta di più– la qualità e il contenuto specifico della decisione che conclude il Processo sono sostanzialmente irrilevanti; essa viene legittimata dal Procedimento, non da ciò che dice. Ne segue che la verità dell'accertamento dei fatti su cui si fonda la decisione è –una volta di più– irrilevante, e quindi non può essere inclusa tra gli scopi verso i quali il Processo è orientato» (M. TARUFFO, *La verità nel Processo*, 1122-1123). Sul punto si veda anche, in modo più specifico: A. GARAPON, *Del giudicare. Saggi sul rituale giudiziario*, Milano, 2007.

65 Cfr. M. TARUFFO, "Art. 115", in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del Giudice*, Coll. *Commentario del Codice di Procedura civile. Libro primo: Disposizioni generali - Artt. 112-120*, (S. CHIARLONI, cur.) Bologna, 2011, 473.

motivazioni, ha sempre negato che il modello ideale dell'*adversary system*<sup>66</sup> rappresenti un metodo efficace per l'accertamento della verità dei fatti. Ciò in quanto tale eventualità è ritenuta del tutto irrilevante, se non addirittura controproducente, essendo la verità un vero e proprio disvalore, un *nonsense*<sup>67</sup>. Infatti il modo di intendere il Processo che mostra una stretta connessione con l'ideologia liberale e con la concezione del "*reactive state*"<sup>68</sup> –di cui l'*adversary system* rappresenta un modello ideale–, non persegue l'attuazione di Norme o criteri di giustizia, ma ha come unico scopo la risoluzione di conflitti individuali di interessi privati, dando luogo al c.d. *conflict type of Proceedings*<sup>69</sup>. Come è stato ben evidenziato, un Processo inteso come un mero affare privato dei contendenti (o dei loro Avvocati) risulta in conflitto con le garanzie di uguaglianza non solo formale, ma reale delle rispettive parti nel contraddittorio<sup>70</sup>; viceversa una attività di accertamento del fatto realizzata in modo competitivo richiede sempre che le due parti confliggenti nel Processo siano «grosso modo eguali»<sup>71</sup>. Inoltre la distorta polarizzazione delle questioni, ovvero il confronto esasperato tra due punti di vista contrapposti, fondato sul metodo dell'asserzione e della confutazione, non costituisce un vantaggio<sup>72</sup> né può essere ritenuto un espediente funzionale al raggiungimento della verità.

Nonostante alcune decisive riforme intervenute nel Processo civile inglese<sup>73</sup> abbiano sensibilmente modificato l'assetto dei ruoli, ridimensionan-

---

66 «La storia dimostra che l'*adversary system* non è mai stato un metodo efficace per la scoperta della verità e che il libero scontro tra le parti non è un buon metodo per conseguire un accertamento veritiero dei fatti». M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 109.

67 Come è stato sostenuto: «un Processo diretto a massimizzare lo scopo della risoluzione dei conflitti non può aspirare contemporaneamente a massimizzare l'esattezza dell'accertamento del fatto» (M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 212).

68 Questa concezione è stata raffigurata da Damaška, il quale sostiene che, tra gli schemi di riferimento dell'*adversary system* vi sia anche l'idea di fondo di uno Stato astensionista, teso a fornire ai privati solo il supporto istituzionale finalizzato a perseguire i loro interessi privati. In tale prospettiva si giustifica la struttura di un Processo quale luogo del libero scontro tra le parti, alla presenza di un Giudice configurato quale arbitro, garante della correttezza della competizione tra privati (cfr. M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 77).

69 Cfr. *ivi*, 97ss.

70 «A conception of procedure as a merely private affair of the parties –or, possible worse, of their Advocates– can be, an indeed frequently is, in conflict with the guarantee of a real, non merely a formal, equality of parties». M. CAPPELLETTI, *The judicial Process*, 252. Nel modello *adversarial* puro una delle parti in Giudizio deve controllare l'altra. Tuttavia, com'è stato evidenziato, tale *modus agendi* non è funzionale all'accertamento della verità e lo scontro tra le parti è inadeguato a garantire l'efficienza del Procedimento (cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 230).

71 M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 148.

72 Secondo i sostenitori di questa teoria, in modo figurato «i due fasci di luce [...] sono simili ad un laser che trafigge la nebbia dell'incertezza più efficacemente di quanto potrebbero fare strategie di assunzione delle prove meno precise, più aperte e più neutrali» (*Ivi*, 146).

73 Nel 1999 il Processo civile inglese è stato investito da un'importante riforma, avvenuta in seguito



do la forte conflittualità tra le parti ed incrementando i poteri del Giudice<sup>74</sup> –fino al punto da indurre alcuni a chiedersi se esso continui ancora a «rappresentare una manifestazione storica e contingente del modello di *adversary system* o se ne sia definitivamente affrancato»<sup>75</sup>–, le finalità essenziali perseguite permangono di fatto inalterate, pur in presenza di importanti correttivi rispetto alla parallela Procedura *adversarial*, tuttora dominante nel modello nordamericano<sup>76</sup>. Infatti nel Processo anglosassone l'obiettivo dell'accertamento veritiero dei fatti viene ritenuto definitivamente assolto mediante la corretta applicazione del Diritto sostanziale alla questione controversa dedotta in Giudizio<sup>77</sup>; perciò

«la riforma tende non a raffinare ulteriormente gli strumenti di ricerca della verità e le tecniche decisorie, bensì prevede invece di dare giustizia a tutti, più rapidamente ed economicamente, in modo da essere effettivamente fruibile»<sup>78</sup>.

D'altro canto, anche lo scontro competitivo tra due versioni unilaterali ostentato dalla versione *adversarial* del Processo nordamericano<sup>79</sup> –pur di

ad un rapporto sullo stato della giustizia inglese effettuato dal Lord Cancelliere (Lord Woolf) e tradottasi nell'emanazione di un vero e proprio Codice di Procedura civile (“*Civil Procedure Rules 1998*”): uno strumento eccezionale rispetto alla tradizione della *common Law*, intervenuto per conferire un nuovo assetto alla struttura e alle funzioni del Processo (cfr. C. CRIFÒ, *La riforma del Processo civile in Inghilterra*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LIV [2000], 511-528).

- 74 «Il nuovo Codice, invero, ha introdotto più o meno esplicitamente alcuni principi che appaiono disomogenei rispetto a quelli che fino ad oggi in Inghilterra hanno retto la Procedura civile: si allude ad un contesto –che ormai pare appartenere al passato– in cui le parti ed i loro Avvocati rivestivano non solo un ruolo essenziale nel dare impulso iniziale al Processo, ma detenevano sostanzialmente l'esclusiva anche sul suo svolgimento [...]. Più ampiamente, il disegno attuato con il *Civil Procedure Rules 1998* manifesta il venir meno della fiducia un tempo riposta nel principio in forza del quale la libertà delle parti sarebbe in grado di garantire al sistema di sicura efficienza e si traduce nell'attribuzione al Giudice di non pochi poteri, la cui ampiezza e rilevanza hanno fatto –a torto o a ragione– gridare al tradimento dei valori di base dell'*adversary system*». (L. PASSANANTE, *La riforma*, 1354). A ciò si può aggiungere quanto segue: «*an example of this trend toward a more active role of the Judge and attribution of investigatory functions to him, in the England context, is shown in the proposal for small courts developed by the Consumer Council*» (M. CAPPELLETTI, *The judicial Process*, 252, nota n. 166).
- 75 L. PASSANANTE, *La riforma*, 1368. Sui poteri di direzione del Processo conferiti al Giudice, si veda: M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 119; N. ANDREWS, *English civil Procedure. Fundamentals of the new civil justice system*, Oxford, 2003, 333ss.
- 76 Con riferimento al modello *adversarial* nordamericano, la dottrina ha teorizzato due concezioni fondamentali: il Processo come attuazione di scelte politiche e il Processo come soluzione di conflitti (cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 158ss.; M.R. DAMAŠKA, *Il Diritto*, 109ss.).
- 77 Cfr. A.A.S. ZUCKERMAN, *Interlocutory remedies in question of procedural fairness*, in *Modern Law Review*, LVI (1993), 325.
- 78 C. CRIFÒ, *La riforma*, 517.
- 79 Una polemica molto radicale contro il sistema di giustizia nordamericano, di cui sono denunciati

fatto apparentemente fondato sulle teorie dialettiche della razionalità–, in ultima analisi non può essere ritenuto né efficace né funzionale all'accertamento veritiero dei fatti. Inoltre in tale modello prevale una notevole diffusione di forme di giustizia negoziata, quali sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che non si concludono con Sentenza ma con una Conciliazione o Transazione, determinata dagli Avvocati delle parti nella fase del *pre-trial*, e spesso motivata anche dal costo eccessivo della difesa. Alla luce di questi aspetti qualche prestigioso autore è giunto ad affermare la perentoria conclusione, secondo cui il fatto che

«negli Ordinamenti di *common Law* le controversie vengono con grande frequenza risolte senza alcun riguardo a una soluzione orientata all'accertamento dei fatti è certamente vero»<sup>80</sup>.

### 3. LE FINALITÀ DEL MODELLO DI *CIVIL LAW*

All'articolata e peculiare concezione dell'*adversary system* sopra descritta si contrappone quella imperante nella tradizione continentale di *civil Law*. Quest'ultima, in seguito alla crisi dell'ideologia prevalente tra la fine dell'800 e l'inizio del '900, che intravedeva nel Processo il luogo di manifestazione dell'autonomia delle parti private, giunse al superamento della concezione meramente privatistica di esso, assegnandogli una natura prettamente pubblicistica<sup>81</sup>. Con l'esautorazione dello scopo della libera competizione *inter*

---

alcuni aspetti ritenuti iniqui, si evince nell'opera di R.A. KAGAN, *La Giustizia americana. Come il contraddittorio fa il Diritto*, (tr. it.) Coll. *Saggi*, Bologna, 2009.

80 S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIV (2010), 700. Tuttavia lo stesso autore sostiene che «negli Ordinamenti di *common Law* esistono Istituti che esprimono, per il Processo civile, una vocazione verso la verità che non è dato riscontrare nel nostro: la disciplina della *discovery* documentale, con il connesso *duty of disclosure*, che obbliga le parti –dietro sanzioni che possono arrivare al *contempt of Court*– a fornire ai loro avversari tutte le scritture rilevanti anche sfavorevoli; la facoltà di chiamare le parti sul banco dei testimoni con la sanzione per *perjury* in caso di falsità delle dichiarazioni rese (fino a cinque anni di prigione negli USA e fino a sette in UK); per l'Ordinamento inglese l'obbligo di verità delle dichiarazioni rese negli Atti introduttivi sanzionato dalle recenti *Civil Procedure Rules* (sempre a pena di *contempt*)» (*Ivi*, 706).

81 Determinante in questo senso fu l'opera di Giuseppe Chiovenda, il quale, agli inizi del 1900, per descrivere la natura e la funzione del Processo, coniò la teoria del rapporto giuridico processuale, decretando così la natura pubblicistica del Processo. In merito a tale specifico aspetto, è interessante rilevare quanto evidenziato da Taruffo, il quale ha sostenuto: «la giurisdizione costituisce uno dei poteri fondamentali dello Stato ed è finalizzata all'attuazione del Diritto. In questo contesto le parti vedono garantiti tutti i loro "diritti processuali", ma non sono più le protagoniste esclusive della competizione processuale. Piuttosto esse si servono della garanzia rappresentata dalla giurisdizione

*partes*, si radicò sempre più la configurazione del Giudice quale funzionario e burocrate dello Stato: questi, dotato di un ruolo attivo nella direzione del Processo, gode di poteri istruttori autonomi in contrapposizione ai Sistemi di *common Law*, caratterizzati dalla progressiva assenza della Giuria civile (in Inghilterra) o connotati dal “mito della *Jury Trial*”, quale fattore tipico negli Stati Uniti d’America<sup>82</sup>. In quest’ottica, lo scopo primario del Processo civile è stato comunemente inteso come la risoluzione dei conflitti individuali tra privati<sup>83</sup>, in cui la necessità di emettere decisioni fondate su un Procedimento giusto e legittimo ha incrementato l’interesse verso la qualità stessa delle decisioni emesse. Questa formulazione tuttavia non esaurisce il dibattito dottrinale insito nei Sistemi di *civil Law* su quale sia l’effettivo obiettivo del Processo civile: la composizione delle liti<sup>84</sup>, la restaurazione della pace sociale, la realizzazione della giustizia sostanziale<sup>85</sup> oppure l’accertamento della verità quale scopo istituzionale<sup>86</sup>.

Nonostante la soluzione della controversia possa in ultima analisi ritenersi una finalità teoricamente condivisa con il sistema anglo-americano<sup>87</sup>, le differenze di fondo su questo punto tra modelli processuali di *common Law* e mo-

---

per ottenere la tutela delle loro situazione giuridiche sostanziali» (M. TARUFFO, *Cultura e Processo*, 73).

Sul punto si veda anche: E. DI BERNARDO, *Il Cardinal Roberti e la teoria del rapporto giuridico processuale. Linee evolutive*, Roma, 2008, 73ss.

82 M. TARUFFO, *Cultura e Processo*, 75.

83 Carnelutti ritiene che il Processo sia esclusivamente un mezzo di composizione delle liti (cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema del Diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 231 e 247).

84 Su questa dicotomia circa i fini assegnati al Processo si veda: P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Torino, 1998, 14.

85 Cfr. G. VERDE, “Prova (Dir. proc. civ.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 591. Questa opinione tuttavia non tiene conto di cosa debba intendersi per decisione resa secondo giustizia, per la varietà dei criteri, sociali, giuridici, morali, ad essa relativi. Si veda a riguardo: G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della Prova giuridica*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, XLIV (2000), 2, 1142, nota n. 3.

86 Per alcuni autorevoli processualisti, l’accertamento della verità dei fatti rappresenta uno degli scopi “istituzionali” del Processo, l’obiettivo cui esso è strumentalmente orientato (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti*, 144). Per Patti, il segnale indicativo del fatto che il Processo tenderebbe all’accertamento della verità sarebbe fornito dal superamento del sistema della Prova legale e dalla sostituzione con quello del libero convincimento (cfr. S. PATTI, “Prova [Dir. proc. civ.]”, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991, 2).

87 «È il primato della concezione della risoluzione dei conflitti che spiega perché negli Ordinamenti angloamericani lo stile competitivo di accertamento dei fatti è accettabile, o addirittura desiderabile, benchè comporti deviazioni rispetto alle modalità ordinarie di accertamento dei fatti [...] fintantochè l’immagine della risoluzione dei conflitti manterrà la sua presa sulla sensibilità giuridica americana, il filo *adversary* nel Diritto delle Prove continuerà ad avere il suo solido fondamento». M.R. DAMASKA, *Il Diritto*, 179. Contro la concezione secondo cui il Processo è esclusivamente diretto a risolvere la controversia tra le parti si veda: M. TARUFFO, “Prova (in generale)”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 16.

delli processuali di *civil Law* sono sostanziali. Infatti, allo stile competitivo di accertamento dei fatti tipico dell'*adversary system* si contrappone l'immagine di un Processo in cui il bilanciamento dei poteri istruttori delle parti, la neutralità del ruolo esplicato dal Giudice, le regole di un corretto scontro giudiziario ed il principio di legalità costituiscono valori in grado di inglobare, o quantomeno di non contrastare quello che di fatto, in qualunque tipo di Processo, dovrebbe costituire la primaria –se non l'esclusiva– finalità dell'Istruzione probatoria: la ricerca della verità materiale, quale costitutiva opzione di valore<sup>88</sup>. Tuttavia, a prescindere dall'annosa disputa che ha prodotto un sostenuto dibattito dottrinale sull'effettiva conoscibilità nel Processo della verità reale<sup>89</sup>, ciò che generalmente nei Processi di *civil Law* si ritiene necessario per la decisione è il raggiungimento della verità “processuale”<sup>90</sup>; in definitiva, attesi i limiti di tempo e di risorse disponibili nel Processo, quel che conta è l'accertamento dei fatti così come prodotto dall'attività processuale realizzata nella fase istruttoria, indipendentemente dallo stesso tipo di regole che informano il Procedimento probatorio e dal tipo di uso (retorico-persuasivo o conoscitivo) dei mezzi di prova stessi<sup>91</sup>: un utilizzo alternativo che, lungi dall'essere indifferente, è in grado di condizionare o compromettere notevolmente l'esito finale dell'acquisizione della verità, producendo risultati radicalmente diversi.

In ogni modo, la considerazione secondo cui il Processo è di per sé teso alla risoluzione della controversia, implica ch'esso si concluda quantome-

---

88 Secondo alcuni autori, il vero scopo del Processo è assicurare la giustizia della decisione, mentre l'accertamento della verità ne costituisce soltanto una premessa, senza esser di per sé stesso un valore (cfr. P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in P. CALAMANDREI, *Studi sul Processo civile*, Padova, 1957, 15).

89 Sul punto si registra l'incremento di alcuni dibattiti dottrinali intervenuti tra notissimi processualisti, quali Taruffo e Cavallone; i primi qualificati come “cultori della verità”, contrapposti ai secondi, i quali si sono scherzosamente definiti “verofobici”. Questa contrapposizione risulta presente tra coloro che, con copiose ed interessanti argomentazioni, da tempo sostengono con tenacia che la ricerca della verità storica costituisca l'unica finalità dell'Istruzione probatoria e coloro i quali, al contrario, ritengono che il raggiungimento della verità risulti un aspetto fortemente condizionato dal Sistema normativo, essendo il Processo un fenomeno giuridico. Si veda a riguardo l'opera di M. TARUFFO, *La semplice verità* e quella di B. CAVALLONE, *Il Giudice e la Prova nel Processo civile*, Padova, 1991; si vedano anche i seguenti studi: B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di Diritto processuale*, LXV (2010), 1ss.; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Rivista di Diritto processuale*, LXV (2010), 995.

90 Secondo Carnelutti, la «verità formale è poi la verità materiale nella media dei casi» (F. CARNELUTTI, *La Prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della Prova*, [rist.] Milano, 1992, 44-48). L'autore parte dalla concezione secondo la quale il Processo non è uno strumento per l'accertamento della verità ma un mezzo per la composizione delle liti (cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, 231 e 247).

91 Se la Prova giudiziaria serve solo a “fissare” in modo formale i fatti della Causa ma non ad accertarli, ciò vuol dire che l'uso dei mezzi di prova può anche essere scisso dall'accertamento della verità materiale (cfr. F. CARNELUTTI, *La Prova*, 56).

no con una decisione giusta, espressione della corretta applicazione della Norma al caso concreto<sup>92</sup>. Tuttavia ciò rappresenta l'obiettivo minimo ma non certamente esaustivo che ci si attende dall'attività istruttoria e valutativa condotta nel Processo: il concetto di giustizia non è di per sé avulso da quello di verità. Si tratta di postulati che si compenetrano vicendevolmente, in uno *status* di necessitante interdipendenza integrativa, non essendo ragionevole che si dia una scissione sistematica tra di essi: solo una decisione che corrisponda alla verità effettiva<sup>93</sup> dei fatti realizza in pieno le istanze della giustizia<sup>94</sup>. Ciò considerato, non può definirsi “giusto” un Processo in cui il Giudice si reputi indifferente al perseguimento della verità materiale mediante un'ideale Istruzione processuale o che non intenda motivare la proprie decisioni; né può considerarsi “giusto” un Processo il cui svolgimento annoveri violazioni sostanziali di diritti e principi che condizionano pesantemente l'effettivo raggiungimento dello scopo di accertare quanto realmente accaduto in merito alla questione sottoposta a Giudizio<sup>95</sup>. Di conseguenza, l'ideologia secondo la quale il Processo deve tendere a produrre decisioni giuste e veritiere e quindi deve essere configurato in modo tale da essere capace di raggiungere questo scopo viene seguita in quei Sistemi nei quali l'amministrazione della giustizia civile è concepita come un problema che interessa lo Stato, ossia come un problema “sociale” del quale lo Stato non può disinteressarsi<sup>96</sup>. In tale prospettiva,

«la configurazione del Processo civile come strumento finalizzato a fare giustizia e non soltanto a risolvere controversie porta la maggior parte degli Ordinamenti processuali moderni ad adottare quella che è stata definita come ideologia legale-razionale della decisione giudiziaria, e quindi a collocare l'accertamento della verità tra gli obiettivi fondamentali del Processo civile. Naturalmente ciò incide

92 Una Sentenza sarà giusta quando è frutto di una corretta interpretazione delle Norme coinvolte e di una esatta ricostruzione dei fatti (cfr. S. CHIARLONI, “Giusto Processo [Diritto processuale civile]”, in *Enciclopedia del Diritto*, App. II, 1, Milano, 2009, 403ss.).

93 Come è stato ribadito riprendendo a più riprese il pensiero di Taruffo «l'impossibilità di raggiungere la verità assoluta, intesa come “corrispondenza assoluta di una descrizione allo stato di cose del mondo reale”, non contraddice affatto l'idea del Processo inteso come strumento volto all'accertamento della verità [...]. In buona sostanza, con riguardo a qualsiasi campo dello scibile umano, appare indiscutibile l'affermazione secondo cui l'idea di una verità assoluta può essere valida “come limite al quale le conoscenze concrete tendono ad approssimarsi”, anche se poi “non giungono mai ad identificarsi con essa”» (G.F. RICCI, *Nuovi rilievi*, 1143).

94 In tal senso ci sembra di poter aderire pienamente alle concezioni da tempo espresse da uno dei più autorevoli esponenti del Diritto processuale civile italiano di fama internazionale, Michele Taruffo, il quale ritiene fermamente che il Processo non può essere giusto se non attinge a risultati veri.

95 Cfr. G. VIDIRI, *Giusto Processo*, 1557.

96 M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 111.

sulla disciplina dei poteri istruttori del Giudice. È però interessante constatare che non si tratta di un fenomeno semplice ed omogeneo: al contrario, esso si manifesta con varianti molto interessanti, in funzione dell'intensità con cui i diversi orientamenti aderiscono alla concezione del Processo civile come metodo per risolvere le controversie secondo criteri di legalità e di corretta e giusta applicazione delle Norme sostanziali e quindi secondo criteri di veridicità dell'accertamento giudiziario dei fatti»<sup>97</sup>.

#### 4. IL MODELLO DEI PAESI SOCIALISTI E LA RICERCA DELLA VERITÀ OGGETTIVA

Un interessante intreccio tra peculiari ideologie di fondo e gli obiettivi del Processo si configura negli Ordinamenti un tempo qualificati come appartenenti alla famiglia dei Diritti socialisti<sup>98</sup>, dove, in ossequio alla dottrina del materialismo dialettico dello Stato sovietico<sup>99</sup> – da cui ha preso vita la teoria filosofico-marxista della conoscibilità del mondo –, si era affermata l'idea secondo cui finalità precipua dell'Istruzione probatoria e del Processo fosse la verità materiale, congiunta all'interesse sociale alla soluzione delle controversie private<sup>100</sup>. In tale prospettiva un aspetto rilevante era costituito dalla necessità di accordare preminenza in tutte le liti all'interesse collettivo-sociale rispetto ai desideri delle stesse parti individuali<sup>101</sup>. Perciò nei Sistemi

97 *Ivi*, 113.

98 Gli Ordinamenti di democrazia socialista dell'Europa centrale ed occidentale (Stati ex socialisti) hanno subito una importante evoluzione politico-costituzionale, che ha sollevato vari interrogativi alla dottrina comparatistica. Per un quadro bibliografico di riferimento si veda: A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 73ss.; G.M. AJANI, *Il modello post-socialista*, Torino, 1996, 19ss., 39ss.; B. KNAPP, *Il Diritto comparato ed il crollo del Comunismo*, in *Rivista di Diritto civile*, XLII (1996), 529ss.

99 Secondo quanto sostiene un'autrice, che ha ricoperto il ruolo di vice-Direttore rappresentativo di Mosca nella Corte costituzionale russa, «questo principio, dal canto suo, diede origine ad altre importanti caratteristiche della Procedura sovietica, come la restrizione dell'autonomia e della disponibilità delle parti; gli ampi poteri dei pubblici Ministeri e di alcuni altri pubblici Ufficiali ed Agenzie statali per l'instaurazione e la prosecuzione dei Giudizi e degli Appelli; i poteri delle Corti superiori e di adottare linee guida vincolanti per l'applicazione della Legge e di dare indicazioni vincolanti nel rinviare un caso per il riesame ad una Corte inferiore; l'acquisizione officiosa di Prove da parte del Giudice, ed altri» (M. FILATOVA, *Il Processo civile russo di primo Grado: principi e paradossi*, (tr. it.: M.A. LUPOLI), in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXV [2011], 799).

100 Cfr. M. CAPPELLETTI - B. GARTH, *Civil Procedure*, in M. CAPPELLETTI - B. GARTH (CURT.), *International encyclopedia of comparative Law*, XVI, Tübingen, 1987, 31.

101 Tra gli obiettivi perseguiti nel Processo civile la protezione dell'interesse pubblico, di fatto coincidente con quello dello Stato, era considerato come prevalente (cfr. *ivi*, 22). Come rileva in merito Filatova «dal canto suo, questa prevalenza derivava dai compiti principali della Procedura civile, come erano all'epoca intesi e stabiliti dalla Legge, cioè la protezione del sistema sociale, del sistema di diritti economici, di proprietà, dei diritti socio-economici, politici e privati, delle libertà e degli interessi giuridici dei cittadini, delle imprese di Stato, delle Organizzazioni e delle altre entità (Art. 2 C.P.c. del 1964 della Rsfrs)» (M. FILATOVA, *Il Processo*, 800).

sovietici, sul rifiuto della visione borghese che ritiene la verità processuale l'unica certezza di fatto acquisibile nel Processo<sup>102</sup>, ha costantemente prevalso la teoria<sup>103</sup> per cui fosse sempre possibile ricostruire la verità storica, oggettiva: si tratta di uno scopo ineludibile, il cui raggiungimento richiedeva il dovere della Corte di predisporre tutte le modalità ritenute più opportune<sup>104</sup>. Infatti la suddetta teoria del Processo imponeva al Giudice di ricercare questa verità mediante il potere di disporre d'Ufficio tutti i mezzi di prova ritenuti necessari a tal fine<sup>105</sup>. Il corollario di questo postulato consisteva nell'accentuazione dell'attivismo giudiziale, che, al solo scopo di ricercare la verità obiettiva sui fatti della Causa, includeva il potere e il dovere di assistere le parti, nonché quello di introdurre fatti e prove *ex Officio*<sup>106</sup>, giungendo persino a sancire la nullità della Sentenza ogniqualevolta tale verità non fosse stata accertata<sup>107</sup>. L'importanza fondamentale del principio dell'affermazione della verità reale quale scopo imprescindibile del Processo si evince proprio dalla possibilità di riesaminare la questione nel merito in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo: da alcune statistiche giudiziali del passato, emerge che il maggior numero dei ricorsi introdotti presso la Corte Federale Suprema Sovietica non erano fondati su errori *in procedendo* o *in decernendo*, quanto piuttosto sull'incapacità o sul fallimento delle Corti inferiori (e dunque dell'Organo giudicante) di adempiere il dovere di ricercare la verità, nonostante l'utilizzo di poteri-doveri *ex Officio* ampiamente concessi dall'Ordinamento a tal fine<sup>108</sup>. Sebbene nei Paesi socialisti questo *munus* incombesse in modo specifico sul Giudice, la dottrina afferma che tuttavia nessuna iniziativa della Corte, persino la più attiva, avrebbe potuto

102 Cfr. M.A. GURVIČ, *Derecho procesal civil soviético*, (trad. spagnola) México, 1971, 42-43. In questo contesto è importante rilevare che, il modello economico e giuridico espresso per un arco di tempo piuttosto lungo (circa 70 anni) dall'ex Unione Sovietica (Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, 1922) e da tutti i Paesi satelliti è stato antitetico a quello tipico dei Paesi occidentali; infatti, al modello di pianificazione determinato dalla collettivizzazione della proprietà sui mezzi di produzione e all'accentramento delle cooperative dell'esercizio di impresa in capo allo Stato si contrapponeva il modello di stampo liberale e borghese (cfr. N. DE LUCA, *VIII. Russia*, in A. DIURNI (cur.), *Percorsi mondiali di Diritto privato e comparato*, Milano, 2008, 311).

103 In merito a questa concezione e alle sue implicazioni filosofiche si veda: V. DENTI, *La giustizia civile. Nozioni introduttive*, Bologna, 1989, 66.

104 In particolare questa disposizione era sancita nell'Art. 14 della Repubblica socialista federalista sovietica del 1964.

105 Cfr. P. PECORI, *Il nuovo Codice di Procedura civile della RSFRS*, in *Rivista di Diritto processuale*, XXII (1967), 22.

106 Cfr. M. CAPPELLETTI, *The judicial Process*, 250.

107 Cfr. M.A. GURVIČ, *Introduzione: profili generali del Processo civile sovietico*, in *Ricerche sul Processo. I. Il Processo civile sovietico*, Padova, 1976, 11 e 19.

108 Cfr. M. CAPPELLETTI, *The judicial Process*, 250.



mai sostituirsi al contributo che le parti stesse avrebbero dovuto predisporre alla ricerca della verità<sup>109</sup>. Ed infatti si afferma chiaramente che:

*«even in the socialist Countries, where “objective truth” is a goal, what it desired is not that the Judge replace the parties in the search for truth but that assist them, through the introduction of evidence, in revealing it»<sup>110</sup>.*

Le precise regole che, al fine di ottemperare lo scopo primario del Processo, imponevano alla Corte il vero e proprio obbligo di assumere le Prove a prescindere dall'iniziativa delle parti hanno subito un'importante variazione nel corso del tempo, dovute a una serie significativa di cambiamenti determinati da varie riforme del Diritto processuale, che ne hanno modificato l'iniziale perentorietà. In modo particolare va annoverato il caso della Russia<sup>111</sup>, storicamente ritenuta appartenente ai modelli processuali di *civil Law*<sup>112</sup>, ma di fatto considerato quale “Sistema processuale unico nel suo genere”<sup>113</sup>. Nell'attuale struttura del riformato Codice di Procedura civile dell'URSS<sup>114</sup> del 2002, il principio di assunzione delle Prove *ex Officio* da parte del Giudice è stato ridimensionato rispetto alla Normativa abrogata, che ne aveva sancito l'inconsistenza<sup>115</sup>, lasciando così emergere un dibattito sui ritenuti effetti pregiu-

109 Nel suo testo Cappelletti riporta testualmente le conclusioni di un Convegno cui era giunto il prof. Stalev: «a duty, not only the power, of the socialist Judge to introduce [...] both facts and supporting Evidence on his own motion [...] and the fact that the failure of the socialist Judge to introduce ex Officio facts and evidence [...] is a ground for review of the Judgment» (M. CAPPELLETTI, *The judicial Process*, 250, nota n. 154).

110 *Ivi*, 250.

111 È importante rilevare che dallo sfaldamento dell'Unione Sovietica è nata la Comunità degli Stati Indipendenti, costituita da tre Repubbliche slave (Russia, Ucraina e Belorussia). Esse sono indipendenti e del tutto autonome sotto il profilo organizzativo e giuridico, così come i tre Stati baltici (Estonia, Lettonia e Lituania) e le Repubbliche asiatiche e caucasiche (Georgia, Tagikistan, Azerbaidžan, Uzbekistan, Turkmenistan). «La Federazione Russa rappresenta la più grande ed importante delle ex Repubbliche sovietiche e a livello di Diritto internazionale, ha preteso di succedere alla Unione Sovietica» (N. DE LUCA, *VIII. Russia*, 324).

112 Cfr. D. MALESHIN, *Lo stile russo della Procedura civile*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIII (2009), 1375.

113 Cfr. *ivi*, 1387. Ad essere precisi, «il sistema processuale civile moderno in Russia è formato da una complessa combinazione di Fonti, tra le quali si trovano la Legge e la dottrina pre-rivoluzionarie, il Sistema giuridico sovietico ed elementi delle famiglie giuridiche occidentali contemporanee» (M. FILATOVA, *Il Processo*, 799).

114 Emanato nel 2002 e diretto a riformare il precedente Codice del 1995 (cfr. N. PICARDI - R. MARTINO, *Il Codice di Procedura civile della Federazione Russa 2003*, Bari, 2007).

115 Il Codice di Procedura civile precedente, emanato nel 1995, abrogò la regola che imponeva alla Corte di assumere le Prove a prescindere dall'iniziativa delle parti. Per effetto di tali provvedimenti la situazione è mutata. Il ruolo passivo della Corte tipico dei Sistemi di *common Law* fu reintrodotta, ma rimase in vigore fino al 2002 (cfr. D. MALESHIN, *Some cultural characteristics of new russian Code of civil Procedure of 2002*, in *Zeitschrift für Zivilprozess international*, X [2005], 386).



dizievole che l'assenza di tale potere in capo all'Organo giudicante aveva potenzialmente determinato sull'accertamento della verità dei fatti quale scopo decisivo del Processo<sup>116</sup>. Infatti l'unica *ratio* che in passato aveva legittimato il conferimento al Giudice di poteri diretti a determinare lo stato effettivo dei fatti, più che corrispondere ad una effettiva sostituzione nelle iniziative e nelle attività delle parti in Causa consisteva nel tentativo di integrarne l'iniziativa, per l'evidente necessità di conseguire l'obiettivo della ricerca della verità. Si trattava di un intervento a carattere sussidiario, necessitato dal venir meno dell'iniziativa delle parti. Di conseguenza,

«conferendo espressamente al Tribunale il potere di raccogliere le Prove *ex Officio*, nessuna validità poteva riconoscersi nel Processo civile russo, al vecchio aforisma: *Iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet*. Infatti le Prove offerte ai Giudici potevano provenire anche da coloro che parti non erano nonché essere disposte e acquisite d'Ufficio. Al Giudice si attribuiva non solo il potere di ricercare la verità oggettiva dei fatti allegati in Giudizio dalle parti, ma anche il potere di prescindere, in quella ricerca, dalle allegazioni di fatto delle parti stesse: onde veniva accantonato anche il principio che imponeva al Giudice di giudicare *secundum alligata*»<sup>117</sup>.

Attualmente sia la Corte che le parti private godono di un ruolo attivo nell'assunzione delle Prove; pur permanendo il potere del Giudice di introdurre, se necessario, Prove d'Ufficio, non sussiste più quel ruolo inquisitorio assegnato al Tribunale al fine di realizzare lo scopo principale del Processo. Di conseguenza, diverse innovazioni hanno contribuito a configurare un modello di Processo caratterizzato da un armonico contemperamento tra principi tipici del modello accusatorio –focalizzati sull'iniziativa delle parti– e i principi tipici del modello inquisitorio, fondati sul ruolo attivo del Giudice<sup>118</sup>.

In definitiva, ciò che appare evidente è che, nel corso del tempo, in seguito alle mutate condizioni sociali e politiche, in Russia si è verificato un radicale mutamento di prospettiva rispetto agli stessi obiettivi perseguiti dall'Ordina-

---

116 «Dal momento che le parti non sono sempre in grado di apportare le prove necessarie a supportare le loro affermazioni, la riforma del 1995 ebbe come conseguenza di obbligare i Giudici a decidere sulla base di Prove insufficienti. Di conseguenza in molti casi le decisioni erano basate su una conoscenza incompleta della reale situazione dei fatti». D. MALESHIN, *Lo stile*, 1378.

117 N. PICARDI - R.L. LANTIERI - U. LOPARDI, *Il Processo civile in Russia da Pietro il Grande ad oggi*, in N. PICARDI - R. MARTINO (CUR.), *Codice di Procedura*, 77.

118 Di diverso parere sono alcuni autori, secondo cui «la nuova Normativa processuale russa si caratterizza per una significativa convivenza tra regole ispirate ai principi che caratterizzano il Diritto processuale civile dell'Europa continentale e regole ereditate dalla disciplina previgente, ispirate ai principi dell'ideologia socialista» (N. PICARDI - R.L. LANTIERI - U. LOPARDI, *Il Processo*, XVI).

mento processuale, non più teso a perseguire «la difesa della struttura sociale e statale dell'URSS, del Sistema socialista, dell'economia e della proprietà socialista», ma proteso a garantire, mediante la corretta e rapida soluzione delle controversie civili, la «protezione dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi delle persone fisiche e delle persone giuridiche»<sup>119</sup>. Rispetto al passato, pur permanendo tra gli obiettivi previsti dalla Legge, la protezione dell'interesse pubblico non è più ritenuta prevalente; infatti la consistente novità risiede nell'accento posto sulla cogente necessità di proteggere di per sé i diritti dei singoli, quale scopo specifico da perseguire nel Processo: uno scopo del tutto innovativo nella sua singolarità, atteso che in precedenza esso non era considerato autonomamente, ma in uno stato di subordine rispetto all'interesse generale dello Stato socialista, strettamente funzionale alla difesa della struttura statale dell'URSS<sup>120</sup>. Quanto al dovere della Corte di giungere alla verità obiettiva, esso non risulta esplicitamente sancito nei nuovi Codici processuali della Russia; nonostante ciò, secondo alcuni autori, la cogenza di questo principio permane nelle Norme procedurali che tuttora sanciscono la responsabilità della Corte di giungere ad una piena ed esaustiva soluzione delle controversie civili<sup>121</sup>.

## 5. LE FINALITÀ DEL MODELLO PROCESSUALE CANONICO

Come si è accennato, le finalità perseguite nei vari modelli processuali sottendono ideologie di fondo, nonché principi e valori in grado di incidere sulla configurazione del Processo, di cui l'Istruzione probatoria rappresenta una fase essenziale ed il riflesso speculare dell'incidenza dei suddetti postulati. Se dunque l'obiettivo della risoluzione della controversia rappresenta la finalità tipicamente conseguita nei modelli processuali di *civil Law*, con l'avvertita necessità di accertare la verità dei fatti, questo scopo appare declinato in un modo del tutto peculiare nel Processo canonico, che rappresenta una *species* all'interno del *genus* della famiglia della *civil Law*. Infatti, nonostante la matrice comune derivante dal Diritto romano e l'indiscutibile ruolo esplicitato dallo *Ius canonicum* nella storia processuale del Continente europeo<sup>122</sup>, il

119 Cfr. Art. 2 C.P.c. della Federazione Russa, adottato nel 2002 ed entrato in vigore nel 2003.

120 Cfr. N. PICARDI - R.L. LANTIERI - U. LOPARDI, *Il Processo*, IX-X.

121 Cfr. M. FILATOVA, *Il Processo*, 799. Nel testo l'autrice richiama, tra i sostenitori di questa posizione: I.V. RESHETNIKOVA, *Judicial reforms of XIX-XXth centuries in the area of civil Procedure*, in *Codification of the russian private Law*, Moscow, 2008, 22.

122 Non bisogna dimenticare che il Processo canonico ha costituito il modello primario del Processo anglosassone.

Processo canonico si distingue essenzialmente dagli altri modelli processuali per i valori ecclesiologicali che ne costituiscono il fondamento, di portata tale da connotare in modo specifico gli scopi perseguiti e la stessa struttura<sup>123</sup>. Per questi motivi, il valore della dicotomia tra le Norme di *Ius divinum* e *Ius humanum*, la configurazione dei principi comuni agli altri Sistemi processuali<sup>124</sup>, il Diritto probatorio di pertinenza<sup>125</sup>, le dinamiche relative alla fase istruttoria e la necessità della certezza morale relativamente alla fase decisoria<sup>126</sup>, nonché gli stessi mezzi di Impugnazione delle Decisioni acquistano e rivestono un significato del tutto peculiare, dovendo essere interpretati e compresi in un'ottica valoriale di fondo e di impegno speculativo che, lungi da indebolirla, ne potenziano la giuridicità. In tale prospettiva s'inserisce il preminente obiettivo della *salus animarum* (CIC, Can. 1752)<sup>127</sup> quale scopo supremo della vita della Chiesa<sup>128</sup>, che, nella sua missione, incarna e persegue l'opera salvifica di Cristo. Esso rappresenta un fine metagiuridico e trascendente del quale anche l'impostazione normativa del Processo appare permeata, imponendo che «la ricerca dell'aderenza dei provvedimenti (giustizia formale) alla giustizia sostanziale (verità *tout court*) diventi obiettivo da raggiungere mediante gli Istituti processuali»<sup>129</sup>.

123 Uno dei presupposti relativi all'amministrazione della giustizia della Chiesa riguarda l'esistenza di Norme non solo di Diritto positivo ma anche di Diritto divino.

124 Quali, ad esempio, la concezione del tutto peculiare del contraddittorio (sulla quale si farà riferimento in seguito), il diritto di difesa, la parità delle parti in Causa, la peculiare concezione della terzietà del Giudice, ecc.

125 Le riflessioni più suggestive circa la specificità del modello probatorio canonico con riferimento specifico alle Cause di nullità matrimoniali sono offerte da: M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel Processo di nullità del Matrimonio canonico. Temi controversi*, Coll. *Pro manuscripto*, Lugano (CH), 2008. Si veda a riguardo anche: M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*.

126 Sulla portata della certezza morale si veda: Z. GROCHOLEWKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle Norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 417ss.; J. LLOBELL, *La certezza morale nel Processo matrimoniale canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998), 758ss.

127 «La Norma sostantiva dell'Ordinamento canonico ha di mira, con maggiore o minore immediatezza secondo le diversità dei singoli Istituti, la *salus animarum*, rispetto alla quale essa ha il carattere di puro strumento offerto ai fedeli affinché sia facilitato il conseguimento e la difesa di quella *salus*. Con tale posizione che ha la Norma giuridica della Chiesa di fronte a quella che è la finalità suprema della Chiesa stessa è evidente, orbene, che la stessa norma processuale ha un duplice carattere di strumentalità». F. DELLA ROCCA, *Nuovi saggi di Diritto processuale canonico*, Padova, 1988, 23.

128 «*Finis Iuris canonici tendit ad quietem Ecclesiae et salutem animarum*». S. THOMAS, *Quaestiones de quodlibet*, Quodl. XII, q.16, a.2.c. Sul punto si veda anche: D. COMPOSTA, *La salutem animarum scopo del Diritto della Chiesa*, in AA.VV., *La nuova Legislazione canonica*, Roma, 1983, 243-260.

129 J. LLOBELL, "Processo", 30. In altre parole, nel corso del tempo il Processo canonico si è plasmato alle finalità peculiari dell'Ordinamento giuridico della Chiesa: «detta finalità è significativamente indicata nel Can. 1752, che chiude il Libro VII *De Processibus* e lo stesso Codice canonico latino, nella *salus animarum*, che, in *Ecclesia suprema semper lex debet esse*". Dunque anche la finalità propria di tutto l'Ordinamento canonico ha avuto, ed ha tuttora, incidenza nel disegnare profili di peculiarità del Processo canonico» (G. DALLA TORRE, *Processo canonico e principio del "giusto*

Inoltre, il Processo canonico, ponendosi come vero e proprio strumento giuridico di soluzione dei conflitti secondo giustizia<sup>130</sup>, mediante l'applicazione della Legge ecclesiale nelle situazioni controverse<sup>131</sup>, a differenza degli altri modelli processuali, sottende un'Ecclesiologia di comunione che rappresenta l'espressione dell'essenza e della missione carismatica della Chiesa. Perciò l'esigenza di dirimere le controversie insorte non può essere intesa come esclusivo adempimento di giustizia resa al singolo individuo<sup>132</sup>, ma risponde alla necessità di «risanare e superare gli ostacoli relativi al patrimonio comune dei valori»<sup>133</sup>, evitando di ammettere, che, nel dinamismo istruttorio, si esaspera il perseguimento di scopi prettamente individualistici. In tale prospettiva, sottraendosi ad «una lettura relativista ed individualista del carisma e della missione», deve essere rettamente inquadrata e compresa quella concezione secondo la quale, essendo la Chiesa una realtà istituzionale<sup>134</sup>, lo stesso Processo si configura come una Istituzione ecclesiale<sup>135</sup>.

---

*Processo*», in J. KOWAL - J. LLOBELL [curr.], *Iustitia et Iudicium*. Studi di Diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz, III, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010, 1300).

- 130 In merito alla prospettiva della doverosità del Processo canonico si veda quanto espresso da: J. LLOBELL, *Il Diritto e il dovere al Processo giudiziale nella Chiesa. Note sul Magistero di Benedetto XVI circa la necessità di "agire secondo ragione" nella riflessione ecclesiale*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007), 55-75.
- 131 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 28.
- 132 Sul diritto del fedele al Giudizio, con riferimento peculiare al Giudizio di nullità matrimoniale, si veda: G. BONI, *Il Diritto del fedele al Giudizio (Can. 221 §1): verità e "salus animarum"*, in P.A. BONNET - C. GULLO (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte Prima. I principi*, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXV, Città del Vaticano, 2007, 79ss.
- 133 M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 28. Del resto, come osserva Dalla Torre citando D'Agostino, «il Diritto canonico ha una pretesa "infinitamente più alta" rispetto a quella propria del Diritto secolare, perché "fa riferimento a una civitas il cui senso appartiene ad un ordine ben più elevato di quello a cui appartiene qualsivoglia comunità terrena"» (G. DALLA TORRE, *Processo canonico*, 1308).
- 134 «*Chiesa istituzione*: la nuova ecclesiologia privilegia l'aspetto carismatico della Chiesa definendola come realtà spirituale, la cui finalità è testimoniare al mondo il Vangelo. Si tratta però di una testimonianza comunitaria. Perciò la Chiesa è anche una realtà istituzionale, un raggruppamento nato in forza della libera adesione a elementi oggettivi, che non sovrastano la vocazione personale ma che sono preesistenti ai singoli individui. Le Istituzioni e le Leggi positive canoniche hanno fondamento nella missione comune e sono un mezzo per scongiurare il rischio di cadere in una lettura relativista ed individualista del carisma e della missione. In quest'ottica istituzionale si inserisce il Processo canonico come istituzione ecclesiale». M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 24.
- 135 Commentando un'Allocuzione di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 1990, in cui il sommo Pontefice rilevava la sostanziale partecipazione del Diritto canonico al carattere pastorale del Diritto della Chiesa, Llobell afferma: «la progressiva istituzionalizzazione del Processo comporta una più adeguata corrispondenza tra i diversi "elementi tecnici" di questo Istituto e la dignità dell'uomo, ciò significa che questa ha delle esigenze giuridiche di natura processuale derivanti dall'appartenenza ad ogni persona di un patrimonio di beni (materiali e spirituali) provenienti dall'ordinazione divina, naturale e soprannaturale [...]. Poiché l'agire dell'uomo "reale" è fallibile e spesso non osserva i diritti altrui, l'affermazione del Pontefice giunge a significare che la stessa dignità della persona

E difatti il profilo istituzionale del Processo canonico, intravisto dalla dottrina e confermato dal Magistero ecclesiastico, costituisce il paradigma da cui si evince la natura delle dinamiche relazionali e probatorie della fase istruttoria e la singolarità del fine perseguito nell'accertamento dei fatti, che coinvolge in modo incisivo la stessa nozione di contraddittorio. In esso l'assetto sistematico del ruolo assegnato alle singole parti guadagna una visione innovativa e una funzionalità del tutto singolare rispetto a quella riconosciuta ai partecipanti del Giudizio negli altri modelli processuali. L'idea del Processo come "istituzione", sorta come migliore enunciazione della teoria del rapporto giuridico processuale<sup>136</sup>, realizza una concezione meno strumentale del fenomeno processuale, attingendo ad istanza etica superiore. Infatti il complesso di Atti giuridici di rilevanza pubblica nella Chiesa –quali azioni o omissioni, diritti e doveri che prendono corpo nella relazione triadica *inter partes et Iudicem*– non sono semplicemente diretti all'attuazione del Diritto<sup>137</sup>, ma si integrano a vicenda per consentire alle parti stesse il perseguimento di un particolare fine comune. Questo fine supremo, che investe tutti i partecipanti in ogni singola fase ed in modo specifico in quella istruttoria non si esaurisce nella pur legittima tensione alla composizione delle controversie, attuata mediante l'applicazione del Diritto secondo giustizia<sup>138</sup>; essa, al contrario, consiste principalmente nell'accertamento della verità reale<sup>139</sup>, oggettiva dei fatti, che, tuttavia, si pone sempre in termini di certezza morale, non escludendo la possibilità di errore. Perciò nel Processo canonico la nota dicotomia tra verità formale (detta anche "giudiziale") e verità materiale (detta anche "sostanziale" o "empirica")<sup>140</sup> non gode

---

esige "l'organizzazione" sociale dei mezzi adatti per ripristinare l'inadempimento (l'ingiustizia) dei diritti altrui e dei propri doveri riguardo ai singoli e alla comunità» (J. LLOBELL, "Processo canonico ordinario", in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 21).

- 136 Sulla genesi della teoria istituzionale del Processo in relazione alla nozione di rapporto giuridico processuale e con riferimento all'opera di Giuseppe Chiovenda, si veda: E. DI BERNARDO, *Il Cardinal Roberti*, 73-121 e 233-256.
- 137 Di diverso avviso è M. CABREROS DE ANTA, *Independencia y dependencia judiciales en el nuevo Código*, in M. CABREROS DE ANTA, *Estudios de Derecho procesal canónico*, IV, Pamplona, 1990, 92.
- 138 È chiaro che il Processo canonico tende sempre implicitamente alla risoluzione della controversia perché, qualunque sia l'esito, si acquisirà una maggiore certezza, mediante il mantenimento o la modifica della situazione di fatto, una volta che sia stata accertata la sua contrarietà alla Legge (cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione al Processo canonico*, in Z. SUCHECKI [cur.], *Il Processo penale canonico*, Città del Vaticano, 2003, 25).
- 139 Secondo P.A. BONNET, il Processo canonico si qualifica come una «ordinata progressione di Atti tendente ad una giusta ricerca della verità» (P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul Processo canonico*, Torino, 1998, 26).
- 140 La nota contrapposizione tra verità formale e verità materiale è sorta nell'ambito della dottrina processuale penalistica più antica, che riteneva l'accertamento della verità materiale (definita anche "reale" o "obiettiva") il fine cui tende il Processo penale, a differenza del Processo civile (cfr. C. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 191; A. LEONE, *Manuale di Diritto processuale penale*, 12 ed., Napoli, 1985, 40).

di alcuna ragionevole consistenza<sup>141</sup>: esiste un'unica verità che deve essere ricercata<sup>142</sup>, in primo luogo nella fase istruttoria, essendo relativa alle Prove disponibili che consentono di accertarla; tuttavia tale scoperta sarà tanto più proficua quanto più funzionali ed adeguati saranno i metodi e le regole epistemiche adottate per svelarne il contenuto. Pertanto, se nei modelli processuali di *civil Law*, a tutela della certezza del Diritto, si è inclini a ritenere esaustivo il raggiungimento di una verità meramente "processuale"<sup>143</sup>, soggiacendo alla portata dei limiti derivanti da Norme e principi che condizionano le modalità istruttorie di accertamento dei fatti, nel modello canonico l'entità del *favor veritatis* è di gran lunga superiore al principio della certezza del Diritto, essendo corollario inscindibile della stessa nozione di giustizia<sup>144</sup>. Ciò si evince *ex adverso* dalla Normativa circa l'esecutività delle Sentenze, che, nelle Cause

---

In linea generale, alcuni autori richiamano posizioni dottrinali secondo le quali la verità formale si persegue nel Processo, costituendo il risultato dell'attività probatoria condotta; viceversa, atteso che la verità riguarderebbe la dimensione dei fenomeni reali più che l'ambito tipicamente processuale, la verità reale si stabilirebbe con strumenti conoscitivi diversi dalle prove giudiziarie (cfr. M. TARUFFO, "Prova", 4). Una critica serrata a tale impostazione è proposta da: J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel Diritto*, (tr.it.) Bologna, 2004, 70. Partendo dalla premessa secondo la quale «da considerarsi un equivoco concettuale quello secondo cui si ritiene che nel Processo possano conseguirsi solo verità assolute o non si possa acquisire nessuna verità, Taruffo ribadisce che: «la verità dei fatti che si può conseguire nel Processo non è sostanzialmente diversa dalla verità fattuale che si può conseguire in qualunque altro campo dell'esperienza, dato che si ha a che fare con verità relative e contestuali» (M. TARUFFO, *La Prova nel Processo*, 58).

- 141 In questo senso sono apprezzabili le espressioni di De Diego Lora, secondo cui: «*esta idea es la realización de la justicia al caso concreto, mediante la aplicación de la Ley canónica a una verdad objectiva, que ha de llegar a ser conocida materialmente por el Juez o Tribunal, no bastando que se pueda satisfacer el fin de el Proceso por el solo hallazgo por el Juez de una verdad meramente formal*» (M. CABREROS DE ANTA, *Independencia*, 92). Del resto «la forte componente morale sottesa all'Ordinamento canonico, [tuttavia] non permette altro risultato che quello veritativo sostanziale, unico esito ammesso dell'attività giudiziale canonica ... e deontologicamente auspicabile da parte di qualunque Magistratura» (P. GHERRI, *Logica e Diritto. Tra argomentazione e scoperta*, in G. BASTI - P. GHERRI [edd.], *Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011, 32-33).
- 142 Come afferma efficacemente Arroba Conde, «nel Processo canonico il *favor veritatis* implica non arrendersi all'idea di una verità diversa dalla verità processuale a causa dei limiti derivanti dalla fissazione dei fatti della Causa, dalle Norme che condizionano l'accertamento e dai principi che pongono fine alla Litispendenza» (M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza e Giudizio nella Chiesa*, in P. GHERRI [ed.], *Decidere e giudicare nella Chiesa*. Atti della sesta giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011, 294).
- 143 Come sosteneva Capograssi «la verità legale (non potrà essere altro che) la verità umana, cioè la verità che gli uomini trovano procedendo umanamente nella ricerca, con le possibilità ed i metodi che sono propri della condizione umana» (G. CAPOGRASSI, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, 56-57).
- 144 A riguardo Giovanni Paolo II ha ribadito che: «in tutti i Processi ecclesiastici la verità deve essere sempre, dall'inizio alla fine della Sentenza, fondamento, madre e legge della giustizia» (IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Tribunalis Sacrae Romanæ Rotæ Decanum, Praelatos auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno, 4 februarii 1980*, in AAS, LXXII [1980], 173).

sullo stato delle persone (come quelle matrimoniali), non passano mai in giudicato. Il Diritto processuale canonico prevede infatti che, in ambito matrimoniale, in seguito all'emanazione di due Decisioni conformi dichiarative della nullità di un Matrimonio, le parti possano accedere a nuove nozze, perchè si ritiene definitiva (quasi-giudicato) la decisione mediante la quale è stato riconosciuto lo stato libero dei nubendi. Tuttavia, anche se sia trascorso un lungo periodo di tempo, in virtù della necessaria prevalenza della verità oggettiva ed in ossequio al principio immanente della *salus animarum*, si prevede la possibilità di rivalutare il caso qualora emergano nuove e gravi Prove ed argomenti in grado di provare la validità di quel Matrimonio precedentemente dichiarato nullo. Ciò implicherà di giungere a una conclusione eventualmente opposta alla precedente, motivata dall'esigenza di affermare a tutti i costi la verità reale circa la concreta vicenda sottoposta a Giudizio<sup>145</sup>.

Se dunque, come afferma il Magistero pontificio

«il Processo [...] è come un binario di scorrimento, il cui asse è precisamente la ricerca della verità oggettiva ed il cui punto terminale è la retta amministrazione della giustizia»<sup>146</sup>,

è opportuno precisare che il concetto di *veritas*, a cui si fa saldamente riferimento quale scopo dell'accertamento giudiziale dei fatti nella fase istruttoria, non si esaurisce in una accezione etica, quale imprescindibile opzione di valore che la dottrina più qualificata richiama insistentemente a sostegno della finalità primaria del Processo civile dei Sistemi di *civil Law*<sup>147</sup>. Esso postula a monte un aspetto molto più pregnante, che attiene alla realtà ontologica della Chiesa, considerata nella sua necessaria dimensione comunitaria terrena. Come è stato autorevolmente sostenuto a riguardo:

«la Chiesa è formata da coloro che accolgono la chiamata alla sequela di Colui che, proprio nel Processo della sua condanna a morte, riassunse la sua missione

145 Infatti, «l'ingiustizia di una Sentenza opposta alla verità dei principi normativi o dei fatti riveste particolare gravità. Se invero la convergenza tra realtà data e contenuto del giudizio è in linea di principio un obiettivo per ogni Ordinamento che voglia dirsi giusto, ciò vale tanto più per la Chiesa, dove ogni sentenza ha una sua potenziale valenza soteriologica. Solo quando le decisioni si rilevano come motivate dalle stese leggi immanenti alla realtà, come manifestazione del dato reale in esse inscritto, il giudizio di verità potrà essere attuato e compiuto in tutta la sua pregnanza, in tutto il suo rigore, in tutta la sua efficacia chiarificatrice» (A. BETTETINI, *Verità, giustizia, certezza sulla cosa giudicata nel Diritto della Chiesa*, Padova, 2002, 237).

146 PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Prælatos auditores, Officiales et Advocatos ineunte anno iudiciali*, 28 ianuarii 1978, in *AAS*, LXX (1978), 182.

147 Da Bentham in poi, si è ritenuto che il Processo non è giusto se non attinge a risultati veri. Si veda a riguardo: M. TARUFFO, *La semplice verità*.



in termini di “testimonianza della verità” (Gv 18, 37). È quindi riduttivo intendere il tema della verità nella Chiesa in una prospettiva meramente etica, come se tutto si esaurisse nell’obbligo di dire la verità e nella proibizione di dire il falso [...]. Nella comunità cristiana, conoscenza e testimonianza della verità, oltre che valori etici, sono dimensioni ecclesologiche con proiezione di portata strutturante: la Verità (con la maiuscola) è il contenuto della missione comune e, per tale ragione, è il fondamento imprescindibile dei rapporti tra i fedeli, qualsiasi sia la condizione personale di ciascuno»<sup>148</sup>.

La proiezione di questa istanza costitutiva della Verità nelle dinamiche istruttorie esclude perentoriamente sia che la responsabilità ultima dell’esito della ricostruzione veritiera dei fatti ricada interamente sull’Organo giudicante, alla realizzazione della quale gli si debbano necessariamente riconoscere ampi poteri istruttori *ex Officio*<sup>149</sup>, sia che l’attività di risoluzione autoritativa delle controversie debba adeguarsi «al solo obiettivo di minimizzare gli errori»<sup>150</sup>, mediante un esasperato formalismo. Infatti, se il principio di legalità ed un sano formalismo non possono costituire, in negativo, un ostacolo all’acquisizione della verità oggettiva<sup>151</sup>, ma solo consentire che il rispetto delle forme processuali garantisca la legittimità dell’accertamento dei fatti, la

---

148 M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza*, 288-289.

149 Secondo quanto al contrario previsto nei modelli processuali socialisti.

150 M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza*, 289.

151 La dottrina canonica avverte che le forme e le solennità processuali sono subordinate ad una applicazione non rigida ma equitativa; ciò in quanto, «attesa [...] la primazia della Legge divina nell’ambito della Chiesa, le dinamiche formali ed applicative del Processo possono risultare insufficienti. Il principio di legalità delle forme, pur recepito nei Processi ecclesiastici, non può evitare il rischio di conformare una verità processuale che si discosti dalla verità reale» (M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione al Processo canonico*, 25). E difatti «tutto il Processo che è forma, è in funzione della sostanza [...] l’una e l’altra sono in funzione di una realtà immanente e solo concettualmente extraprocessuale che è la *salus animarum*» (S. VILLEGGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel Processo matrimoniale canonico*, in ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA - OPERATORI DEL DIRITTO NEI TRIBUNALI ECCLESIASTICI (CUR.), *Studi sul Processo matrimoniale canonico*, II, Roma, 1984, 18). Anche il Magistero pontificio ha sostenuto che l’uso delle formalità giuridiche nel Processo costituisce solo un mezzo per il fine superiore della ricerca della verità (cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Prælatos auditores*, 21 ianuarii 1999, in AAS, XCI [1999], 623). Per questo è stata ribadita l’esigenza del rispetto di un “sano formalismo”, senza il quale «regnerebbe l’arbitrio, con danno gravissimo degli interessi delle anime» (PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 28 ianuarii 1971, in AAS, LXIII [1971], 140, nota n. 4). La relatività del formalismo nel Processo canonico è enunciata da: P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale*, 10. Nel preambolo dell’Istruzione “*Dignitas Connubii*” è stabilito che devono essere evitati due rischi: il formalismo ed il soggettivismo eccessivo nell’applicare le Norme sostanziali e processuali nelle Cause di nullità matrimoniale, che rappresentano l’oggetto tipico dei Processi di cognizione. Sui moniti del più recente Magistero pontificio in tema di Diritto matrimoniale, si veda: BENEDICTUS PP. XVI Allocutio: *Ad Sacræ Rotæ Romanæ Tribunal, occasione inaugurationis Anni iudicialis*, 21 ianuarii 2012, in AAS, CIV (2012), 103-107.



corresponsabilità<sup>152</sup> di tutti i partecipanti al Processo nel collaborare al «supremo criterio della ricerca della verità»<sup>153</sup> quale scopo ultimo di esso rappresenta una nota costitutiva dell'Ordinamento processuale canonico: si tratta di un paradigma che riflette una precisa istanza giuridica, il cui fondamento risiede in quell'identica responsabilità nella missione di cui sono investiti i singoli fedeli battezzati, e nella necessità di tutelare il patrimonio comunitario che ricade su di essi:

«l'obiettivo di verità investe non solo l'attività del Giudice e delle parti pubbliche, ma anche quella delle parti private, in forza della loro vocazione e dignità personale. Non è pensabile l'esercizio di qualsiasi potestà in maniera autarchica o "illuminata" senza un legame preciso con il principio di uguaglianza radicale tra i battezzati e con la comune corresponsabilità nella missione. Si tratta quindi di un'impossibilità teologica ed ecclesiologica, oltre che giuridica e gnoseologica. La corresponsabilità si attua anche con la legittima rivendicazione dei diritti personali, che è un modo di contribuire a salvaguardare il patrimonio comune di valori che incombe su tutti»<sup>154</sup>.

Questo substrato, inverandosi nella concezione istituzionale del Processo canonico<sup>155</sup>, investe anche il principio del contraddittorio e, di conseguenza, caratterizza ed orienta in modo significativo la triadica relazione processuale *inter partes*,<sup>156</sup> che ha natura dialogica.

La prospettiva dell'istituzione giuridica implica un'interazione di relazioni che nella dialettica dell'*audiatur et altera pars* si realizzano compiutamente: in quest'ottica, infatti, non solo vengono assolti i parametri essenziali del contraddittorio, quali il rispetto del diritto di difesa e l'imparzialità del

152 Nell'Ordinamento processuale canonico il principio di corresponsabilità ha una sua valenza specifica, che dovrebbe realizzarsi a più livelli, nelle diverse fasi del Processo. Per una lettura di tale principio in riferimento alla conformità delle Sentenze nelle Cause di nullità matrimoniali si veda: E. DI BERNARDO, *Conformità delle sentenze quale "responsabilità" condivisa. Il Giudizio di conferma ed il Giudizio sulla conformità nelle Cause matrimoniali*, in P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 347-380.

153 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Prælatos auditores*, 17 ianuarii 1998, in *AAS*, XC (1998), 785.

154 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 17-18.

155 «L'insieme degli Istituti tesi a questo scopo è stato denominato "concezione istituzionale del Processo canonico", che genera un sistema permanente di Norme confacente con questo "*favor veritatis*»». J. LLOBELL, "Processo", 30.

156 È significativo attestare che la dicotomia parti pubbliche-parti private nel Processo canonico acquista una peculiarità intrinseca: infatti, «non si tratta giammai di una parte *contro* l'altra e comunque il Processo, più che *di* parti, è fra parti che si muovono sinergicamente sotto la supervisione del Giudice» (G. BONI, *Il Diritto*, 149).

Giudice, ma si delinea un metodo istruttorio di accertamento dei fatti del tutto innovativo, in quanto avulso da un esacerbato conflitto di interessi tra le parti. In definitiva, è proprio la natura comunitaria della Chiesa, proiettata nelle dinamiche processuali, quella che, congiunta allo scopo primario del Processo canonico e alla *suprema Lex* cui tende tutto l'Ordinamento giuridico, impone di concepire il contraddittorio come una collaborazione simmetrica e paritaria alla ricerca della verità, rifuggendo le posizioni di mera conflittualità. Questa dialettica astringe tutti i singoli protagonisti del Processo, i quali, pur nel necessario rispetto del proprio specifico ruolo processuale, sono proiettati a perseguire un unico fine comune: essi sono congiuntamente vincolati da un vero e proprio obbligo morale e giuridico di adesione alla verità obiettiva, con l'esigenza di indirizzare le loro attività probatorie verso tale fine, agendo lealmente nel corso del Giudizio. In questo senso si deve riconoscere che

«dal punto di vista soggettivo, pur ricercando la tutela degli interessi particolari, il Processo canonico non consente spaccature tra l'interesse privato e l'interesse pubblico, nel senso che tutti i partecipanti al Processo (Giudice e parti specialmente) sono tenuti ad un vincolo di lealtà riguardo alla verità oggettiva al di sopra della verità processuale o formale»<sup>157</sup>.

È chiaro che questa comprensione dell'obiettivo comune tipico del modello processuale canonico si differenzia completamente da quello che era previsto nei Paesi socialisti, nei quali a motivo dell'ingerenza dello Stato e per l'entità delle ideologie sottese al Processo prevaleva l'esigenza di soddisfare istanze veritative prettamente pubblicistiche. La realizzazione di queste esigenze consentiva anche la possibilità di superare la portata imperativa del principio dispositivo in merito alla produzione delle Prove, le quali erano potenzialmente acquisibili autonomamente dal Giudice stesso o da altri membri del Processo che non fossero le parti, al solo scopo di determinare il contenuto della verità obiettiva in una determinata controversia dedotta in Giudizio.

Invece il paradigma della dialettica processuale canonica postula un'unità di azione che, imponendo un agire interattivo, da un lato impedisce che la verità sia in balia delle parti, rendendo le stesse Giudici in Causa propria; dall'altro non consente di identificare la verità *tout court* con la pronuncia emessa dall'Organo giudicante<sup>158</sup>. L'indirizzo unitario che astringe tutti i protagonisti del Giudizio è stato efficacemente esplicitato dal Magistero pontificio con riferimento alle Cause di nullità matrimoniale, che costituiscono la maggior

---

157 M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 40.

158 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 57.

parte delle controversie risolte dai Tribunali ecclesiastici decise attraverso il Processo ordinario di cognizione. Tuttavia esso è stato esteso a tutta l'attività giudiziale, perché rappresenta l'emblema dei presupposti indispensabili per perseguire lo scopo richiesto:

«in genere è da premettere che l'unità di azione dell'azione umana risulta e proviene dai seguenti elementi: un unico scopo, un comune indirizzo di tutti verso questo scopo unico, un obbligo giuridico-morale di prendere e conservare un tale indirizzo. [...] Nel Processo matrimoniale il fine unico è un giudizio conforme alla verità e al Diritto [...]. L'*indirizzo personale* si ha mediante la volontà dei singoli che hanno partecipato alla trattazione della Causa, in quanto essi subordinano ogni loro pensiero, volere e atto nelle cose del Processo al raggiungimento di quel fine. Se pertanto i partecipanti seguono costantemente questo indirizzo ne viene per naturale conseguenza la loro unità di azione e di cooperazione. Infine il terzo elemento, ossia l'obbligo giuridico-morale di mantenere tale indirizzo, deriva, nel Processo matrimoniale dal Diritto divino»<sup>159</sup>.

Tale vincolo di cooperazione al medesimo fine ha natura prettamente giuridica e non meramente etica; perciò la sua essenza lo contraddistingue da qualunque altro tipo di prescrizione eventualmente prevista in altri modelli processuali di *civil Law*<sup>160</sup>. Inoltre la sua imperatività produce l'effetto di qualificare la dialettica del contraddittorio –in ogni fase del Processo ma soprattutto in quella istruttoria–, non quale luogo in cui prevalgano ostinatamente le pretese soggettive di ciascuna delle parti in Giudizio, perseguite mediante l'utilizzo di strategie retoriche e persuasive, ma come il contesto processuale privilegiato nel quale, adottando un agire veritativo leale e dialogico, si possa realizzare un'autentica collaborazione alla formazione della decisione finale<sup>161</sup>. A sostegno di questa comune prospettiva operativa interviene un'attività distintamente qualificata che, mediante l'istituzionalizzazione dei ruoli attivi e passivi che spettano a ciascuna delle parti –private e pubbliche– si configura quale convergente incidenza che limita il rischio del raggiungimento o della

159 Pius PP. XII, Allocutio: *Ad Prelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S.R. Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 2 octobris 1944, in *AAS*, XXXVI (1944), 282.

160 Infatti, come è stato sostenuto, la prescrizione dell'obbligo di ciascuno dei partecipanti di mantenere l'indirizzo comune «lascia al riguardo l'Ordinamento processuale statale su un piano comunque inferiore anche quando sia dettata dall'autorità dei governanti la regola della collaborazione tra Giudici ed Avvocati» (F. DELLA ROCCA, *Nuovi saggi*, 128).

161 «Se gli Atti dell'Autorità sono preceduti da un discernimento corresponsabile, con il contributo precipuo dei destinatari della decisione, questa avrà non solo autorità giuridica (quale Atto di potestà), ma anche autorità morale (per le garanzie procedurali)». M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 20.

comprensione unilaterale della verità sostanziale, in quanto rimessa interamente all’Autorità giudiziale<sup>162</sup>. Infatti la verità oggettiva non potrebbe essere raggiunta se, nella ricostruzione dei fatti che si realizza nella fase istruttoria, si prescindesse volontariamente dal contributo fornito da quella porzione di verità offerta dai singoli soggetti direttamente interessati. Tuttavia è bene precisare che:

«la dialettica processuale si giustifica non per la proposizione di diverse verità ad opera delle parti, ciascuna intenzionata a far valere la propria, bensì per la logica e comprensibile diversa relazione che ciascuna parte stabilisce con la verità sostanziale»<sup>163</sup>.

Pertanto, alla luce delle suddette precisazioni, risulta oltremodo palese che il modello processuale canonico e le sue specifiche finalità presentano delle divergenze intrinseche che lo differenziano in modo sostanziale in primo luogo dai modelli processuali di *civil Law*, ma in modo ancor più radicale dal modello puro dell’*adversary system of litigation*, che, quanto ad obiettivi perseguiti, ne costituisce l’esatta antitesi. Infatti la priorità accordata –rispetto alla ricerca della verità– al libero scontro dialettico tra le parti nella fase istruttoria, in cui ciascuno dei contendenti sia intenzionato a far valere esclusivamente la propria posizione<sup>164</sup>, esula dalla natura e dalle caratteristiche proprie dell’Ordinamento processuale della Chiesa: essa non può recepire il naturale contraddittorio come una gara, ovvero come una contesa in cui ciascuno dei contendenti<sup>165</sup>, alla presenza di un Giudice arbitro, persegue il fine assolu-

---

162 La verità non va identificata con la pronuncia del Giudice, soprattutto quando in Giudizio vi siano versioni delle parti completamente contrastanti. Si veda a riguardo: M.J. ARROBA CONDE, *Verità e principio della doppia conforme*, in AA.VV., *Verità e giudicato nel Processo canonico*, Coll. *Studi giuridici*, n. XLVI, Città del Vaticano, 1997, 69.

163 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 20.

164 Come afferma Taruffo: «si sa infatti che i difensori delle parti mirano esclusivamente a vincere la Causa prevalendo sull’avversario, piuttosto che a far emergere una neutrale ed oggettiva ricostruzione dei fatti» (M. TARUFFO, *La semplice verità*, 157).

165 La disparità delle posizioni difensive delle parti che si determina nella fase *trial* del modello *adversary* puro, spesso dovuta a motivi economici, comporta gravi distorsioni della verità ed annessa incapacità di fondare ricostruzioni attendibili dei fatti. Sul punto si vedano le argomentazioni di: M. TARUFFO, *La ricerca della verità*, 606ss.

Difatti il contraddittorio e l’esercizio del diritto di difesa in condizioni di effettiva parità rappresentano postulati imprescindibili del giusto Processo; essi «divengono sinonimi di un bisogno fondamentale di “partecipazione” (o di “compartecipazione”) attiva dei litiganti allo svolgimento del Processo, sì da assicurare a costoro, su basi paritetiche, un’adeguata opportunità di influire –con ogni iniziativa consentita (di tipo assertivo, argomentativo o probatorio)– sulla formazione del convincimento del Giudice. In termini di sintesi, il contraddittorio si situa all’interno di una garanzia che non è più soltanto l’espressione di una “parità teorica” iniziale, ma è una garanzia più articolata (potremo dire: di

to ed univoco di sconfiggere l'avversario, allo scopo di ottenere una vittoria che sarà successivamente ritenuta dall'Organo giudicante come il successo da premiare<sup>166</sup>. Infatti tra i punti più dibattuti e critici dell'*adversarial system of litigation* vi è proprio la considerazione secondo cui

«esso incoraggia una partigianeria rabbiosa, distorce la giustizia trasformandola in una gara di astuzia ed attribuisce un indebito vantaggio alle parti ricche e alle parti abituali, ossia a quei soggetti che spesso sono coinvolti in Processi civili»<sup>167</sup>.

Corollario di questa impostazione inammissibile è la distorsione del principio dell'*audiatur et altera pars*, a causa della totale alterazione dell'uguaglianza sostanziale delle parti, che non sono messe in grado di difendersi con identità di poteri, essendo favorita la posizione del contendente più abile o più abiente, dotato di una difesa più esperta<sup>168</sup>.

In definitiva, il Diritto processuale canonico non può assumere quella prospettiva, ugualmente presente nei modelli processuali di *civil Law* che, relativamente alla formazione della Prova, intravede la forza epistemi-

“mezzi” e di “risultato”) in quanto riconosce a tutti i soggetti in lite, nel corso dell'intero Giudizio, non soltanto un'equa ed astratta distribuzione egli strumenti processuali di azione e di difesa, ma soprattutto (ed è questo il “risultato” garantito) la *possibilità effettiva* di condizionare, in proprio favore, con i “mezzi” di cui paritariamente dispongono, la decisione giurisdizionale conclusiva» (P. COMOGLIO, “Contraddittorio”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, 1ss.).

166 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: 2 octobris 1944, 286. Alle profonde espressioni di Pio XII fanno eco quelle di Benedetto XVI, secondo cui: «nessun Processo è a rigore contro l'altra parte, come se si trattasse di infliggere un danno ingiusto. L'obiettivo non è di togliere un bene a nessuno, bensì di stabilire e tutelare l'appartenenza dei beni alle persone e alle Istituzioni. A questa considerazione, valida per ogni Processo, se ne aggiunge un'altra ancora più specifica. Qui non c'è alcun bene conteso tra le parti, che debba essere attribuito all'una o all'altra parte. L'oggetto del Processo è invece dichiarare la verità circa la validità o meno di un concreto Matrimonio, vale a dire circa una realtà che fonda l'Istituto della famiglia e che, in massima misura, interessa la Chiesa e la società civile» (BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ*, 28 ianuarii 2006, in *AAS*, XCVIII [2006], 137).

167 «Non vi è dubbio che l'*adversary system* richiede e sollecita la partigianeria; questo, anzi è proprio ciò che esso vuole. È però difficile credere che le parti si comporterebbero diversamente nella cultura americana individualistica e competitiva, con i suoi sentimenti moralistici e i suoi atteggiamenti legalistici. [...] La partigianeria nel Processo non è che un aspetto del tipico atteggiamento americano che manifesta avversione verso il potere costituito, ma grande fiducia nell'ideale del Diritto. [...] Dallo stesso punto di vista una critica all'*adversary system* si rivolge alla faziosità degli Avvocati. Si ritiene che gli Avvocati americani amplifichino la partigianeria dei loro clienti, o almeno la incoraggino» (G.C. HAZARD - M. TARUFFO, *La giustizia*, 121). Tuttavia secondo l'autore anche in altri Sistemi processuali il difensore della parte deve incoraggiare il cliente allo scontro, da intendersi come un vero e proprio duello anche nei Processi di *civil Law* (cfr. *ivi*, 122).

168 Cfr. G.F. RICCI, *Nuovi rilievi*, 1140.

ca del principio del contraddittorio proprio nella conflittualità tra versioni confliggenti:

«la sua forza non sta nell'idea chimerica e platonica che le parti cooperino a un comune fine di ricerca della verità [...]; il presupposto epistemologico su cui si fonda è che la verità si manifesti, anzi si “tradisca” contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte prospettive»<sup>169</sup>.

Al contrario, il paradigma relazionale che caratterizza la struttura istituzionale del Processo canonico oltre ad imporre una posizione di uguaglianza fra le parti<sup>170</sup> “comporta una vera Filosofia del comportamento processuale”, che trova il suo più corretto fondamento nel principio della razionalità dialogica<sup>171</sup>. L'atteggiamento richiesto ai partecipanti del Processo canonico nella fase probatoria non consiste nell'incrementare un conflitto, incentivato dalla detenzione del monopolio assoluto delle iniziative istruttorie e della conduzione del Processo per perseguire a tutti i costi la vittoria della lite; esso, al contrario, presuppone un impegno volto a realizzare un'attività cooperativa, supportata dalla capacità comunicativa della ragione, che, attraverso l'intermediazione del dialogo, consenta a ciascuna delle parti di far cadere la pretesa assolutistica insita nella propria personale verità, assumendo, di conseguenza, la potenziale validità della prospettiva formulata dall'altra parte<sup>172</sup>. In definitiva, si tratta di un Procedimento epistemicamente orientato, in quanto strutturato in modo tale da contrastare fortemente la tendenza delle parti ad alterare la verità<sup>173</sup>, quale obiettivo comune; ciò implica la tensione della ragione comunicativa a «collocarsi nella prospettiva dell'altro, specialmente del più debole, scoprendo acriticamente le distor-

169 P. FERRUA, *Il “giusto Processo”*, 2 ed., Bologna, 2007, 93.

170 L'eventuale disparità tra le parti in merito all'esercizio del diritto di difesa comporta la nullità insanabile della Sentenza (CIC, Can. 1620, 7).

171 Il concetto di “razionalità dialogica” è ascrivibile ad Arroba Conde, il quale, nei suoi studi, ha ripreso e sviluppato tale aspetto facente capo alle Filosofie del dialogo sociale per applicarle al Diritto probatorio. Si veda, per tutti: M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 41-74. Per un approfondimento sulla razionalità dialogica relativa all'accertamento dei fatti si veda: E. DI BERNARDO, *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, Roma, 2002. In merito agli aspetti filosofici della ricerca dialogica della verità nel Processo canonico si veda: E. DI BERNARDO, *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto*, 311-315.

172 Come avverte la dottrina sul punto: «è chiaro che la sola procedura argomentativa razionale non è garanzia automatica di un risultato corrispondente al vero, ma un medium perché l'atto di giustizia della decisione non sia compreso come atto di dominio irrazionale» (M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 65).

173 Cfr. M.R. DAMAŠKA, *Epistemology and legal regulation of Proof*, in *Law, Probability and Risk*, II (2003), 120.

sioni particolaristiche e soggettivistiche della propria visione delle cose»<sup>174</sup>. L'attuazione di questo progressivo *modus procedendi*, diretto ad evitare di «eliminare l'altro e le sue ragioni»<sup>175</sup>, consente l'effettiva tutela del vincolo coesistenziale delle parti. Di conseguenza il contraddittorio non può ridursi ad un scontro irrazionale di argomentazioni persuasive, ma, pur partendo da una iniziale conflittualità, impone un continuo confronto costruttivo, teso a realizzare un discorso comune tra tutte le parti.

In quest'ottica la dinamica della relazione triadica *inter partes et Iudicem* acquista una portata peculiare rispetto alla struttura che la medesima riveste nei modelli processuali di *common Law* e di *civil Law*. Permanendo infatti la posizione di parità tra le parti e tra queste nei confronti del Giudice, la condizione di terzietà ed imparzialità dell'Organo giudicante nel corso dell'Istruzione probatoria non si esprime, in negativo, mediante il riconoscimento di un mero ruolo passivo o di controllo circa la conduzione del Processo, né attraverso la semplice mancanza di attribuzione al Giudice di veri e propri poteri istruttori autonomi per evitare di favorire una parte a danno dell'altra. Nel modello processuale canonico il concetto di imparzialità e di terzietà acquistano significati peculiari, in quanto l'inderogabile principio secondo cui è necessario decidere nello stesso modo tutti i casi sottoposti a Giudizio, deve conciliarsi con il ruolo di un Giudice che, in qualità di Organo *super partes*, non è indifferente alla ricostruzione della verità ma, al contrario, deve necessariamente stabilirla nel contesto di dinamiche dialogiche interattive da cui non gli è dato esimersi. Tutto ciò produce una duplice riscontro. Da un lato

«l'interazione comunicativa tra i protagonisti del Processo non esige la parità tra gli interlocutori ma il riconoscimento dell'alterità che, per le parti rispetto al Giudice, risiede nell'affidamento leale al Giudice dello svolgimento progressivo della discussione»<sup>176</sup>;

dall'altra il rispetto dell'imprescindibile suddivisione dei ruoli che spettano rispettivamente alle parti e al Giudice non esclude che all'Organo giudicante, in qualità di responsabile nello stabilire la verità, sia preclusa la possibilità di accertarla mediante la corretta interpretazione e l'adeguato

---

174 M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione*, 26. Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Apertura verso il Processo amministrativo di nullità del Matrimonio e diritto di difesa delle parti*, in *Apollinaris*, LXXXV (2002), 756-757.

175 Cfr. F. MACIOCE, *La lealtà. Una Filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, 121-141.

176 *Ivi*, 64.

utilizzo delle facoltà concessegli dall'Ordinamento processuale nel corso dell'Istruttoria<sup>177</sup>.

In definitiva, la cogenza del principio del *favor veritatis*, declinato nella corresponsabilità delle parti nell'accertamento dei fatti nella fase istruttoria<sup>178</sup> rappresenta un postulato che, nell'orizzonte dei vari Sistemi giuridici, il modello processuale canonico detiene in modo esclusivo, anche rispetto a quel modello comune di *civil Law* nel quale s'intenda affermare con decisione l'orientamento del Processo alla ricostruzione della verità oggettiva. Ciò in quanto le istanze personalistiche che sono sottese al Diritto canonico e le opzioni fondamentali di valore non consentono di ridurre la dimensione ecclesiastica a mera Procedura, a motivo della cogente domanda di senso che si impone sugli esiti perseguiti<sup>179</sup>.

---

177 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Apertura*, 755-766; M.J. ARROBA CONDE, *Funzione veritativa delle Norme sulla Prova*, in G. DALLA TORRE - C. GULLO - G. BONI (cur.), *Veritas non auctoritas facit Legem*. Studi di Diritto matrimoniale in onore di P.A. Bonnet, Coll. *Studi Giuridici*, n. XCIX, Città del Vaticano, 2012, 76-77.

178 Come esponenti autorevoli della dottrina canonistica avvertono: «non sono consone alla vita e alla missione della Chiesa modalità di intervento irragionevolmente esposte ad errore, che escludano o limitino la via della corresponsabilità nella ricerca della verità, affidandosi, senza imporre troppi vincoli, al convincimento di chi deve decidere» (M.J. ARROBA CONDE, *Funzione veritativa*, 73).

179 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e Difesa*, 65.



## **Modelli processuali e finalità perseguite nell'Istruttoria civile e canonica. Rilievi comparativi**

ELENA DI BERNARDO

### **Abstract**

Le recenti interferenze tra Ordinamenti appartenenti a famiglie giuridiche distinte non hanno prodotto il superamento delle differenze circa le finalità perseguite nel corso dell'Istruzione probatoria nei Processi civili di *common Law* e di *civil Law*. La considerazione dei presupposti culturali e delle ideologie sottese ai diversi "modelli processuali" rende ragione della peculiare configurazione dell'Istruttoria, del ruolo del Giudice e delle parti e degli scopi cui è orientato il c.d. "*adversary system of litigation*", rispetto a quelli conseguiti nei sistemi di *civil Law*, nei Sistemi socialisti e nel Processo canonico. L'unico obiettivo della risoluzione della controversia mediante lo scontro dialettico tra le parti e la sconfitta dell'avversario si pone in netta antitesi al tentativo di accertare la verità reale dei fatti mediante un'adeguata conduzione dell'Istruttoria. Tale finalità, maggiormente avvertita nei modelli di *civil Law*, è un connotato peculiare dell'Istruzione probatoria canonica. In essa il principio della *salus animarum*, l'Ecclesiologia di comunione, la concezione istituzionale del Processo e il *favor veritatis* rappresentano un'inderogabile domanda di senso che s'impone sugli esiti conseguiti.

### **Parole chiave:**

Diritto processuale comparato; modelli processuali; scopi del Processo civile; *adversary system*; Istruttoria canonica

### **Abstract**

*Recent interference between ordinances belonging to different legal Systems have not allowed an overcoming of the differences concerning the aims pursued during preliminary Investigations in common Law and civil Law Trials. Considering the cultural and ideological prerequisites that underlie different "trial models" justifies the preliminary Inquiry's peculiar structure, the Judge's and the parties' roles, but also the aims pursued by the "adversary system of litigation", in comparison to the goals achieved by civil Law, in socialist Systems and in canon Law. The sole objective of resolving a dispute by litigation and the subsequent defeat of one of the parties is decidedly opposed to ascertaining what really happened by adequately conducting a preliminary Inquiry. These aims, which are better perceived in civil Law models, are a distinctive feature of 'preliminary Inquiries' in canon Law. In it, the salus animarum principle, the Ecclesiology of communion, the institutional understanding of the Trial and the favor veritatis indicate a binding existential question that imposes itself upon the outcome of the Trial.*

### **Keywords:**

*comparative procedural Law; procedural models; civil litigation aims; adversary system; canonical preliminary Inquiries*



### **III. ARGUMENTA**



# **Efficacia e limiti del Diritto internazionale in tema di mobilità umana. Alla ricerca di un nuovo paradigma**

VINCENZO BUONOMO

**SOMMARIO** 1. La storia e l'oggi: lo *Ius communicationis*. 2. Efficacia e limiti dell'Ordinamento internazionale rispetto alla mobilità umana. 3. Due casi specifici: tutela dei rifugiati e protezione dei lavoratori migranti. 4. Diritti umani e mobilità umana: reciprocità e funzionalità del rapporto. 5. Elementi per una sintesi.

**SUMMARY** 1. *The history and the current situation: the impact of Ius communicationis*. 2. *Effectiveness of International Law and its inadequacy in relation to human mobility*. 3. *Two specific cases of protection: the Refugees and the Migrant workers*. 4. *Human Rights v. human mobility: a functional relationship based on reciprocity*. 5. *Concluding remarks*

## 1. LA STORIA E L'OGGI: LO *IUS COMMUNICATIONIS*

Tra il 1538 e il 1539, nell'Università di Salamanca uno dei fondatori del moderno Diritto internazionale, Francisco De Vitoria, nelle sue "*Relectiones de Indiis*" delineava il diritto di ogni persona di potersi muovere quale straniero o pellegrino sul territorio di altri Stati:

«è privo di umanità ricevere o trattare male gli ospiti e i pellegrini senza particolare motivo; al contrario, è umano e lecito accoglierli adeguatamente, a meno che gli stranieri rechino pregiudizio alla Nazione di arrivo»<sup>1</sup>.

---

1 F. DE VITORIA, *Relectiones de Indiis*, s.l., 1538, III. 2 (tr. it.: A. LAMACCHIA, cur.) Roma-Bari, 1996.

In questo De Vitoria sostanzia lo *Ius communicationis* come immagine che rende possibile una mobilità umana, il cui solo limite è rappresentato dall'osservanza della Legge penale e dal rispetto di quei principi fondamentali propri di ogni Ordinamento. Si tratta di una base dottrinale che acquisisce quanto maturato nello *Ius gentium* classico per rielaborarlo in funzione della Modernità: nel caso di un *Diritto delle genti* chiamato a definire un regime di tutela dello straniero e dei suoi beni da parte dello Stato territoriale e del suo Ordinamento. In particolare nella seconda delle *Relectiones* sul “nuovo mondo” (“*De Indiis recenter inventis*”, del 1539) lo *Ius communicationis* trova alcune specificazioni, come quella del diritto di ogni persona di «recarsi nella regione che desidera e di poterla poi lasciare» o dell'illiceità dell'espulsione di uno straniero se questi «non ha commesso alcuna colpa»<sup>2</sup>.

Una concezione articolata, dunque, e non solo con una valenza storica, ma certo facilmente applicabile anche alla situazione dell'oggi della mobilità umana, di fronte alla quale, anzi, diventa ampiamente condivisibile anzitutto sul piano dottrinale. Basta considerare la condizione di persone che quotidianamente si spostano dalle proprie terre di origine in ragione di motivi legati alla contingenza politica, all'intolleranza religiosa o razziale, alle calamità naturali, ai conflitti o più ampiamente per cercare opportunità di lavoro o, spesso, condizioni di vera e propria sopravvivenza. Ma quali sono i fondamenti che ispirano la concezione del De Vitoria e che, per altro, ne garantiscono l'attualità? Ad emergere sono sostanzialmente due considerazioni.

Una prima riguarda il profilo dottrinale del Diritto internazionale. Infatti, considerando il pensiero del Maestro di Salamanca, a dare fondamento allo *Ius communicationis* c'è la nozione del “*totus orbis*” e cioè di una realtà unitaria, giuridicamente regolata, delle relazioni tra i popoli considerati come protagonisti della vita internazionale. Una relazione regolata da Norme comuni (lo *Ius inter gentes*) che pongono effettive limitazioni alla potestà dei Sovrani<sup>3</sup>. Quella che oggi si esprime con l'immagine di *famiglia umana universale* o di *global commonwealth*<sup>4</sup> per De Vitoria è l'organizzazione giuridica di

2 *Ibidem*.

3 L'idea del *totus orbis*, è espressa dal De Vitoria inizialmente nel suo “Commentario” alla *Summa Theologiae* (cfr. F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, [V. BELTRÁN DE HEREDIA, ed.] 6 voll., coll. *Biblioteca de Teólogos Españoles*, Salamanca, 1932-1952) in particolare alla classica *Quaestio de bello* (*Commentarios ad II-II*, q. 40, 1, nota 3), e poi sviluppata nel 1532 nella *Relectio de iure delli Hispanorum in barbaros*.

4 Si veda in tal senso lo studio di A. WAGNER, *Francisco De Vitoria and Alberico Gentili on the legal character of the global Commonwealth*, in *Oxford Journal of legal studies*, XXXI (2011), 567 ss.

tutti i popoli, oltre le differenze religiose, che permette loro di avere rapporti anche su base stabile compresi anche della possibilità di spostamento delle persone. Nel XVI secolo si trattava di una concezione nella quale si delinea la fisionomia di una Comunità internazionale alla ricerca di nuovi parametri su cui stabilire regole e Norme per un mondo ormai cambiato<sup>5</sup> (l'analogia con la nostra Era può essere evidente), parametri tra i quali si inserisce proprio lo *Ius communicationis*. Un diritto che, nel caso specifico, diventa la base di un nuovo paradigma per il Diritto internazionale chiamato a governare una mobilità umana crescente e a fronteggiare un'apertura che apparentemente riguardava solo le Potenze coloniali, ma –e De Vitoria riconosce questo– nei fatti tendeva a coinvolgere i diversi popoli.

Un'altra è invece relativa ai fondamenti dell'Ordinamento internazionale. Infatti, ad ispirare la condotta di singoli e comunità De Vitoria colloca un sentimento di umanità che si traduce in ospitalità, reciprocità nell'accoglienza e riconoscimento in nome di una comune appartenenza al genere umano considerata effetto della Redenzione<sup>6</sup>: un riferimento alla dimensione religiosa proposta come valore per le relazioni internazionali, che ne mostra così la valenza di tipo politico-giuridico. Il richiamo all'elemento religioso è in funzione della sua capacità di ispirare, allora come oggi, comportamenti ed azioni, come pure regole e Norme capaci di governare la condotta degli Stati, tra di essi ed al loro interno.

Affrontare la questione delle migrazioni nell'attuale quadro internazionale significa anzitutto rivolgere lo sguardo alle dinamiche della popolazione (consistenza, tendenze demografiche), alle situazioni di conflitto, alle aspirazioni ad un tenore di vita dignitoso, alla garanzia per l'esercizio di diritti fondamentali. È un approccio necessario di fronte al dato che circa 250 milioni di persone, quasi il 3 per cento della popolazione mondiale, lasciano il loro territorio di origine<sup>7</sup>. Si tratta, per altro, di un fenomeno in crescita che comporta immediatamente –e spesso drammaticamente– non solo l'attitudine ad atteggiamenti di comprensione, assistenza, solidarietà da esprimere attraverso gli strumenti della Politica e l'attività delle Istituzioni, ma soprattutto la ricerca di

---

5 Della questione ci siamo occupati in: V. BUONOMO, *Norme e regole nel Diritto internazionale*, in P. GHERRI (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2009, in particolare alle pagine 90-92.

6 Cfr. F. DE VITORIA, *Relecciones de Indis*, III, 2, 8.

7 Per i dati si rinvia alle statistiche predisposte annualmente dalla *International Organization for Migration* (cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *World Migration Report 2013. Migrant Well-being and Development*, Geneva, 2013).

*nuovi parametri* di ordine culturale da tradurre in altrettanti principi di base e Norme di condotta nella gestione, nelle scelte, nella governabilità, come pure nel livello decisionale che riguarda il fenomeno migratorio. Ricerca di regole, dunque, per garantire un *decision making* rispondente a necessità oggettive.

Un primo livello di analisi impone di individuare quali siano le principali questioni con le quali, sul piano interno ed a livello internazionale, sono chiamati a confrontarsi gli indirizzi politico-sociali e le decisioni in economia che poi sottendono il momento legislativo e normativo.

Le tendenze che su scala internazionale si registrano sul versante delle migrazioni e le prospettive geopolitiche che sono collegate o derivano dai diversi aspetti del fenomeno, evidenziano una stretta connessione con fenomeni quali la globalizzazione, la liberalizzazione dei flussi commerciali, l'integrazione economica in aree specifiche. Si tratta, infatti, di fattori che se da un lato incoraggiano la mobilità umana anzitutto nella dimensione economica e lavorativa, alimentata da un crescente divario negli *standard* di vita fra Paesi poveri e ricchi, come pure da una diversa dinamica demografica al loro interno, dall'altra si legano indicatori o a vere e proprie misure finalizzate a regolare i flussi migratori, ad arginarli o addirittura ad erigere barriere. Quest'ultimo approccio sembra non tenere nella dovuta considerazione che le migrazioni, e meglio si direbbe i migranti, sono costruttori di una rete di rapporti e di scambi che vanno oltre le frontiere, quasi strumenti privilegiati per intessere rapporti tra Paesi, culture ed aree differenti. Il migrante, infatti, può essere un potenziale strumento di crescita e beneficio sia per le aree di origine, sia per quelle di approdo. Il pensiero corre immediatamente al trasferimento di risorse, economiche, professionali, umane che i migranti favoriscono per il loro Paese di provenienza: un dato la cui rilevanza è stata ampiamente riscontrata a partire dal 2008, quando gli effetti della crisi finanziaria e quindi economica hanno visto una graduale diminuzione delle rimesse con ulteriori pesanti effetti su Paesi a basso reddito e con forte incidenza degli indici di povertà. Non a caso, già nel 2006, il Rapporto "*Global Economic Prospects*" della Banca Mondiale<sup>8</sup> indicava che il numero crescente di migranti nel mondo con la loro produttività e i loro guadagni costituiva uno strumento funzionale alle strategie di lotta alla povertà e di riduzione del sottosviluppo. E, se in ragione della prospettiva specifica di quel Rapporto, il riferimento era alle rimesse degli immigrati quali importanti veicoli di lotta all'estrema povertà, questo non im-

---

8 Cfr. THE WORLD BANK, *Global economic prospects. Economic implications of remittances and migration 2006*, Washington (DC), 2006.



pediva di cogliere pienamente attraverso i potenziali vantaggi economici delle migrazioni, le implicazioni socio-politiche e normative ad esse associate.

Parimenti effetti-benefici delle migrazioni si riscontrano nei Paesi di arrivo, quando colmano le lacune di mancata forza lavoro o più ampiamente di inadeguata crescita della popolazione rispetto ad esigenze macroeconomiche. Ma da queste ultime implicazioni non sono estranei atteggiamenti che pongono le migrazioni all'origine di sentimenti contrastati, di risentimento da parte della popolazione dei Paesi di approdo, lì dove la coabitazione diviene difficile per differenze etniche, linguistiche, culturali e religiose; o addirittura assume solo connotazioni conflittuali quando ad essere messi in discussione sono i principi cardine della convivenza, quella costituzione materiale che è posta alla base del vivere sociale. Ed allora l'apporto positivo delle migrazioni al mondo del lavoro genera dissidi: il migrante diventa colui che sottrae occupazione, determina una concorrenza sleale nei livelli salariali, spinge per un maggiore spostamento di risorse verso la spesa sociale. A fare da sfondo restano non solo i complessi dibattiti sulla connessione fra fenomeno migratorio, livelli di sviluppo, negoziati e strategie per ridurre la povertà, ma anche le questioni che condizionano quel necessario *dialogo tra le civiltà* (piuttosto che lo *scontro tra le civiltà*) al quale concorre l'apporto delle religioni, della società civile organizzata, dei processi educativi e di formazione e che necessita di esprimere risultati in termini giuridici: principi, regole e, soprattutto, loro rispetto.

## 2. EFFICACIA E LIMITI DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE RISPETTO ALLA MOBILITÀ UMANA

Le precedenti indicazioni sono sufficienti per comprendere che la mobilità umana, in ragione delle cause che la provocano e per gli effetti che determina, è parte essenziale dell'agenda internazionale. Anzi la crescente complessità di gestione dei flussi migratori dell'ultima fase ha posto una sfida senza precedenti per gli Stati, richiedendo un necessario coinvolgimento delle Istituzioni intergovernative chiamate a introdurre strumenti normativi uniformi o almeno armonizzati, poiché risulta chiaro che gli approcci unilaterali restano inefficaci se diversificati e privi del necessario coordinamento o se finalizzati a singole situazioni, come nel caso delle emergenze. Questa tendenza verso il metodo multilaterale è dimostrata dall'atteggiamento di un numero sempre crescente di Paesi che pur adottando singolarmente politiche e strumenti normativi definiti in ragione di esigenze interne e per lo più volti a ridurre forme di irre-

golarità, clandestinità o a prevedere improbabili contingentamenti di flussi di migranti, domandano quei necessari interventi “a più dimensioni” (economici, normativi, sanitari, assistenziali...) per gestire le migrazioni - specie quelle economiche. Un orientamento che diventa improrogabile nel caso di spostamenti forzati e, parimenti, per prevenire o almeno limitare abusi nei confronti dei migranti. Fenomeno, quest’ultimo, che desta grande preoccupazione se si confrontano i dati relativi alla tratta di esseri umani (“*trafficking*”) o all’industria legata all’introduzione clandestina di migranti (“*smuggling*”) il cui volume –in quantità ed affari– appare crescente<sup>9</sup>.

Le cause profonde del fenomeno migratorio e l’interazione tra i fattori che incidono sulle opportunità offerte da una *mobilità ordinata* (temporanea o permanente) richiedono, pertanto, una gestione concertata da parte di Governi e di Istituzioni internazionali: è quanto testimoniano gli sforzi di integrazione dei migranti nelle società di accoglienza o i programmi di reintegrazione nei Paesi di origine accompagnati da chiare indicazioni di sostenibilità mediante gli strumenti della cooperazione internazionale e specificamente la voce del cosiddetto “aiuto allo sviluppo”.

Sempre più, poi, nell’ultima fase, ad emergere è soprattutto la ricerca di criteri e di azioni per garantire i diritti primari e non derogabili (“*core rights*”), quelli che il contemporaneo Diritto internazionale riconosce come appartenenti alla persona umana e quindi al migrante e più ampiamente a quanti, per cause diverse, si muovono dalle loro terre di origine. I diritti umani con la loro tutela e promozione, si pongono, dunque, come l’ambito che manifesta l’attenzione dell’Ordinamento internazionale alla persona, ai diversi momenti della sua esistenza, alle manifestazioni della sua dimensione sociale, come pure alle sue libertà e facoltà non solo quanto al loro riconoscimento, ma soprattutto alla loro garanzia. Nei fatti questo significa protezione per la persona, per i popoli e per le comunità.

Ma, avendone presente la natura e la funzione, in cosa si concretizza tale orientamento nella dimensione giuridica che è propria dell’Ordinamento internazionale?

---

9 Si vedano tra gli altri: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *World Migration Report 2011 - Communicating effectively about migration*, Geneva, 2011, 42-89 (e fonti statistiche ivi citate); EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. 3<sup>rd</sup> annual report on immigration and Asylum (2011)*, (Bruxelles, 23/05/12), in URL: < [http://ec.europa.eu/home-affairs/doc\\_centre/immigration/docs/COM%202012%20250%20final%201\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v5.pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/immigration/docs/COM%202012%20250%20final%201_EN_ACT_part1_v5.pdf) > in data 09/08/2013.

Obiettivo immediato è la tutela di identità spesso oggetto di limitazioni, restrizioni o addirittura negazione: ne sono esempio le disposizioni della “*Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*”<sup>10</sup> quando prevedono che ogni persona ha il *diritto alla libertà di movimento* all’interno del proprio Paese e lo specificano nel “diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese”<sup>11</sup>; o precisano aspetti che investono direttamente il fenomeno della mobilità umana nelle sue diverse cause ed articolazioni, come è il caso dell’Asilo: «ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi Asilo dalle persecuzioni»<sup>12</sup>, o dell’apolidia: «nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua Cittadinanza, né del diritto di mutare Cittadinanza»<sup>13</sup>.

Un secondo obiettivo, orientato però sul lungo periodo, è quello di tutelare la persona per garantire all’umanità di essere immune da “flagelli e

---

10 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Universal declaration of human rights*, (New York, 10 December 1948), in URL: < <http://www.un.org/en/documents/udhr/> > in data 09/08/2013); d’ora in poi abbreviata in “*Dichiarazione universale*”.

11 Cfr. *Dichiarazione universale*, Art. 13. Analoghe disposizioni si ritrovano in tutti gli Atti normativi di base per la tutela dei diritti umani adottati in contesti regionali o geopolitici: *Protocollo n. 4 alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Art. 2 (cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, [Roma, 04/11/1950], in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm> > in data 09/08/2013); *Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo*, Art. 22 (cfr. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *American Convention on human rights “Pact of San José, Costa Rica”*, [San José, 22 November 1969], in URL: < [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf) > in data 09/08/2013); *Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli*, Art. 12 (cfr. ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *African (banjul) charter on human and peoples’ rights*, [Nairobi, 27 June 1981], in URL: < [http://au.int/en/sites/default/files/banjul\\_charter.pdf](http://au.int/en/sites/default/files/banjul_charter.pdf) > al 09/08/2013); *Atto finale di Helsinki*, Principio VII (cfr. CONFERENCE ON SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, *Final Act*, [Helsinki, 01/08/1975], in URL: < <http://www.osce.org/mc/39501?download=true> > in data 09/08/2013); *Dichiarazione di Cairo dei diritti dell’uomo nell’Islam*, Art. 12 (cfr. ORGANISATION DE LA CONFERENCE ISLAMIQUE, *Declaration du Caire sur les droits de l’homme en Islam*, in URL: < <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/756c9c37a4f4262d802568fd00524837?OpenDocument> > in data 09/08/2013); e, nello specifico del diritto alla libertà di circolazione e stabilimento, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Art. 15 (cfr. *Charter of fundamental rights of the European Union*, in *Official Journal of the European Communities*, XLIII [2000], C 364 of 18/12/2000, 1-22).

12 *Dichiarazione Universale*, Art. 14.1. Anche in questo caso analoghe disposizioni si ritrovano negli atti normativi adottati in contesti regionali o geopolitici, mentre una sistematica regolamentazione dell’Asilo è quella contenuta nella *Convenzione sullo status di rifugiato* adottata già nel 1951.

13 *Dichiarazione Universale*, Art. 15.2. Oltre alle disposizioni di Atti regionali o per aree geopolitiche, va tenuto presente che un approccio sistematico dell’Ordinamento internazionale sul divieto di apolidia è quello espresso nella *Convenzione relativa allo status degli apolidi* adottata già nel 1954 (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention relating to the status of stateless persons*, [New York, 28 September 1954], in URL: < <http://www.unhcr.org/3bbb25729.html> > in data 09/08/2013).

sofferenze”. È quanto delinea il *Preambolo* della *Carta delle Nazioni Unite*<sup>14</sup> riconoscendo nel 1945 come la stabilità e l’ordine internazionale significino condizioni di tutela e sicurezza per ogni persona –avendo ben presente in quella fase storica la sofferenza causata dal conflitto– indicandole come veicoli di pace<sup>15</sup>. Si inseriscono in questa scia anche quelle regole volte a modificare la relazione tra persona e conflitto (andando oltre le sole regole sul modo di condurre la guerra) espresse nel 1949 dalla codificazione del Diritto internazionale umanitario<sup>16</sup>, che già nel lontano 1864 si era strutturata intorno al principio “*inter arma caritas*”, facendo, tra l’altro, della croce un simbolo internazionalmente rilevante<sup>17</sup>.

Questi sommari accenni evidenziano però che una lettura del fenomeno delle migrazioni e della mobilità umana collocata nella prospettiva internazionale non può prescindere anche dall’individuare accanto alla dimensione giuridica le questioni di ordine etico da cui le Norme giuridiche traggono fondamento, non solo in relazione ai contenuti o al loro diverso grado di obbligatorietà ed efficacia, ma soprattutto per coglierne l’evoluzione in relazione alle mutate circostanze dei rapporti internazionali. La dimensione giuridica, infatti, diventa uno strumento di risposta efficace se ha presenti le istanze etiche soggiacenti al vivere sociale: nel caso si tratta delle diverse sensibilità e interpretazioni verso la mobilità umana e non solo nel contesto internazionale, ma in primo luogo nelle situazioni interne agli Stati. Questa propensione, poi, consente di verificare i riflessi che il Diritto internazionale produce negli Ordinamenti interni degli Stati e l’importanza che questi attribuiscono alla funzione degli Organismi intergovernativi nel favorire adeguate risposte all’evoluzione in corso sia in termini normativi che operativi.

---

14 Cfr. UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, (San Francisco, 26 June 1945) in URL: < <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf> > in data 09/08/2013.

15 Si tratta di una prospettiva ricorrente nella *Carta delle Nazioni Unite* e nell’attività messa in atto dall’Organizzazione nella sua prima fase di attività.

16 Il riferimento è alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relative rispettivamente alla protezione dei feriti, dei naufraghi, dei prigionieri di guerra e della popolazione civile, le cui disposizioni vennero successivamente ampliate con i due *Protocolli aggiuntivi* adottati l’8 giugno 1977. Per un inquadramento della relazione tra Diritto internazionale umanitario e mobilità umana, si rinvia alla nota trattazione di R. PERRUHOAD (éd.), *Migration et protection des droits de l’homme*, Genève, 2005, 147-155.

17 Il simbolo della croce nel contesto del Diritto internazionale umanitario pur non avendo assunto alcuna connotazione confessionale, anche in ragione del principio di neutralità posto alla base dell’azione umanitaria nella quale opera la Croce Rossa, solo dall’8 dicembre 2005 è ritenuto ufficialmente privo di radice religiosa con l’adozione del III Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra relativo ad un emblema aggiuntivo per le attività umanitarie «riconoscendo le difficoltà che certi Stati e Società nazionali possono avere con l’uso degli emblemi distintivi esistenti (croce rossa e mezza luna rossa)».

Un primo profilo che va analizzato riguarda l'*efficacia di principi inderogabili* assunti dal Diritto internazionale anche di fronte alla mobilità umana, che immediatamente mostrano come le sue Norme, liberatasi dell'esclusivo riferimento alla volontà assoluta degli Stati, siano frutto di valori che si manifestano, si consolidano e si implementano nella dinamica dei rapporti internazionali. E questo è evidente anche riguardo alla materia della mobilità umana o dei rifugiati: la protezione dei diritti della persona ha portato ad un graduale superamento della relazione tra Cittadinanza e diritti, e più ampiamente ad abbandonare la concezione della statualità (preminenza della sovranità statale) come fonte e ispirazione della Norma internazionale, esprimendo concetti come la protezione *erga omnes* o dando piena validità al principio dell'universalità dei diritti umani; analogamente l'ampio consenso ottenuto in sede di codificazione dalle Norme della "*Convenzione sullo status di rifugiato*" del 1951<sup>18</sup> e, nello specifico della sua applicazione, il divieto di respingimento dei richiedenti Asilo codificato nel principio di "*non-refoulement*" all'Art. 33, o dalla più recente "*Convenzione sulla protezione dei diritti del lavoratore migrante e della propria famiglia*" del 1990<sup>19</sup>.

### 3. DUE CASI SPECIFICI: TUTELA DEI RIFUGIATI E PROTEZIONE DEI LAVORATORI MIGRANTI

Sono proprio le *Convenzioni* del 1951 e del 1990 ad offrire spunti essenziali per cogliere a fondo l'attuale capacità di risposta dell'Ordinamento internazionale rispetto al fenomeno della mobilità umana. Si tratta, infatti, di Atti che nel loro ambito specifico non solo hanno modificato la struttura dei rapporti internazionali, ma anche il suo tradizionale presupposto e cioè l'interesse che ciascuno dei singoli membri della Comunità internazionale persegue. Alla luce di tali Normative e a fronte della loro applicazione, infatti, la propensione degli Stati ad agire non è più assoluta, ed è invece chiamata a rispettare quei principi generali e non di pura cortesia internazionale ritenuti ormai inderogabili dalla coscienza comune dell'umanità.

---

18 "*Convenzione sullo status di rifugiato*" (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention relating to the status of refugees*, [Geneva, 28 July 1951], in URL: < <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html> > in data 09/08/2013); di seguito abbreviata in: "*Convenzione 1951*".

19 "*Convenzione sulla protezione dei diritti del lavoratore migrante e della propria famiglia*" (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families*, [New York, 03 March 2005], in URL: < <http://www.refworld.org/docid/43f31236c.html> > in data 09/08/2013); di seguito abbreviata in: "*Convenzione 1990*".

### 3.1 *Il caso della Convenzione sui rifugiati*

La *Convenzione sullo status di rifugiato* è l'esempio di come non solo i contenuti, ma anche la questione dell'efficacia rimanga aperta di fronte agli sviluppi attuali e futuri della protezione della persona umana nei movimenti di popolazione e resta ancora *de Iure condendo* in alcuni dei suoi aspetti a fronte di ritornanti chiusure degli spazi sovrani o addirittura mostra un fragile consenso anche rispetto a principi considerati ormai acquisiti. Si tratta di alcune delle reazioni più preoccupanti messe in atto da Stati che cercano di fronteggiare i grandi fenomeni della mobilità umana, come mostrano, ad esempio, la tendenza ad un'applicazione restrittiva delle Norme internazionali sul diritto d'Asilo, le politiche di respingimento o l'impedimento alla libertà di transito delle frontiere, fino a contravvenire in qualche modo alle previsioni della Convenzione e in particolare all'Art. 33 che, come si è detto, enuncia il principio di *non-refoulement*. Su questo aspetto specifico ogni interrogativo è legato ad una valutazione della capacità della Convenzione di fronteggiare i contesti attuali in termini di protezione internazionale, considerando il suo inquadramento storico e non dimenticando le due esigenze che motivarono nel 1950 la codificazione di Norme sparse sulla materia dei rifugiati: da un lato il quadro emotivo determinato dagli accadimenti della seconda guerra mondiale e dai successivi riassetto geopolitici e territoriali, dall'altro le esigenze reali di regolare sul piano internazionale un fenomeno di proporzioni globali. Che la Convenzione fosse una risposta immediata alle situazioni determinate dal conflitto è chiaro fin dall'Art. 1 dove il concetto di protezione del rifugiato è limitato all'Europa e per gli avvenimenti verificatisi prima del 1951. Ma allo stesso tempo la definizione di rifugiato data dal medesimo Articolo è assai ampia per quel periodo e mostra la determinazione di favorire uno sviluppo progressivo del Diritto internazionale in materia<sup>20</sup>. Infatti rifugiato è colui che:

- 1) teme persecuzioni per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza al gruppo sociale, o opinioni politiche;
- 2) si trova fuori dal Paese di cui è cittadino;
- 3) non può o non vuole avvalersi della protezione del Paese di cui è cittadino;
- 4) non avendo Cittadinanza e trovandosi fuori dal Paese di abituale residenza non vuol farvi ritorno.

---

20 Ad avvalorare la prospettiva di sviluppo progressivo può essere considerata l'esenzione di reciprocità, intesa come assenza di reciprocità legislativa tra gli Stati prevista dall'Art. 7, pur mantenendo chiaro il principio che la protezione di base concessa al rifugiato è la stessa accordata allo straniero (Art. 7.1).

Oggi ad essersi modificato è il contesto politico internazionale come pure il quadro giuridico che regge le relazioni tra gli Stati, poiché le condizioni di mobilità umana si sono moltiplicate fino a sovrapporsi e a distaccarsi dall'originale definizione di rifugiato, determinando quasi un'incertezza interpretativa sul se e sul come oggi il rifugiato sia quello contemplato dalla *Convenzione 1951*. Su questo aspetto, per il solo profilo normativo, basti pensare alle prospettive aperte dal Diritto dell'Unione Europea con il *Regolamento 862/2007*<sup>21</sup> o con le Direttive 83/2004<sup>22</sup> e 85/2005<sup>23</sup>, normative dalle quali si evidenzia che l'attenzione alla questione dei rifugiati rimane legata ad un aspetto: l'impossibilità della persona che chiede lo *status* di rifugiato di rientrare nel Paese di provenienza.

Le situazioni odierne impongono un riferimento a Norme minime per la protezione internazionale dei diritti umani o a quelle della *Convenzione 1951* per la determinazione dello *status* di rifugiato, poi il riconoscimento dell'importanza di Istituti come la protezione sussidiaria, per la quale una persona pur non essendo ancora rifugiato è protetta, o ancora la più ampia protezione umanitaria legata ad evidenti situazioni personali e che oggi sembra gradualmente scomparire dalla considerazione e dalla pratica in materia di richiesta di Asilo. A determinarsi è sempre più un'applicazione ispirata da esigenze interne che prescinde dalla ordinaria distinzione tra le situazioni di emergenza e le situazioni ordinarie, con la prevalenza di motivazioni di ordine interno legate alla sicurezza o con una non applicazione della Convenzione medesima. Avviene, pertanto, che la maggior parte dei richiedenti Asilo o bisognosi di protezione riceva una protezione umanitaria di tipo emergenziale, che riaffiorino limitazioni geografiche e temporali come quelle a cui aveva posto termine l'adozione nel 1967 dell'apposito Protocollo alla Convenzione del 1951<sup>24</sup>, o

21 Cfr. UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Regolamento (CE) N. 862/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale e che abroga il Regolamento (CEE) n. 311/76 del Consiglio relativo all'elaborazione di statistiche riguardanti i lavoratori stranieri*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, L (2007), L 199 del 31.7.2007, 23-29.

22 Cfr. UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché Norme minime sul contenuto dello status di protezione* in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII (2004), L 304 del 30.09.2004, 12-23.

23 Cfr. UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 10 dicembre 2005 recante Norme minime per le Procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVIII (2005), L 326 del 13.12.2005, 13-33.

24 Rendendo applicabile le disposizioni non più alla sola area europea e per i fatti avvenuti fino al 1951.



ancora che si confonda la condizione del richiedente Asilo con il diritto di soggiorno temporaneo (che non garantisce il lavoro o assistenza) nella quasi totalità dei casi finalizzato al transito verso altri Paesi. In casi specifici, poi, si assiste ad un uso ampliato delle previsioni della *lettera f* dell'Art. 1 della Convenzione, lì dove si stabilisce che lo Stato parte può rifiutare l'applicazione in ragione di un Reato comune compiuto dal richiedente Asilo e questo per l'amplificarsi della concezione espressa dal binomio: migrazione-criminalità. Una concezione che limitate interpretazioni vorrebbero ritrovare nell'Art. 79 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*<sup>25</sup> per configurare come crimine l'immigrazione irregolare, dimenticando che quella Norma va piuttosto ad inquadrare le misure applicabili per fronteggiare il traffico o la tratta di essere umani, nel quadro di una

«politica comune in materia di Asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento»<sup>26</sup>.

Non va poi tralasciato l'irrigidimento dell'opinione pubblica, anche in ragione della recente crisi economica, che ha fatto registrare una diminuzione del ricorso al combinato tra le previsioni dell'Art. 5 della Convenzione –circa i diritti che possono essere riconosciuti ai rifugiati indipendentemente da quando prevede in modo esplicito la Convenzione medesima– e le Norme generali specifiche del Diritto internazionale dei diritti umani. Infine, quanto al principio di *non-refoulement* è chiaro che si tratta di una Norma imperativa –come avvalorata la previsione che all'Art. 33 non possono essere poste riserve dagli Stati parte della Convenzione– ma si torna a discutere se esso sia effettivamente inderogabile e cioè che la sua violazione sia in grado di determinare nei confronti di uno Stato una responsabilità internazionale di tipo aggravato.

Le risposte che il Diritto internazionale e, di conseguenza, il Dritto interno sono chiamati a fornire di fronte alle sfide poste oggi dalla mobilità umana

---

25 «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani». *Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, LI (2008), C 115 del 9.5.2008, 47-200.

26 *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, Art. 78.1 che prevede un rinvio di conformità all'Ordinamento internazionale, richiamandosi: «alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al Protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo *status* dei rifugiati, e agli altri Trattati pertinenti».



e del diritto di Asilo in particolare domandano in termini sostanziali di recepire la maturazione della prassi interna e internazionale –il riferimento è anzitutto all’*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati* (UNHCR) o alla *Organizzazione Internazionale per le Migrazioni* (IOM)– fermo restando la natura universale delle Norme che il Diritto internazionale ha elaborato nei sessantuno anni che ci separano dalla *Convenzione 1951* e quindi degli *standard* applicativi conseguenti. La prassi ha fatto emergere la necessità di introdurre nel comportamento degli Stati criteri rispondenti alle situazioni attuali per prevedere l’accoglienza in attesa della definizione dello *status* di rifugiato o ancora soluzioni specifiche per i richiedenti Asilo. Si tratta di aspetti che vanno coniugati con le Norme relative alle procedure d’ingresso, di accesso alle frontiere nel rispetto della necessità di protezione della persona, sia essa proveniente dall’esterno o cittadino del Paese; e ancora, di un profilo riferito anzitutto agli Stati di arrivo dei quali vanno rese coerenti le prassi (ad esempio: come fronteggiare il diverso modo di intendere la protezione sul mare?) o migliorate le procedure di accoglienza con criteri e *standard* specifici. Un ulteriore aspetto riguarda la questione del rifugiato in situazioni protratte dove si pongono problemi di risorse, inserimento, socializzazione legate alla multiculturalità e meccanismi diretti a favorire la coesistenza di cultura, religioni e visioni del mondo tra loro diverse. In questo senso c’è da chiedersi se l’Art. 34 della *Convenzione 1951* sia ancora applicabile o non sia fonte di pregiudizio per l’identità o per una effettiva esclusione, poiché lega la naturalizzazione del rifugiato alla pratica dell’assimilazione alla cultura del Paese di Asilo.

Da questa analisi non può essere esclusa la determinazione delle condizioni e delle cause che alimentano o motivano la mobilità umana nei Paesi di emigrazione o comunque da cui parte la maggioranza di coloro che richiedono accoglienza ed Asilo. La diminuzione complessiva dell’aiuto pubblico allo sviluppo che rappresenta la condizione previa per favorire la crescita di Paesi a basso reddito e con elevato indice di povertà da cui si muovono ampie fasce della popolazione specie quella in età lavorativa, domanda di abbandonare la retorica dello sviluppo *in loco* e di realizzare soluzioni nei Paesi di origine con una previsione delle risorse da rendere disponibili. Come pure di risorse continuative necessita anche l’azione di emergenza, sul piano interno e su quello internazionale<sup>27</sup>.

---

27 La questione riguarda per altro anche le risorse per gestire la mobilità legata alla richiesta di permessi: i criteri che oggi, dal 2008, l’Alto Commissariato utilizza per il suo bilancio e programma sono basati sulla necessità e non più sulle risorse disponibili, ma questo non basta ad un Organismo per dare la necessaria garanzia di continuità nelle operazioni.

Si fa dunque spazio l'esigenza di un ritorno allo spirito che ispirò in origine la *Convenzione 1951*, sintetizzato nella concessione al rifugiato o al richiedente Asilo degli stessi diritti e del medesimo trattamento riservato agli stranieri. Un aspetto minimo, ma di grande valore a cui sono correlate le esenzioni previste dagli Articoli 7, in materia di esclusione della reciprocità legislativa, e 8, circa le misure eccezionali limitate dal peso che ha gradualmente acquisito la Normativa internazionale sui diritti umani. Analogamente circa le misure provvisorie previste dall'Art. 9 in ragione di guerre, circostanze gravi ed eccezionali o di protezione della sicurezza nazionale va valutato quale sia l'interpretazione da dare al concetto di sicurezza di uno Stato: oggi la protezione della garanzia dei diritti fondamentali ha abituato all'idea che non possono essere sospesi determinati diritti, anche in ragione delle garanzie richieste dalla sicurezza nazionale. Ancora la questione rimane aperta nelle situazioni di irregolarità previste dall'Art. 31 che domanda una rivalutazione dell'obbligo di presentarsi alle Autorità del Paese di approdo sapendo che agli irregolari non è applicabile una sanzione penale ma una restrizione di movimento in attesa di regolarizzazione: l'idea di tempo ragionevole e di facilitazioni necessarie non si è forse evoluta in questi anni? Aspetto fortemente dibattuto questo, specie quando, è il caso dell'Italia, alla condizione di irregolare è stato contrapposto, quasi come rimedio, il Reato di clandestinità che ha trovato ragioni di immediato conflitto con la Normativa dell'Unione Europea e in particolare con la *Direttiva 2008/115/CE*<sup>28</sup> circa il rimpatrio di clandestini, la cui portata esclude la previsione del Reato di clandestinità come ha dimostrato la Sentenza del 28 aprile 2011 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativa al caso *El Dridi v. Italia*<sup>29</sup>. La stessa previsione della espulsione di irregolari, qualora il Paese di approdo abbia verificato l'impossibilità di concedere uno *status* di rifugiato pur se posta in relazione alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico non può che essere una decisione conforme alla Legge.

Ritorna, dunque, l'obiettivo di una cooperazione internazionale non nella determinazione strettamente funzionale e limitata prevista dall'Art. 35 della *Convenzione 1951*, ma in termini sostanziali. Il riferimento può essere fatto ad azioni per il superamento del *deficit* democratico e di sviluppo di molti Paesi,

---

28 Cfr. UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante Norme e Procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, LI (2008), L 348 del 24.12.2008, 98-107.

29 Cfr. CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA. PRIMA SEZIONE, Sentenza: *El Dridi v. Italia*, 28 aprile 2011, in URL: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5946188> > in data 09/08/2013.

come pure agli obblighi dei Paesi a democrazia avanzata e sviluppati, rispetto alla mobilità umana nell'obiettivo di una integrazione che sia la risultante di un adattamento reciproco. In sostanza si tratta di ricercare le modalità –in Norme e programmi d'azione– per garantire una protezione umanitaria *tout cour* di quanti vivono in aree di povertà e a *deficit* democratico-istituzionale perché non debbano ricorrere a forme di mobilità –forzate o indotte– per ottenere l'Asilo come rifugiati: questa potrebbe essere una strada da percorrere.

### 3.2 *La Convenzione sulla protezione dei lavoratori migranti*

Un'altra risposta di fronte all'aumento dei migranti e alla necessità di regolarne la condizione è stata data dall'Ordinamento internazionale utilizzando criteri generali, Norme consuetudinarie riguardanti il trattamento degli stranieri o applicando in via analogica le disposizioni di Convenzioni particolari. A realizzare una garanzia specifica dei diritti del migrante in un mutato scenario delle relazioni internazionali, è infatti chiamata la "*Convenzione sulla protezione dei diritti del lavoratore migrante e della propria famiglia*" adottata il 13 dicembre 1990 e in vigore dal 1° gennaio 2003<sup>30</sup>. Guardandone i contenuti specifici:

- 1) nella Parte III (Artt. 8-35) sono contemplati tutti i diritti attribuibili al migrante ed alla sua famiglia, anche in carenza di condizioni legali che ne consentono il soggiorno nello "Stato di impiego" in ragione di una estensiva applicazione del principio di non discriminazione<sup>31</sup>;
- 2) la Parte IV (Artt. 35-56) invece è relativa ai diritti dei migranti definiti regolari o provvisti di regolari documenti<sup>32</sup>;
- 3) la Parte V (Artt. 57-63), infine, prevede diritti e garanzie per frontalieri, stagionali, itineranti, impiegati a progetto o per lavori specifici<sup>33</sup>.

La mancata adesione di un congruo numero di Stati alla *Convenzione 1990* può essere certamente collegata al tentativo di quel testo di superare la

---

30 Rimane con poche ratifiche o adesioni –sono 42 al momento– ma soprattutto provengono da Paesi in via di sviluppo e che presentano problemi di emigrazione e non di immigrazione.

31 Si veda l'Art. 7.

32 Art. 36: «I lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie che sono provvisti di documenti o in situazione regolare nello Stato d'impiego beneficiano dei diritti previsti nella presente parte della Convenzione».

33 Un precisa definizione di queste diverse categorie protette dalla *Convenzione 1990* è contenuta nell'Art. 2.

soglia di sicurezza che gli Stati hanno posto rispetto ad ingressi irregolari. In questo ambito va certamente valutata la condizione dello Stato nel garantire diritti fondamentali come ad esempio quelli legati al ricongiungimento del nucleo familiare, che possono porre difficoltà oggettive nel coniugare l'interesse generale dello Stato e la tutela dei diritti del migrante. In proposito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo parla di "corretto bilanciamento" riferendosi a diritti previsti nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* come quello alla vita (Art. 2), al divieto di trattamenti inumani o di tortura (Art. 3), alla vita privata e familiare (Art. 8), potendo così efficacemente configurare la protezione del migrante in quanto persona<sup>34</sup>.

Inoltre, anche allo straniero che a qualsiasi titolo sia presente sul territorio di uno Stato, vanno riconosciuti i diritti posti a tutela della famiglia e del rapporto di filiazione in particolare quanto ai minori<sup>35</sup>. Si tratta dunque di un nucleo di diritti irriducibili ("*core rights*") e pertanto non limitabili dalla condizione di migrante o di non cittadino<sup>36</sup>.

Una prima annotazione sul testo riguarda la fonte di produzione che non è l'*Organizzazione Internazionale del Lavoro* (ILO) pur trattandosi di tutela di lavoratori anche se nella condizione di migranti<sup>37</sup>. La *Convenzione 1990*,

34 In tale senso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella Sentenza sul caso *Mokrani c. Francia*, 15 luglio 2003 (cfr. CEDH. QUATRIÈME SECTION, *Affaire Mokrani c. France*, [Requête n. 52206/99], Arrêt, Strasbourg, 15 Juillet 2003, définitif, 15/10/2003, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65778> > in data 09/08/2013).

35 Così il *Patto sui diritti civili e politici*, Art. 23 (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Covenant on civil and political rights*, [New York, 16 December 1966] in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> > in data 09/08/2013); il *Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, Art.10 (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Covenant on economic, social and cultural rights*, [New York, 16 December 1966], in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> > in data 09/08/2013); la *Convenzione sui diritti del fanciullo*, Artt. 9 e 10 (cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention on the rights of the child*, [New York, 14 December 1990], in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00efe76c.html> > in data 09/08/2013); *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Artt. 8 e 12.

36 In proposito parla di "*ethical territoriality*", cfr. L. BOSNIAK, *Ethical territoriality and the rights of migrants*, in *Amsterdam Law Forum*, I (2008), 3ss.

37 In tal senso va la previsione della Convenzione secondo cui: «l'espressione "lavoratori migranti" designa le persone che eserciteranno, esercitano o hanno esercitato una attività remunerata in uno Stato cui loro non appartengono» (Art. 2.1).

Va precisato che da parte dell'I.L.O. sono state elaborate nel corso della sua attività diverse Convenzioni e Raccomandazioni concernenti il lavoratore migrante. Alcune *dirette*, come la *Convenzione sui lavoratori migranti*, n. 97 (cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migration for employment Convention*, no. 97 [Geneva, 01 Jul 1949] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312242:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312242:NO) > in data 09/08/2013); la *Convenzione sulle migrazioni nelle condizioni abusive e la promozione dell'eguaglianza di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti*, n. 143 (cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION,

pertanto, si colloca nel solco di altri Trattati multilaterali in materia di diritti umani e quindi presenta un sistema di controllo e reazione rappresentato dai rapporti periodici che gli Stati parte hanno l'obbligo di predisporre e presentare all'esame di un apposito Comitato di Esperti. Il tutto nella prospettiva di determinare una dimensione uniforme dal punto di vista dell'applicazione della Convenzione e di concorrere attraverso le sue disposizioni ad una effettiva comprensione del fenomeno delle migrazioni e della dimensione umana in esso coinvolta: ritorna la questione delle istanze etiche.

La limitata adesione alla *Convenzione 1990*, infatti, è spiegata proprio da una mancata condivisione di valori di fondo. Certo la determinazione a cui tende la Convenzione è che il migrante ha dei diritti fondamentali esigibili, come pure dei diritti che scaturiscono dalla sua condizione lavorativa, indipendentemente dalla situazione legale o meno: in questa prospettiva trovano fondamento, ad esempio, la parità di trattamento con i cittadini quanto al diritto all'equo Processo (Art. 18) o alla protezione di fronte alla minaccia di allontanamento o di espulsione arbitraria con la previsione che ogni persona in tali situazioni ha diritto ad essere ascoltato da un Giudice e pertanto protetto da decisioni illegali o arbitrarie (Art. 22). Come situazione specifica, poi, va letto il divieto di ricorrere ad espulsioni collettive, imponendo l'esame caso per caso (Art. 22.1), accanto al dovere degli Stati interessati di cooperare per adottare di fronte a situazioni irregolari misure congiunte per stabilizzare l'accoglienza o strutturare legalmente il rimpatrio (Artt. 67-68).

Un secondo rilievo mostra che la *Convenzione 1990* è caratterizzata da un'idea di fondo: i migranti debbono poter beneficiare dei diritti fondamentali

---

*Convention concerning migrations in abusive conditions and the promotion of equality of opportunity and treatment of migrant workers*, n. 143 [Geneva, 1975] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO) > in data 09/08/2013); le Raccomandazioni concernenti i lavoratori migranti nn. 86 e 151 (cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migration for employment Recommendation* [Revised], no. 86, [Geneva, 01 Jul 1949] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312424:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312424:NO) > in data 09/08/2013; INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migrant workers Recommendation*, no. 151, [Geneva, 24 Jun 1975] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312489](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489) > in data 09/08/2013), e altre indirette come la *Convenzione sul lavoro forzato o obbligatorio*, n. 29 (cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Forced labour Convention*, no. 29 [Geneva, 28 Jun 1930] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312174:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO) > in data 09/08/2013) e la *Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato*, n. 105 (cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Abolition of forced labour Convention*, no. 105 [Geneva, 25 Jun 1957] in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312250:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312250:NO) > in data 09/08/2013).

anche se la loro situazione legale appare incerta o addirittura illecita, come prevede l'Art. 5.b che considera migranti anche coloro che sono «sprovvisi di documenti o in situazione irregolare».

Complessivamente a prevalere è l'impostazione ben esplicitata nel Preambolo come pure in diverse delle disposizioni convenzionali (in particolare gli Artt. 1 e 7) che privilegiano i diritti umani del migrante (e dei suoi familiari) e non la sua situazione di lavoratore. Sembra quasi si voglia sottolineare che la tutela del migrante riguarda anzitutto i diritti di cui gode in quanto persona e poi quelli risultanti dalla condizione assunta rispetto al lavoro. La prevalenza di una tale impostazione è dimostrata in modo specifico dalla disposizione che prevede l'impegno degli Stati parte della *Convenzione 1990* a rispettare i diritti del migrante anche se questi ha la Cittadinanza di uno Stato che non è parte della medesima Convenzione<sup>38</sup>. Analogamente risponde alla medesima impostazione l'impegno a rispettare i diritti anche di coloro che sono irregolarmente immigrati o comunque si trovano in una situazione non conforme alla legalità<sup>39</sup>. Allargando le considerazioni rispetto a tale impostazione emerge che le garanzie dei migranti nel primo caso trovano fondamento nel più generale contesto del Diritto internazionale dei diritti umani per cui uno Stato nel ratificare una Convenzione sui diritti umani assume obbligazioni verso le persone che dimorano sul suo territorio e non verso gli altri Stati contraenti<sup>40</sup>. Nel secondo caso invece emerge un *favor Iuris* verso il migrante, indipendentemente dalla sua condizione di regolarità o di irregolarità, determinato dal considerare prevalente il principio di non discriminazione che è previsto dall'Art. 7 della Convenzione. E questo apre la strada ad un riconoscimento formale –nonostante il numero limitato di ratifiche alla Convenzione– di tutta una serie di diritti umani che tiene conto di quanto emerge dalle Norme dell'I.L.O. e, in modo ancor più evidente, da quelle delle Convenzioni sui diritti umani relativamente alla non discriminazione.

---

38 Così l'Art. 7 che presenta le diverse clausole di non discriminazione.

39 Così l'Art. 5 che considera in situazione regolare «coloro che sono autorizzati ad entrare, soggiornare ed esercitare una attività remunerata nello Stato di impiego conformemente alla Legislazione di tale Stato e agli Accordi internazionali ai quali quello Stato partecipa», ma poi, come si è detto, considera protetti anche i non regolari (cfr. Art. 5.b).

40 Principio confermato in sede giurisprudenziale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Loizidou c. Turchia* del 1995, in particolare al n. 75 (cfr. CEDH. COUR [CHAMBRE], *Affaire Loizidou c. Turquie*, [Requête n. 15318/89], Arrêt, Strasbourg, 18 Décembre 1996, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62566> > in data 09/08/2013); e già dalla medesima Corte introdotto nel caso *Irlanda c. Regno Unito* del 1978, al n. 239 (cfr. ECHR. COURT [PLENARY], *Case of Ireland v. the United Kingdom* [Application no. 5310/71], Judgment, Strasbourg, 18 January 1978, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57506> > in data 09/08/2013).

Nel caso della non discriminazione un ulteriore approfondimento circa l'applicazione ai migranti di tale principio si ritrova nella *Raccomandazione generale n. 30* del 1° ottobre 2004 adottata dal Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CERD) e relativa proprio alla "Discriminazione nei confronti dei non cittadini"<sup>41</sup>. Un Atto che non ha diretta cogenza, ma che si impone sul comportamento degli Stati parte della *Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale* del 1965<sup>42</sup> e trova verifica nell'esame da parte del CERD dei rapporti periodici presentati dagli Stati sull'attuazione della Convenzione. La Raccomandazione generale del 2004, oltre alle più ampie previsioni relative ai diritti dei residenti e di coloro che presenti in un Paese non ne posseggono la Cittadinanza e ai corrispettivi obblighi per gli Stati, indica per la specifica condizione del migrante che:

«in relazione alla Convenzione, un differente trattamento basato sulla Cittadinanza o sullo *status* di immigrazione costituirà discriminazione se il criterio adottato per tale differenziazione, giudicato alla luce degli obiettivi e degli scopi della Convenzione, non è applicato per conseguire un obiettivo legittimo e non è proporzionale per il conseguimento di tale obiettivo»<sup>43</sup>.

Inoltre, agli Stati si raccomanda di

«assicurare che le garanzie legislative contro la discriminazione razziale siano applicate ai non-cittadini nonostante il loro *status* di immigrazione, e che

41 Cfr. UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General Recommendation no. 30. Discrimination against non citizens*, (Geneva, 01 October 2004), in URL: < <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d> > in data 09/08/2013.

42 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination*, (New York, 23 February 1999), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f52c24.html> > in data 09/08/2013.

43 UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation*, para. 4. Nel 2002 la *Sotto-Commissione del C.E.R.D.* per avere a disposizione uno studio su tematiche che possono favorire una più ampia interpretazione della *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, domandò all'allora *Sotto-Commissione per la promozione e la protezione dei diritti umani* di predisporre uno studio sulla relazione tra non-residenti e discriminazione razziale con l'intento di fare dei non residenti diretti destinatari delle Norme della Convenzione e su quella base valutare la condotta degli Stati parte della Convenzione. In quel rapporto sono evidenziati alcuni ambiti specifici della figura del "non residente", ad iniziare dal trattamento particolare previsto per i rifugiati, gli apolidi per poi passare all'approccio della Normativa generale dei diritti umani in relazione al diritto di Nazionalità/Cittadinanza, Residenza, libera circolazione e ritorno al proprio Paese di origine. La conclusione è che i diritti menzionati dalla Convenzione vanno riconosciuti, e specificamente garantiti, in base al principio di non discriminazione e non in funzione dell'origine etnica, religiosa e linguistica o legata alla nazionalità: i problemi in questo senso si pongono soprattutto quanto si è di fronte a richieste di Asilo.



l'applicazione della Legislazione non abbia un effetto discriminatorio sui non-cittadini»<sup>44</sup>.

Un altro aspetto di particolare interesse circa il riconoscimento di “tutti” i *core rights* anche ai “non residenti”, contenuto nell’*Osservazione generale n. 15* del 1986, adottata dal Comitato dei Diritti dell’Uomo<sup>45</sup> secondo la quale i diritti contenuti nel *Patto sui diritti civili e politici*, in particolare le disposizioni generali sulla non discriminazione, ma anche i diritti relativi all’Asilo e alla non espulsione, vanno garantiti in ogni forma e circostanza, indipendentemente da criteri di “appartenenza” come possono essere la Residenza, la Cittadinanza o la Nazionalità. Questa indicazione è stata fondata su un’interpretazione corrente dell’Art. 2.1 della *Dichiarazione Universale* (ripreso dall’Art. 2.2 del *Patto sui diritti civili e politici* e analogamente dall’Art. 2.3 del *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* anche se in quest’ultimo caso, almeno per i diritti economici, ma non per le altre due categorie, lo Stato può differenziare il trattamento tra residente e non residente).

Riferimenti alla non discriminazione verso i migranti sono poi rilevabili nell’*Osservazione generale n. 20* adottata il 2 luglio 2009 dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali<sup>46</sup>, espressione dell’omonimo *Patto internazionale* che include tra i soggetti che non vanno discriminati nel godimento dei diritti economici e sociali i «lavoratori migranti e le loro famiglie»<sup>47</sup>.

Sul piano regionale il riferimento alla non discriminazione nei confronti del migrante si ritrova in due *Pareri consultivi* della Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo: il primo circa il diritto all’informazione del migrante sull’assistenza consolare nel quadro di garanzie per un equo Processo<sup>48</sup>;

---

44 *Ivi*, par. 7.

45 Cfr. UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *CCPR General Comment no. 15. The position of aliens under the covenant*, (Geneva, 11 April 1986), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/45139acfc.html> > in data 09/08/2013.

46 Cfr. UNITED NATIONS. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment no. 20. Non-discrimination in economic, social and cultural rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on economic, social and cultural rights)*, (Geneva, 2 July 2009), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html> > in data 09/08/2013.

47 Ai nn. 5 e 30.

48 È il Parere n. 16 del 1999 (cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada per los Estados Unidos Mexicanos. El derecho a la información sobre la asistencia consular en ele marco de las garantías del debido Proceso legal*, in URL: < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2208.pdf?view=1> > in data 09/08/2013).



il secondo sulla condizione giuridica e i diritti dei lavoratori migranti senza titolo di soggiorno<sup>49</sup>. In quella sede la Corte di S. José ha inserito il diritto alla Notifica consolare –previsto dalla *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari* del 1963, all’Art. 36,1,b<sup>50</sup>)– tra i diritti fondamentali della persona e specificatamente a vantaggio del migrante. In questo modo, di fatto la Corte recepiva quanto evidenziato dalla prassi degli Stati specie dell’America Latina nell’assicurare assistenza e protezione ai migranti e alla loro famiglia, contribuendo così a creare un terreno accogliente per consentire l’applicazione di Norme specifiche.

Una valutazione complessiva, però, porta senz’altro ad affermare che la dimensione universale della tutela dei diritti umani tende a promuovere una maggiore attenzione per il migrante, differenziandosi dalla tutela esercitata a livello regionale o di aree ristrette. È il caso della *Convenzione europea sullo status giuridico dei lavoratori migranti* del 1983<sup>51</sup> in cui prevale una diretta considerazione per la situazione lavorativa ed i diritti connessi, piuttosto che per i diritti umani del migrante in generale. La *Convenzione 1990*, come si è visto, contempera invece i diritti della persona (migrante) con le esigenze dello Stato indirizzando la tematica classica del trattamento dello straniero in una prospettiva diversa, quella della tutela dei diritti umani: lo straniero è tutelato in quanto persona. Ad avvalorare tale orientamento può essere richiamata anche la Risoluzione 40/144 dell’Assemblea Generale che già nel 1985<sup>52</sup> indicava in una forma declaratoria e quindi volta ad accertare l’esistenza di una *opinio Iuris*, i diritti della persona che è provvista delle garanzie e delle situazioni derivanti dalla Cittadinanza. In sostanza nell’accogliere il migrante uno Stato si trova impegnato –anche se sul livello dell’obbligazione è dato di discutere– a riconoscerli dei diritti fondamentali, fermo restando il suo diritto

---

49 È il Parere n. 18 del 2003 (cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, in URL: < [www.cidh.org/migrantes/Opinión%20Concuslta%2018.doc](http://www.cidh.org/migrantes/Opinion%20Concuslta%2018.doc) > in data 09/08/2013).

50 Cfr. UNITED NATIONS, *Vienna Convention on consular relations*, (Vienna, 24 April 1963), in URL: < [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf) > in data 09/08/2013.

51 Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on the legal status of migrant workers*, (Strasbourg, 24/11/1977), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/093.htm> > in data 09/08/2013.

52 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*, (New York, 13 December 1985), in URL: < <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r144.htm> > in data 09/08/2013.

di regolarne il soggiorno o l'ingresso secondo modalità e tempi<sup>53</sup>, pur in presenza di limiti<sup>54</sup>.

#### 4. DIRITTI UMANI E MOBILITÀ UMANA: RECIPROCIÀ E FUNZIONALITÀ DEL RAPPORTO

Una più generale annotazione riguarda il rapporto tra il problema mobilità umana (spostamenti, esodi di popolazione, rifugiati, profughi, migranti) e il rispetto dei diritti fondamentali della persona e dei popoli (e sempre più delle minoranze etniche, religiose, o linguistiche).

La mobilità umana può essere la risultante o l'effetto diretto non solo del mancato riconoscimento delle identità, ma anche della mancata tutela e promozione dei diritti umani che si registra all'interno di un Paese. Una tendenza non nuova, come mostrano ad esempio le richiamate clausole territoriali contenute nella *Convenzione sui rifugiati* del 1951 o, per una particolare considerazione della mobilità umana, i principi del cosiddetto "terzo cesto" del processo CSCE/OSCE dedicato alla questione umanitaria, ma strutturato intorno all'idea del bilanciamento tra il diritto alla mobilità della persona e le garanzie per la sicurezza di uno Stato. Non va dimenticato inoltre che pure i rimedi previsti dalla Normativa internazionale quanto alla tutela dei diritti del migrante sono subordinati alla condizione di legalità (quanto all'ingresso e al soggiorno) e quindi non applicabili in assoluto in ragione della sicurezza: l'eccezione può riguardare solo la richiesta di Asilo che mai può essere negata o esclusa con forme forzate di espulsione o trattamenti analoghi, ma limitata per ragioni di sicurezza. L'obiettivo della sicurezza degli Stati è considerato uno dei presupposti fondamentali del sistema internazionale globalmente inteso e per questo è tra i più importanti degli interessi –o forse l'interesse per eccellenza– perseguito da ogni Paese, singolarmente o considerato come interesse collettivo<sup>55</sup>. Oggi però tale concetto appare modificato nella sua portata poiché la sicurezza è sempre più una questione interna agli Stati, piuttosto che un problema inter-statale. Più precisamente lo Stato deve difendere la propria sicurezza da fattori interni piuttosto che dalla minaccia di attacchi esterni e di con-

---

53 È quanto la *Convenzione 1990* prevede nell'Art. 79: «nessuna disposizione della presente Convenzione lede il diritto dello Stato parte di fissare i criteri regolanti l'ammissione dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia. In quel che concerne le altre questioni relative allo *status* giuridico ed al trattamento dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia».

54 *Ibidem*: «gli Stati parte sono legati dalle limitazioni imposte dalla [...] Convenzione».

55 Aspetto evidente già nella *Carta delle Nazioni Unite* e reso ancor più marcato dopo il 2001 in relazione al fenomeno del terrorismo.

seguenza la sicurezza non appare più un problema da riferire al territorio dello Stato, bensì alla sua popolazione. Non più quindi protezione dei confini, ma di quanti vivono all'interno dei confini, come indica il principio della *responsabilità di proteggere*, adottato in sede ONU<sup>56</sup>. Se applichiamo tale concezione al problema della mobilità umana emerge che flussi migratori, spostamenti forzati e quindi rifugiati, profughi e migranti economici rappresentano una minaccia interna per uno Stato, anche se in alcuni casi determinata da cause esterne. Paradossale, invece, è l'atteggiamento degli Stati e di conseguenza della Normativa internazionale: la mobilità umana è ancora ritenuta un problema da risolvere "alle frontiere", una minaccia alla sicurezza, al territorio proveniente dall'esterno. In questo senso vengono infatti applicate le Norme della *Convenzione sui rifugiati* del 1951 ed il connesso Protocollo del 1967<sup>57</sup>, come pure la *Convenzione sui rifugiati in Africa* del 1969<sup>58</sup>, per ricordare alcuni esempi classici del Diritto internazionale dei rifugiati. Ma più ampiamente in materia di mobilità umana e spostamenti di popolazione, il problema della sicurezza del territorio ispira il versante del Diritto dell'integrazione europea con gli *Accordi di Schengen* del 1985<sup>59</sup> o la *Convenzione di Dublino* del 1990<sup>60</sup> che mostrano solo un ampliamento del territorio o dei limiti territoriali da difendere: non solo quelli di un singolo Stato ma di un gruppo di Stati, confermando la prospettiva del perseguimento di un interesse collettivo.

La correlazione 'mobilità umana' - 'sicurezza statale' resta pertanto ancora oggi centrale nel dibattito interno ed internazionale e si misura attraverso

56 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, (New York, 24 October 2005), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/44168a910.html> > in data 09/08/2013) che adotta le conclusioni assunte dal "Vertice del Millennio" (Vertice mondiale svoltosi dal 14 al 16 settembre 2005 in occasione del 60° anniversario dell'ONU); della responsabilità di proteggere si occupano i paragrafi 138-139. Quanto alla genesi del principio si veda fra gli altri: J.-M. THOUVENIN, *Genèse de l'idée de responsabilité de protéger*, in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La responsabilité de protéger. Colloque de Nanterre*, Paris, 2008, 21-40. Per un'analisi del principio sia consentito di rinviare a V. BUONOMO, *Il Diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per una governance globale*, Città del Vaticano, 2010, 154-159.

57 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Protocol relating to the status of refugees*, (New York, 16 December 1966), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f1cc50.html> > in data 09/08/2013.

58 Cfr. ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *Convention: governing the specific aspects of refugee problems in Africa*, (Addis Abeba, 10 September 1969), in URL: < [http://au.int/en/sites/default/files/Convention\\_En\\_Refugee\\_Problems\\_in\\_Africa\\_AddisAbaba\\_10September1969\\_0.pdf](http://au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf) > in data 09/08/2013.

59 Cfr. *Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee*, XLIII (2000), L 239 del 22/09/2000, 13-18.

60 Cfr. *Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di Asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee - Convenzione di Dublino*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee*, XL (1997), C 254 del 19/08/1997, 1-12.

atteggiamenti di considerazione e apertura o di chiusura e contrapposizione, come mostra in primo luogo l'ampliamento dei diritti violati come causa determinante di esodi o spostamenti di popolazione. Gli spostamenti di popolazione sono, infatti, la diretta conseguenza della mancata volontà – e solo in alcuni casi dell'impossibilità – degli Stati di porre fine al perseguimento di interessi particolari (“*self-interests*”) che assumono le forme più varie (economica, politica, sociale, culturale, razziale, religiosa) e si traducono in atteggiamenti che direttamente influenzano la mobilità umana con comportamenti attivi ed omissivi che riguardano la tutela dei diritti fondamentali. Il problema non riguarda i soli diritti politici e civili, ma sempre più quelli economici e sociali, con una spiccata tendenza all'accentuarsi di quelli culturali legata alla convivenza di estrazioni diverse, tanto problematica e conflittuale. Inoltre, i movimenti di popolazione vanno considerati come causa determinante una ulteriore violazione dei diritti umani poiché le persone che lasciano il proprio Paese sono facilmente esposte a violazioni delle proprie libertà nel momento in cui entrano in altri territori o addirittura si vedono negati alcuni diritti primari: è il caso non solo dei profughi o dei rifugiati, ma più ampiamente quello dei migranti economici (si pensi a diritti basilari come quello alla nutrizione, all'alloggio, alle cure mediche). E questo dimenticando che il rapporto negativo tra mobilità umana e diritti fondamentali è superabile solo con una rimozione delle cause che lo determinano, come insiste l'azione internazionale che tende a sottolineare tali cause ed a prospettare possibili soluzioni. Risvolti recenti, poi, hanno fatto emergere la convinzione che come metodo di soluzione o rimozione delle cause va considerata anche l'azione di “*advocacy*” non limitata alla denuncia, ma proprio ad una coerente comprensione del significato dei diritti umani.

Una prima conclusione seguendo la relazione ‘mobilità’-‘diritti umani’, è che ogni aspetto della mobilità umana va dunque valutato non solo in termini quantitativi – o strettamente legati ai bisogni di emergenza (alimentazione, sanità, alloggio) – ma come direttamente relazionato al rispetto di tutti i diritti umani in ragione dei basilari principi dell'indivisibilità e dell'interdipendenza che ne reggono la sistematicità e quindi ne garantiscono l'applicazione di fronte alla negazione della dignità della persona umana.

Sul piano generale, i diritti legati alla figura del migrante derivano da alcune condizioni essenziali. Si è già visto come il riferimento essenziale sia al *diritto di uscire dal territorio del proprio Stato*, ovvero il principio che ogni individuo è libero di lasciare in ogni momento qualsiasi Paese. Le previsioni della Normativa internazionale, dalla generale disposizione della *Dichiarazio-*

*ne Universale dei Diritti dell'Uomo*, hanno acquisito un carattere dispositivo e cogente nell'Art. 12 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* che pone come limite all'uscita dal proprio Paese le misure di ordine pubblico o la sicurezza nazionale che pur nella loro generalità di formulazione sono, o possono diventare, altrettanti strumenti di discrezionale limite all'esercizio dei diritti. Analogamente tali principi si ritrovano nell'Art. 2 del Protocollo n. 4 alla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, all'Art. 22 della *Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo* e all'Art. 12 della *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*. A ciò si affianca, quasi continuativa conseguenza, il *diritto ad entrare in un altro Paese*, un aspetto che presenta immediate restrizioni legate essenzialmente all'esercizio della sovranità che portano ogni Stato a determinare le condizioni di accesso, non avendo –né potendo– il Diritto internazionale capacità di porre dei limiti a tale esercizio. Lo dimostra direttamente la previsione del richiamato Art. 12 del *Patto* che al §4 si riferisce al diritto di un “cittadino” a rientrare nel proprio Paese, non a un diritto della “persona”. Resta poi il *diritto di circolazione all'interno dello Stato di arrivo*, nel caso di uscita e ingresso già realizzati sul rispetto, come si è detto, di Norme e bilanciamenti adottati dallo Stato di ingresso. Certamente il riferimento alla persona come titolare di diritti significa l'applicazione dei diritti umani in ragione del soggiorno o della dimora su un territorio, indipendentemente da vincoli di Cittadinanza, e costituisce lo sfondo all'attribuzione dei diritti umani al migrante, o meglio al riconoscimento dei suoi diritti.

Diversa è invece la situazione per diritti come quello al rispetto della *vita privata e familiare* o al *Matrimonio* (inteso piuttosto nelle sue conseguenze per l'Ordinamento dello Stato di soggiorno o dimora) o alle situazioni connesse alle garanzie giudiziarie e processuali, o ancora alla libertà di associazione e di riunione. Infatti, in relazione a questi diritti l'Ordinamento interno può porre al migrante dei limiti al loro godimento, motivati dalla sua condizione. Ancora di più tale limitazione trova riscontro nel Diritto internazionale che è al momento applicabile al migrante entrato irregolarmente nel Paese: del resto la rivendicazione di uno di tali diritti comporterebbe il riconoscimento della situazione di irregolarità e quindi i possibili provvedimenti di espulsione. Proprio sulle Procedure di espulsione permangono delle previsioni normative come quella contenuta nell'Art. 13 del *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* o nei Protocolli 4 e 7 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Fermo restante la facoltà dello Stato territoriale di procedere all'espulsione solo in ragione di previsioni normative e per motivi di sicurezza nazionale (“imperiosi”, li definisce l'Art. 13 del *Patto sui diritti civili e politici*) o di ordine pubblico, restano collegati a tale facoltà alcuni diritti esercitabili da

parte del migrante. Si tratta della previsione di garanzie classiche legate al “*due Process*” o comunque al contenzioso che il Procedimento di espulsione o allontanamento può aprire, ma anche in questi casi la copertura o l’applicabilità è limitata a quanti sono “legalmente nel territorio di uno Stato”.

Una particolarità è rilevabile nelle Norme applicabili alla condizione del migrante nel contesto della Normativa convenzionale promossa dal Consiglio d’Europa: la *Convenzione sul diritto di stabilimento* del 1955<sup>61</sup>, la *Carta Sociale Europea*, nella revisione del 1996<sup>62</sup> e la *Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica* del 1992<sup>63</sup>. Tale Normativa ha infatti un’applicabilità molto più ridotta rispetto a quella universale, rimanendo legata alla stretta reciprocità tra gli Stati parte e quindi ad una sorta di differenziazione (o approccio differenziato) praticata nei confronti di migranti provenienti da Paesi diversi.

Resta naturalmente da verificare in quale misura si possono riconoscere diritti ai migranti in Ordinamenti interni che evidenziano un’attenzione verso alcuni diritti o categorie di diritti, o ancora pongano lo scontro tra valori e cultura giuridica conseguente presenti sul territorio, e valori e cultura giuridica conseguente propria dei migranti. Si tratta di un’esigenza a cui il Diritto internazionale non dà, né potrebbe, risposte definitive, pur avanzando come criterio quello della difesa delle identità, delle diversità culturali, della protezione dei gruppi minoritari. Aspetti di non poco realismo, ma che non mancano di sollevare questioni circa la loro connotazione di universalità. Del resto quello dell’universalità può continuare a costituire un ostacolo o ad essere un elemento di contrapposizione se non si modifica la sua applicazione e non tanto il suo concetto: ad essere universali non sono i diritti ma la persona, come ebbe modo di precisare Benedetto XVI all’Assemblea Generale dell’ONU il 18 aprile 2008<sup>64</sup>. Universalità quindi come espressione di quei *core rights* che hanno ormai assunto una completa inderogabilità ed una effettiva cogenza, pur mantenendosi la distinzione tra i diritti garantiti in assoluto e quelli con possibilità

---

61 Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on establishment*, (Paris, 13/12/1955), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/019.htm> > in data 09/08/2013.

62 Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *European social charter (revised)*, (Strasbourg, 03/05/1996), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm> > in data 09/08/2013.

63 Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Convention on the participation of foreigners in public life at local level*, (Strasbourg, 05/02/1992), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/144.htm> > in data 09/08/2013.

64 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Delegatos Nationum Unitarum* (18 Aprilis 2008), in *AAS*, C (2008), 331-338.

di deroga, come mostra il riferimento –pur non uniforme– all’Art. 4 del *Patto sui Diritti Civili e Politici*, all’Art. 15 della Protocolli 4 e 7 della *Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo* e all’Art. 27 della *Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo* che elencano i diritti effettivamente inderogabili, anche dalle tradizionali Norme di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Ad allargare la portata delle attribuzione dei diritti per il migrante, concorrono poi le situazioni giuridicamente tutelabili relative alla sua famiglia per alcune delle quali appare chiaro il tentativo della Norma internazionale di preservare anzitutto i membri più deboli. È il caso della protezione dell’identità del fanciullo per la cui educazione la *Convenzione sui diritti del fanciullo* prevede il «rispetto dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del Paese in cui vive o di cui è originario e delle civiltà diverse dalla propria» (Art. 27) e quindi anche in un contesto territoriale diverso da quello di provenienza.

Sul piano delle *violazioni dei diritti del migrante* la situazione determinatasi negli ultimi anni ha evidenziato il fenomeno dell’immigrazione irregolare a cui fa da *pendant* il contrabbando dei migranti (“*smuggling*”), un’attività ritenuta destabilizzante non solo per le situazioni interne degli Stati, ma anche per la dimensione giuridica internazionale che riprende preoccupazioni o attenzioni legate al rispetto dei diritti umani. Fenomeni interni negli effetti (è il caso della violazione delle politiche e delle Leggi sull’immigrazione), ma con cause transnazionali dal punto di vista giuridico, economico e sociale come mostra il traffico legato alle organizzazioni criminali che sfuggono ai controlli statali perché strutturate in modo de-localizzato o comunque operanti senza un effettivo o possibile controllo internazionale. Una necessaria precisazione riguarda il significato che l’Ordinamento internazionale riserva al contrabbando dei migranti. In primo luogo evidenziandone le differenze rispetto al traffico di esseri umani o alla tratta degli schiavi. L’Istituto definito come “*smuggling of migrants*” è reso esplicito nei contenuti da un apposito Protocollo sul tema, allegato alla *Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata del 2000*<sup>65</sup> che, all’Art. 3.a, presenta alcuni elementi essenziali:

- scambio tra migrante e trafficante: il primo beneficia dell’ingresso illegale, il secondo di denaro o altri beni;
- azione per ottenere guadagni economici o di altro tipo;
- ingresso illegale in uno Stato di stranieri o non residenti.

---

65 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention against transnational organized crime*, (New York, 15 November 2000), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html> > in data 09/08/2013.



A differenza del traffico o della tratta, nello *smuggling* il migrante partecipa al comportamento antigiuridico o alla condotta fraudolenta e in questo si inserisce l'attenzione degli Stati a proteggersi rispetto all'immigrazione irregolare e non a garantire i diritti fondamentali. Questo in teoria, dal momento che nella pratica risulta difficile distinguere tra *smuggling*, *trafficking* o *threat*: per esempio per pagare il loro trasporto illecito, i clandestini si ritrovano costretti a "lavorare" per conto delle Organizzazioni criminali a cui appartengono i trafficanti, generalmente in condizioni vessatorie o di sfruttamento. E questo fa registrare il passaggio da *smuggling* a *trafficking*. L'Art. 2 del Protocollo contiene diverse specificazioni come, ad esempio, quella di considerare il crimine di schiavitù quando si registra la vendita o la cessione del migrante. Nel Protocollo, poi, sono previste misure di tutela dei diritti del migrante, come ben evidenzia l'Art. 16 con riferimento al diritto alla vita, al divieto di tortura e di trattamenti inumani, alla protezione dalla violenza, alla protezione consolare. Certo sul piano dell'allontanamento o dell'espulsione può essere interessante notare che il Protocollo parla di "*return*" del migrante nel proprio Paese e non di "*repatriation*", per evitare così di utilizzare vantaggi o reclamare diritti nello Stato di ingresso illegale. Va tenuto conto che già nel 1975 l'ILO con la *Convenzione n. 143 sulle migrazioni abusive e la parità di trattamento dei lavoratori migranti*<sup>66</sup>, all'Art. 3 prevedeva misure per evitare migrazioni irregolari e impiego illegale nonché di disposizioni contro le Organizzazioni illegali e l'impiego di clandestini. Anche l'Art. 68.1 della *Convenzione 1990* prevede analoghi impegni con alcune specificazioni quali la divulgazione di false notizie circa le migrazioni, sanzioni ai criminali del traffico, Procedimenti per coloro che usano violenza verso i migranti irregolari e loro famiglie. Qualcosa di analogo al *Protocollo contro lo smuggling*<sup>67</sup> che prevede nel caso di migranti vittime di contrabbando che lo Stato di arrivo rispetti la loro *privacy*, fornisca informazioni circa gli strumenti di tutela giudiziaria prevista, assicurando la relativa assistenza e fornisca il necessario supporto per un'assistenza psicologica, fisica, sociale (Art. 6) come pure consenta la dimora sulla base di valutazioni umanitarie (Art. 7).

---

66 Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Convention concerning Migrations in abusive conditions and the promotion of equality of opportunity and treatment of migrant workers*, no. 143 (Geneva, 24 Jun 1975), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO) > in data 09/08/2013.

67 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*, (New York, 15 November 2000), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/479dee062.html> > in data 09/08/2013.



Infine, può essere richiamato il Diritto del mare codificato nella *Convenzione di Montego Bay* del 1982<sup>68</sup> che pone l'obbligo allo Stato di bandiera delle navi utilizzate per il contrabbando dei migranti di operare per la sicurezza in mare (Art. 94) o, per questo tipo di attività criminali, prevenire l'uso della bandiera per (Art. 99) oltre ai generali obblighi di cooperazione interstatale. Inoltre il diritto di visita è considerato misura preventiva dello *smuggling* (Art. 110.1).

A questi rinvii alla Normativa esistente ed operante sul piano internazionale vanno aggiunte alcune considerazioni particolari che rientrano nel più generale riconoscimento dei diritti del migrante.

Quanto alla responsabilità penale i migranti non sono soggetti all'azione penale per il solo fatto di essere giunti in un Paese attraverso condotte illecite finalizzate all'ingresso illegale (del tipo traffico o uso di documenti falsi), come prevede il Protocollo sullo *smuggling*<sup>69</sup> (Art. 5) che incoraggia ad interpretare lo strumento penale come estrema *ratio* rispetto all'azione preventiva. Tale azione si concretizza nell'obbligo di favorire una cooperazione nelle zone più povere «al fine di combattere le cause di carattere socio economico che sono alla base del traffico di migranti» (Art. 15.3).

Nello specifico della *Normativa europea*, poi, costituisce un elemento essenziale la *Direttiva 2004/38/CE*<sup>70</sup> sul ricongiungimento del nucleo familiare che prevede parità di trattamento quanto al lavoro, all'istruzione e alla formazione, perché lega la questione della mobilità umana alla garanzia della libera circolazione delle persone limitandola però ad un concetto sempre più ripiegato sulla Cittadinanza europea che è poi espressione complementare delle Cittadinanze nazionali. La *Direttiva* non vieta diversità di trattamento nei riguardi di migranti cittadini di Stati terzi, dato che nell'Art. 3.2 si mantiene la possibilità per gli Stati dell'Unione di applicare restrizioni e limiti quanto all'ingresso o alla residenza di persone provenienti da Stati terzi<sup>71</sup>. E questo

68 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention on the Law of the sea*, (Montego Bay, 10 December 1982), in URL: < [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) > in data 09/08/2013.

69 Cfr. nota n. 67.

70 Cfr. UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII (2004), L 158 del 30.4.2004, 77-123.

71 Analogo interesse è dato dalla *Direttiva 2003/109/CE* (cfr. UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadi-*

anche in presenza di particolari condizioni e situazioni legalmente stabilite nei Paesi di partenza, ma incompatibili nello Stato di destinazione. L'esempio è dato dal profilo specifico della citata *Direttiva 2004/38/CE*, che all'Art. 7.4 prevede che uno Stato dell'Unione non debba autorizzare il ricongiungimento del nucleo familiare in caso di Matrimonio poligamico. E questo, in ragione del principio dell'uguaglianza tra i coniugi. La direttiva quindi non prevede il ricongiungimento di un altro coniuge né di figli minorenni che il migrante abbia con un altro coniuge. Questo però potrebbe risultare in contrasto con quanto affermato dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, all'Art. 8, circa la tutela della vita familiare, come del resto in sede processuale ciò è già stato riscontrato in alcuni casi nei quali è stato ritenuto prevalente l'interesse superiore del fanciullo e così autorizzato il ricongiungimento della seconda moglie per consentirle di essere vicino al figlio minore<sup>72</sup>. Rimane però in tutti gli Atti del Diritto dell'Unione Europea il riferimento alle "condizioni di integrazione" che significa di fatto riferimento alle politiche migratorie e conseguenti Legislazioni degli Stati membri dell'Unione.

## 5. ELEMENTI PER UNA SINTESI

Nel quadro giuridico operante nel contesto della Comunità internazionale contemporanea quanto al problema della mobilità umana, ritroviamo alcuni indicatori che appartengono al contesto del Diritto internazionale generale ed a quello dei diritti umani.

Anzitutto quanto alla tipologia di intervento che è duplice: politica e tecnica, ma i due aspetti non sono contrapposti bensì armonizzati, come mostrano, ad esempio, i criteri espressi nel principio della *responsabilità di proteggere*. In particolare, la dimensione politica oggi si muove tra l'obiettivo della sicurezza, ponendo in modo problematico l'applicazione degli ordinari criteri di sicurezza, e un improbabile concetto di azione preventiva, tralasciando di sostenere quelle attività capaci di individuare i problemi e la cause che di-

---

*ni di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII [2004], L 16 del 23.1.2004, 44-53, in data 09/08/2013) sullo *status* dei residenti di lungo periodo.

72 Per l'Italia il riferimento è alle sentenze della Corte d'Appello di Torino, del 18 aprile 2001 (cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI APPELLO DI TORINO, *Decreto 18 aprile 2001*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXX [2001], 1492); e del Tribunale di Bologna del 12 marzo 2003 (cfr. REPUBBLICA ITALIANA. TRIBUNALE DI BOLOGNA, *Sentenza del 12 marzo 2003*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, XXI [2004], 775).

rettamente o indirettamente concorrono a determinare fenomeni di mobilità umana, fino veri e propri esodi di popolazione, sia da un Paese verso altri sia all'interno di uno stesso Paese in ragione di cause belliche, ambientali, economiche, alimentare. Quanto al profilo tecnico, invece, accanto all'attività consolidata di Organismi come l'UNHCR o l'IOM, nel più ampio contesto dell'azione umanitaria si inserisce l'istanza di creare sistemi di allarme rapido a livello globale (rispetto a quelli parziali realizzati per il settore alimentare o della desertificazione, ad esempio) per operare immediatamente in caso di movimenti di popolazione.

L'evoluzione della Normativa internazionale, poi, sembra orientarsi nel riconoscere non la supremazia degli interessi degli Stati ma quella delle persone o dei gruppi di persone. In particolare i sistemi di tutela e promozione dei diritti umani cercano di superare le distanze esistenti tra la Normativa vigente e le nuove situazioni che si presentano ormai quotidianamente in materia di mobilità umana. L'integrazione tra i principi e le Norme del Diritto umanitario e i principi e le Norme dei diritti umani è una prima concreta risposta, come ad esempio nel caso degli spostamenti di popolazione dovuti a conflitti armati. Quanto al rispetto della condizione del profugo, ad esempio, si intravede il riconoscimento di un obbligo *erga omnes* per gli Stati che significa una limitazione –al momento condivisa in via di principio– sull'uso discrezionale di criteri come l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale per giustificare comportamenti volti a fronteggiare una mobilità umana originata dallo stato di necessità o da crisi umanitarie. A questo si aggiunge che pur in mancanza di uno specifico principio o di una Norma oltre quelli applicabili ai conflitti, che vieti il trasferimento o il movimento forzato di popolazione, esiste ormai una consolidata coscienza della Comunità internazionale che sostiene l'illiceità di comportamenti in tal senso. I presupposti teorici di tale tendenza sono il rispetto della democrazia e dei diritti delle persone, e non dei soli cittadini, mentre esempi concreti sono rilevabili nello *Statuto della Corte Penale Internazionale*<sup>73</sup> che tra i crimini contro l'umanità annovera tra le violazioni sistematiche la deportazione o il trasferimento forzato di popolazione<sup>74</sup>, come pure tra i crimini di guerra lo stanziamento di popolazione allogena in un

---

73 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Rome Statute of the International Criminal Court*, (New York, 17 July 1998), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html> > in data 09/08/2013.

74 Art. 7. 1. d.; fattispecie esplicitata nella definizione di «deportazione o trasferimento forzato della popolazione», intesa come “rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragione previste dal Diritto internazionale che lo consentano”» (Art. 7.2. d).

territorio occupato<sup>75</sup>. Analoghe tendenze sono rilevabili già nell'*iter* di codificazione della *Convenzione sulla responsabilità internazionale degli Stati*<sup>76</sup>, che all'Art. I, tra le cause di responsabilità fa riferimento a “ogni atto contrario alla legalità internazionale” tra cui è incluso anche un comportamento –attivo od omissivo– di uno Stato che ha come conseguenza uno spostamento di popolazione.

A fronte di una Normativa sostanzialmente favorevole al soggetto debole (migrante, richiedente Asilo, profugo) rimane però una prassi quasi sempre orientata a limitare gli effetti della mobilità umana all'interno di società con un elevato e consolidato livello di sviluppo e benessere. La soluzione di questa contrapposizione sembrerebbe affidata ad azioni efficaci e rispettose della dignità umana nella gestione delle migrazioni, capaci di portare benefici attraverso i migranti sia alle società di provenienza sia a quelle di approdo. Ma queste strategie necessitano di larghi consensi, che siano il frutto di un'ampia convergenza intorno a valori condivisi riversata negli strumenti della cooperazione, dei diritti e di tutti gli obiettivi della Comunità internazionale. Un primo approccio potrebbe essere la definizione di una comune visione di *governance* delle migrazioni e quindi della situazione dei migranti per la quale operino tutti i soggetti responsabili o almeno coinvolti. Una visione fondata sul valore della reciprocità e del partenariato, tra persone, Stati, Istituzioni internazionali, in grado di rimuovere rigide posizioni e garantire scelte per l'immigrazione dove non prevalgono solo prospettive legate alla sicurezza e problematiche economiche, ma affiori anche una dimensione ed un'azione sociale, culturale, religiosa che voglia concorrere alle decisioni ed alle politiche in materia di mobilità umana in nome di una coerente sussidiarietà e capace di esprimersi attraverso lo strumento normativo e di garanzia di diritti e doveri.

Certo resta aperta la questione del rapporto tra legalità e illegalità che però rischia di essere fine a se stesso se riportato ad una corretta concezione dei diritti fondamentali. Infatti, come si è visto, se da una parte i flussi migratori sono inarrestabili dall'altra l'*aiuto pubblico allo sviluppo* complessivamente considerato è ormai notevolmente ridotto<sup>77</sup>. E in che modo se non è attraverso

---

75 Art. 8. 2. b. VIII, che vieta «il trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio».

76 Cfr. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, (New York, 28 January 2002), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3da44ad10.html> > in data 09/08/2013.

77 Secondo i dati forniti dal DAC dell'OECD, i Paesi donatori versano lo 0,32 % del loro prodotto in-

lo sviluppo in loco può controllarsi (difficile dire: arrestarsi) il fenomeno migratorio? Si eviterebbero così contrasti e forme di discriminazione non sempre controllabili in termini di sicurezza e di ordine pubblico.

Proprio la non discriminazione, poi, non deve far dimenticare come anche la Normativa di accoglienza non è priva di insidie per una corretta interpretazione ed applicazione delle Norme sulle cosiddette questioni sensibili: la richiamata *Direttiva 2004/38/CE*, ad esempio, negli Artt. 2 e 3 fa riferimento a nuclei familiari “di diversa tipologia” imponendo allo Stato di accoglienza di riconoscere nel caso di cittadini europei anche unioni di fatto, come pure unioni o legami giuridicamente contratti tra persone dello stesso sesso. E questo anche se il Paese di accoglienza non preveda tutela giuridica per tali forme di “nuclei familiari”.

Resta naturalmente l’obiettivo primario che, si è visto, il Diritto internazionale persegue: tutelare la persona umana che è nella condizione di migrante. Ma è evidente che a dare sostegno ad un tale orientamento può essere solo l’incontro tra identità diverse in cui è possibile scoprire cosa possa significare *integrazione congruente* e non assimilazione più o meno forzata e destinata ad esaurirsi già sul medio periodo.

Sul piano giuridico questo potrebbe significare approfondire i modi per capire come sia possibile far ricorso alla Norma propria o identitaria del migrante, pur mantenendo diretto riferimento ai valori propri delle Comunità di accoglienza, invece di ricorrere automaticamente alla clausola dell’ordine pubblico in caso di conflitto di Norme. Sarebbe possibile restringere il ricorso all’ordine pubblico solo se la Legge straniera comporta una effettiva violazione dei diritti fondamentali in particolare quanto all’uguaglianza e alla non discriminazione<sup>78</sup>? I rischi, altrimenti, non sono solo la conflittualità e il disagio sociale, ma anche le strade già intraprese e pocanzi ricordate in cui una pras-

---

terno lordo (rispetto allo 0,33 % del periodo fino al 2005), mentre complessivamente gli stessi Paesi nel 2010 hanno versato 128,7 miliardi di dollari (Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Development co-operation report 2011. 50th anniversary edition*, in URL: < <http://dx.doi.org/10.1787/dcr-2011-en> > in data 09/08/2013).

78 Tale prospettiva appare in linea con quanto espresso nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (cfr. ECHR. GRAND CHAMBER, *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, [Application no. 27765/09], Judgment, Strasbourg, 23 February 2012, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-109231> > in data 09/08/2013) che invoca una presa di coscienza sul fatto che è imprescindibile il riconoscimento dell’esercizio delle libertà fondamentali, dei diritti inviolabili della persona, della pari dignità, in ragione di quanto previsto da specifiche disposizioni del Diritto internazionale.

si giurisprudenziale o interpretativa –certamente meno prevedibile rispetto al profilo normativo– posiziona scelte discordanti e per altro anche poco fruibili da parte degli stessi migranti.

Questioni importanti per l’oggi e per il futuro, inquadrare nella prospettiva della sostenibilità umana che propongono una riflessione su come ampliare il binomio sicurezza-benessere dei migranti, su come garantire i diritti di chi arriva e quelli di chi c’è già, come bilanciare limiti all’ingresso e libertà di movimento, come favorire una relazione non solo interculturale, ma anche intergenerazionale. Tutto questo in nome dell’uguaglianza dell’umana natura.

A farsi strada è una tutela della persona per proteggerne i diritti, ma sempre di più non attraverso il rispetto di Norme internazionali consolidate –come è il caso del principio di *non refoulement* di cui è acclarata anche un’applicazione extraterritoriale<sup>79</sup>– bensì mediante la tolleranza che resta sinonimo di co-esistenza, ma non di condivisione. In questo quadro, diversificato quanto ai contenuti, ai principi ispiratori, agli strumenti giuridici si inserisce come soggetto da tutelare –o, al contrario, limitato nei suoi diritti– la persona umana nella sua situazione di *migrante, richiedente Asilo, o soggetto da integrare*. Uno *status* –e non una condizione soggettiva– che, invece, vede applicata alla persona una condizione di esclusione. Alle Regole internazionali si domanda di interpretare, comprendere, modificare tale condizione in funzione della tutela della dignità umana. L’idea si concretizza in Norme specifiche che regolano la migrazione, ma che oggi sono inadeguate rispetto ai grandi interrogativi: quale concezione legare al migrante economico? Quale al migrante politico? Quale al migrante reso tale in ragione del diritto al ricongiungimento ad un nucleo familiare? Interrogativi di difficile risposta in termini normativi ed esecutivi, che rischiano di doversi avvalere solo di risposte di tipo giudiziario.

Una prima pista da percorrere potrebbe partire dal considerare che la condizione giuridica di *migranti, richiedenti Asilo o soggetti da integrare* riguarda certamente quella di uno straniero che dimora sul territorio di uno Stato. E questo pur se le stesse figure non trovano diretta collocazione nella tradizionale considerazione fatta dal Diritto internazionale circa lo straniero e riguardanti il profilo dell’ammissione o dell’allontanamento dal territorio di uno Stato diverso da quello di origine o di partenza. Specificamente, infatti, si tratta di una condizione che tocca gli ostacoli, le barriere, le Leggi, le politiche

---

79 Cfr. ECHR. GRAND CHAMBER, *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, §§ 27, 34.

e in generale gli atteggiamenti dello Stato territoriale che possono limitare o impedire tale dimora.

A questo si aggiunge il fatto che si tratta di situazioni nelle quali la tematica dei diritti umani appare in tutte le sue dimensioni e profili: da quella strutturale dei diritti civili e politici (vita, Asilo, apolidia, lavoro) a quella più articolata e problematica collegata ai diritti economici sociali e culturali (inserimento, non discriminazione, partecipazione, *decision making*, riconoscimento di culture differenti...).

Va pertanto superata la contraddizione di un mondo globalizzato dove mentre sempre più avanza un'apertura degli spazi sovrani alla dimensione economica (capitali, commercio, servizi finanziari di altro tipo), appaiono ancora insormontabili le chiusure poste nei confronti della persona umana. Questo atteggiamento non aiuta i processi di sviluppo, la crescita economica e strutturale o una tutela efficace della dimensione umana. Non concorre, cioè, a risolvere – o almeno ad affrontare con la dovuta coerenza – le cause del fenomeno della mobilità umana con gruppi particolarmente deboli costretti a lasciare le proprie terre in ragione di negative condizioni di vita, di libertà, di sicurezza o di bisogni socio-economici, in ragione cioè di una *instabilità umanitaria*.

Il Diritto internazionale è chiamato a dotarsi di un nuovo paradigma per superare la realtà di *migranti, richiedenti Asilo o soggetti da integrare* che ancora risente molto di quanto elaborato in funzione sanzionatoria all'interno dei singoli Paesi in termini legislativi e di indirizzo, o attraverso la funzione giurisdizionale chiamata ad affrontare le situazioni patologiche della mobilità umana (ad esempio l'espulsione). Certo questo non può dimenticare di rispondere ad esigenze oggettive: fino a che punto (e se è possibile) il migrante, il richiedente Asilo, il soggetto da integrare possono essere oggetto di trattamento analogo a quello del cittadino? Ma forse può favorire l'idea di un Diritto internazionale capace di favorire una *riconciliazione* che passa anche attraverso forme di giustizia di transizione, partendo dal presupposto che la mobilità umana determina per singoli individui una situazione che riguarda la condizione giuridica dello straniero che dimora sul territorio di uno Stato. In una forma diversa dalle tradizionali previsioni, come del resto già indicano gli orientamenti di sistemi giuridici sovrastatali come quello europeo.

Ritornando al pensiero di Francisco De Vitoria la questione può essere ampliata nel considerare profili etici e morali da porre alla base del Diritto e

delle sue formulazioni. E, come già indicava il Maestro di Salamanca, l'elemento religioso resta certamente funzionale ad intraprendere un tale cammino, soprattutto per superare una categoria fondamentale che De Vitoria rilevava alla base dei rapporti internazionali: la categoria del *nemico* applicata anche a "pellegrini ed ospitati":

«in nessun modo è lecito spogliare i pellegrini e gli ospitati che sono presso i nemici, se non si è certi della loro colpevolezza, poiché loro non sono annoverati tra i nemici, ma anzi sono da considerarsi innocenti»<sup>80</sup>

alla cui condizione si legava l'uso della forza o una risposta unicamente mediante la forza<sup>81</sup>.

Non si tratta di una soluzione extra-giuridica, ma di una possibile risposta basata sul fondamentale rispetto di quel senso di "umanità" che non permette negazione o revoca poiché consolidatosi in un principio dell'Ordinamento internazionale –quello di umanità, ben noto sin dalle prime formulazioni del Diritto internazionale umanitario– che crea obblighi in assoluto nella condotta degli Stati. Questo significa per ogni persona –a prescindere anche dal mancato rispetto delle Norme di ingresso in un Paese– garanzie per il diritto alla vita, alla salute, a non essere ridotto in schiavitù, a non essere detenuto arbitrariamente, a non essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti.

Non è semplicistico concludere che tutelare i diritti legati alla mobilità umana significa collocare al centro della riflessione giuridica la dignità umana, considerandola allo stesso tempo un bene di cui ogni persona dispone e un fattore essenziale di stabilità internazionale.

---

80 Cfr. F. DE VITORIA, *Relectio de Iure belli*, s.l., 1539, q. IV, tit. II, 2. (tr. it.: C. GALLI, cur.) Roma-Bari 2005.

81 In tal senso, ad esempio si esprimeva anche il *Liber Extra* di Gregorio IX richiamando il principio: «*qui alium letariter percussit, licet ab aliis fuerit extinctus*» (X 5.12.18).



## **Efficacia e limiti del Diritto internazionale in tema di mobilità umana. Alla ricerca di un nuovo paradigma**

VINCENZO BUONOMO

### **Abstract**

Nel XVI secolo, all'Università di Salamanca uno dei fondatori del moderno Diritto internazionale, Francisco De Vitoria, nelle sue *Relectiones De Indiis*, delineava lo *ius communicationis* quale diritto di stranieri o di pellegrini a muoversi in altri Stati. Una concezione valida anche oggi con persone che si spostano dalla terra di origine per ragioni politiche, intolleranza religiosa o razziale, calamità naturali, conflitti, opportunità di lavoro o condizioni di sopravvivenza. Un fenomeno che richiede nuovi parametri culturali da tradurre in altrettanti principi di base e norme di condotta per garantire un *decision making* efficace. La gestione dei flussi migratori ha posto una sfida senza precedenti per gli Stati, richiedendo l'apporto delle Istituzioni intergovernative chiamate a introdurre strumenti normativi uniformi, come nel caso di spostamenti forzati, della tratta di esseri umani (*trafficking*) o dell'introduzione clandestina di migranti (*smuggling*). Ma per garantire i diritti primari (*core rights*) va verificata l'efficacia di *principi inderogabili* e delle Norme convenzionali in materia. Come il Diritto internazionale potrà affrontare le situazioni patologiche della mobilità umana? Forse con un nuovo paradigma per superare la visione degli Ordinamenti interni che collega migranti, richiedenti asilo o rifugiati solo alla funzione sanzionatoria.

### **Parole chiave:**

*ius communicationis*; mobilità umana; rifugiati; lavoratori migranti; Diritto internazionale

### **Abstract**

*In the 16th century, at the University of Salamanca, one of the founders of modern international Law, Francisco De Vitoria, in his Relectiones De Indiis, outlined the ius communicationis as a right of foreign or pilgrims to move in other States. A valid concept even today with people moving from their homeland for political reasons, religious or racial intolerance, natural disasters, conflicts, job opportunities or conditions of survival. This is a phenomenon that requires new cultural parameters to be translated in basic principles and rules of conduct to ensure an effective decision making. The management of migration flows has posed an unprecedented challenge for States, requiring the contribution of intergovernmental Institutions called upon to introduce uniform regulatory instruments, especially in the case of forced displacement, trafficking and smuggling. But to ensure the core rights the effectiveness of mandatory principles and related conventional rules must be verified. How can international Law deal with pathological situations of human mobility? Possibly with a new paradigm to overcome the vision of domestic Law that connect migrants, asylum seekers or refugees only to penalties.*

### **Keywords:**

*ius communicationis*; human mobility; refugees; migrant workers; international Law



# Una prima lettura del m.p. “*Intima Ecclesiae Natura*” sul servizio della carità

FRANCESCO CATOZZELLA

**SOMMARIO** 1. Introduzione. 2. Fondamento teologico: relazione tra carità ed azione ecclesiale. 3. Il *proæmio* del *motu proprio*. 4. La parte dispositiva. 5. Conclusione.

**SUMMARY** 1. Introduction. 2. Theological background: relation between charity and ecclesial action. 3. *Motu proprio*'s introduction. 4. The dispositive part. 5. Conclusion.

## 1. INTRODUZIONE

La Lettera apostolica in forma di *motu proprio* dal titolo “*Intima Ecclesiae Natura*” sul servizio della carità, datata 11 novembre 2012, è stata promulgata mediante pubblicazione su “L'Osservatore romano” di domenica 2 dicembre 2012<sup>1</sup>, insieme a due articoli di commento del Presidente del Pontificio Consiglio “*Cor unum*”<sup>2</sup> e del Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi<sup>3</sup>. La Normativa ivi contenuta è entrata in vigore, come stabilito “*specialiter et expresse*” (Can. 8 §1) nella parte finale del testo, il successivo 10 dicembre, diventando così parte del *corpus* legislativo della Chiesa latina e orientale<sup>4</sup>.

---

1 BENEDICTUS PP. XVI, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ de caritate ministranda: *Intima Ecclesiae Natura*, in *L'Osservatore romano*, CLII (2012), n. 278, 2 dicembre, 6-7. Il *motu proprio* è stato poi inserito in *AAS*, CIV (2012), 996-1004.

2 R. SARAH, *Un cuore che vede le miserie della società*, in *L'Osservatore romano*, CLII (2012), n. 278, 2 dicembre, 8.

3 J.I. ARRIETA, *Tra responsabilità e servizio*, in *L'Osservatore romano*, CLII (2012), n. 278, 2 dicembre, 9.

4 Nell'articolo ci riferiremo primariamente alla Normativa latina, inserendo tra parentesi –dove presenti– i rimandi al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali.

Le radici ideali del documento –come emerge dai continui riferimenti sia espliciti che impliciti presenti nel *proœmio* e nella parte dispositiva– vanno individuate nell’Enciclica di Benedetto XVI “*Deus Caritas Est*”<sup>5</sup>, del 25 dicembre 2005, composta da una prima parte dal carattere fondativo in cui il tema dell’amore viene sviluppato nei suoi contenuti antropologico-teologici a partire dalla differenza e dall’unità di “*eros*” e “*agape*”, e da una seconda parte dal carattere pastorale in cui si tematizza in concreto l’esercizio dell’amore da parte della Chiesa<sup>6</sup>. Il *motu proprio* costituisce un’ideale terza parte dell’Enciclica, dal momento che traduce sul piano normativo non poche delle indicazioni ivi contenute. Finalità delle presenti note è offrire una prima interpretazione di tali Norme, sottolineando i punti meritevoli di approfondimento.

Come ha sottolineato Benedetto XVI nell’Allocuzione alla Rota Romana del 29 gennaio 2012<sup>7</sup>, punto di partenza imprescindibile per cogliere il significato della Legge è volgere lo sguardo alla realtà che viene disciplinata, pertanto prima di esaminare la Normativa è necessario, seppur per accenni, soffermarsi sulla natura della carità nei suoi risvolti teologici ed ecclesiali.

## 2. FONDAMENTO TEOLOGICO: RELAZIONE TRA CARITÀ ED AZIONE ECCLESIALE

Il concetto di carità può essere approfondito sul versante teologico da diversi punti di vista, corrispondenti alle singole discipline che costituiscono il vasto campo della Teologia. Nell’ambito della Teologia dogmatica, carità rimanda all’identità stessa di Dio (*IGv* 4, 8) e alla natura della Chiesa, «grande Sacramento della carità di Dio nella storia degli uomini»<sup>8</sup>; in Teologia morale la carità assume una dimensione di doverosità in quanto “comandamento nuovo” (*Gv* 15, 12), e identifica la più grande delle virtù teologiche (*ICor* 13, 13) che poi si specifica a seconda del proprio stato di vita (si pensi alla *carità*

5 BENEDICTUS PP. XVI, Litteræ encyclicæ de christiano amore: *Deus Caritas Est*, in *AAS*, XCVIII (2006), 217-252.

6 Pur nella diversità di accentuazioni, le due parti dell’Enciclica costituiscono un tutt’uno senza soluzione di continuità, per cui si può ben applicare a questo documento quanto il Concilio Vaticano II osservava circa la Costituzione *Gaudium et Spes*, ovvero che «né alla prima parte manca l’intenzione pastorale, né alla seconda l’intenzione dottrinale». CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis: *Gaudium et Spes*, in *AAS*, LVIII (1966), 1025, nota 1.

7 BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Rotæ Romanæ Tribunal occasione inaugurationis Anni iudicialis*, 21 ianuarii 2012, in *AAS*, CIV (2012), 105. Cfr. il commento di E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della Legge*, in *Ius Ecclesiæ*, XXIV (2012), 705-717.

8 CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Evangelizzazione e testimonianza della carità. Orientamenti pastorali dell’Episcopato italiano per gli anni novanta*, in *Notiziario C.E.I.*, XXIV (1990), n. 24, 338.

*pastorale*<sup>9</sup> ed alla *carità coniugale*<sup>10</sup>). L’ambito nel quale si pone il nostro approfondimento è piuttosto quello della Teologia pastorale, il cui oggetto proprio di studio è

«l’azione multiforme della comunità ecclesiale, animata dallo Spirito santo, per l’attuazione nel tempo del progetto di salvezza di Dio sull’uomo e sulla storia»<sup>11</sup>.

Su questo piano la carità assume un triplice significato: in primo luogo esprime la natura profonda dell’azione ecclesiale globalmente intesa, in secondo luogo costituisce una delle tre dimensioni fondamentali della missione della Chiesa, infine ne identifica un settore specifico. Analizziamo brevemente questi tre significati che a nostro avviso sono sottesi sul piano fondativo al documento *Intima Ecclesiae Natura*.

- a) L’azione ecclesiale, sia *ad intra* che *ad extra*, è nella sua intima natura epifania dell’amore trinitario<sup>12</sup> che trova nella carità di Dio-Padre la sua sorgente, nella carità di Dio-Figlio incarnato –che «amò sino alla fine» (Gv 13, 1) e si fece prossimo ad ogni uomo– la sua figura esemplare, nella carità di Dio-Spirito Santo il dinamismo creativo capace di ideare sempre vie nuove e di originare quella “fantasia della carità” di cui ha scritto Giovanni Paolo II nella “*Novo Millennio Ineunte*”<sup>13</sup>. Si comprende allora il senso profondo della celebre espressione di Sant’Agostino: «tu vedi la Trinità, se vedi la carità»<sup>14</sup>.
- b) La carità, insieme con l’annuncio evangelico (*martyria-kerygma*) e la celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), costituisce una triade che prima ancora di determinare i settori concreti della missione della Chiesa ne individua le dimensioni fondamentali e interdipendenti, che in modo tra-

---

9 Cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Decretum de Presbyterorum ministerio et vita: *Presbyterorum Ordinis*, in *AAS*, LVIII (1966), 1013, n. 14.

10 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Adhortatio apostolica de familiæ christianæ muneribus in mundo huius temporis: *Familiaris Consortio*, in *AAS*, LXXIV (1982), 94, n. 13.

11 R. TONELLI, *Pastorale giovanile. Dire la fede in Gesù Cristo nella vita quotidiana*, Roma, 1982, 16. Cfr. S. LANZA, *Introduzione alla Teologia pastorale. 1. Teologia dell’azione ecclesiale*, Brescia, 1989, 174-181.

12 Cfr. S. LANZA, *L’azione ecclesiale: ontologia, morfologia, fenomenologia*, in G. MARENGO - J. PRADES LOPEZ - G. RICHI ALBERTI (edd.), *Sufficit Gratia tua*. Miscellanea in onore del Cardinale Angelo Scola, Venezia, 2012, 377-382.

13 IOANNES PAULUS PP. II, Epistula apostolica Magni Iubilæi anni MM sub exitum: *Novo Millennio Ineunte*, in *AAS*, XCIII (2001), 303, n. 50.

14 S. AUGUSTINUS, *De Trinitate libri quindecim*, VIII, 8, 12, in J.P. MIGNE (cur.), *Patrologiæ cursus completus. Series Latina*, XLII, Paris, 1845.

sversale si implicano e si richiamano l'una con l'altra. La carità è dunque anzitutto

«dimensione della vita nella fede, presente di principio in ogni manifestazione della vita credente, e non una regione della vita ecclesiale accanto ad altri settori»<sup>15</sup>.

È sempre la medesima fede (quella della Chiesa, accolta personalmente dal singolo credente) che –nell'ottica propria della Rivelazione che si compie *gestis verbisque*, ossia con parole e gesti intimamente connessi<sup>16</sup>– viene «*confessata* nell'adesione alla Parola di Dio, *celebrata* nei Sacramenti, *vissuta* nella carità»<sup>17</sup>. Da questo punto di vista, è stato osservato, l'agire caritatevole non è semplicemente conseguenza della scelta di fede, ma più in profondità è costitutivo di essa<sup>18</sup>.

Dunque ciascuna dimensione richiama le altre ed in ogni azione ecclesiale sono compresenti tutte e tre. Per fare un esempio concreto, sia l'annuncio della Parola che la santificazione mediante i Sacramenti possono essere interpretate come espressione della carità verso l'uomo<sup>19</sup>; a sua volta, ogni azione concreta di carità compiuta da un cristiano diventa forma silenziosa di evangelizzazione, testimonianza dell'amore di Dio e via di santificazione. Questa reciproca implicazione è in qualche modo riconosciuta dal Codice latino nel Can. 839 §1, dove si afferma che la Chiesa adempie alla funzione di santificazione non solo tramite la sacra Liturgia, i Sacramenti, la preghiera, ma anche con altri mezzi tra cui le opere di carità, «che aiutano grandemente a radicare e corroborare il Regno di Cristo nelle anime e contribuiscono alla salvezza del mondo».

15 B. SEVESO, "Diaconia: la figura attuale", in B. SEVESO (ed.), *Enciclopedia di pastorale*, IV, Casale Monferrato (AL), 1993, 13.

16 CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de divina revelatione: Dei Verbum*, in *AAS*, LVIII (1966), 818, n. 2.

17 IOANNES PAULUS PP. II, *Adhortatio apostolica post-synodalis de vocatione et missione laicorum in Ecclesia et in mundo: Christifideles Laici*, in *AAS*, LXXXI (1989), 453, n. 33.

18 Cfr. S. LANZA, *Linee pastorali per la formazione di una comunità cristiana soggetto di evangelizzazione e di testimonianza della carità*, in A. MONTAN (ed.), *Il Vangelo della carità per la Chiesa e la società*, Bologna, 1994, 171-177.

19 «Tutta l'attività della Chiesa è espressione di un amore che cerca il bene integrale dell'uomo: cerca la sua evangelizzazione mediante la Parola e i Sacramenti [...]; e cerca la sua promozione nei vari ambiti della vita e dell'attività umana». BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 19. Cfr. G. COLZANI, *La missione: mandatum e ministerium amoris nell'Enciclica Deus Caritas Est di Benedetto XVI*, in *Euntes docete*, LX (2007), 241-260.

- c) Infine, la carità esprime un settore specifico dell’azione della Chiesa: il “servizio della carità” (*diakonia*), ovvero «il servizio che la Chiesa svolge per venire costantemente incontro alle sofferenze e ai bisogni, anche materiali, degli uomini»<sup>20</sup>. È un ambito nel quale la Chiesa, sin dal tempo apostolico, si è distinta sia come esercizio della carità all’interno della comunità cristiana verso i fratelli di fede più bisognosi –si pensi alla condivisione dei beni che venivano poi distribuiti «secondo il bisogno di ciascuno» (*At* 2, 45; 4, 35-35), all’istituzione dei “sette” per il servizio delle vedove (*At* 6, 1-6)<sup>21</sup>, alla colletta proposta e sostenuta con fervore da San Paolo per la comunità di Gerusalemme (*Rm* 15, 25-28; *1Cor* 16, 1-3; *2Cor* 8-9)– sia come esercizio di carità al di fuori dei suoi confini, verso ogni uomo.

Anche se tutte le azioni intraprese dalla Chiesa possono essere ritenute in senso lato “opere di carità”, in senso stretto sono tali quelle che in maniera specifica e diretta –mediante l’assistenza materiale rivolta a tutte le categorie che abbracciano vecchie e nuove forme di povertà (malati ed anziani, emigrati, tossicodipendenti, rifugiati, ecc.)– esprimono l’amore di Dio che si fa prossimo.

È qui che avviene il raccordo con il mondo del Diritto. Nel momento in cui l’esercizio della carità da individuale (ossia vissuto dal singolo fedele nella quotidianità, in conformità al proprio stato di vita) si fa condiviso, allora è necessario che ci sia un’organizzazione «quale presupposto per un servizio comunitario ordinato»<sup>22</sup> dove si prevedano funzioni e compiti specifici, affinché tale servizio sia conforme al significato proprio della carità cristiana ed effettivamente proficuo<sup>23</sup>.

Tuttavia l’esercizio della *diakonia* da parte della Chiesa va oggi incontro ad alcuni rischi che è opportuno segnalare<sup>24</sup>, al fine di verificare in un secondo momento se il *motu proprio* offra validi strumenti per evitare di cadere in essi.

20 BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 19.

21 La funzione dei “sette” –afferma Benedetto XVI– non era però solo materiale, «dovevano essere uomini “pieni di Spirito e di saggezza” (cfr. *At* 6, 1-6). Ciò significa che il servizio sociale che dovevano effettuare era assolutamente concreto, ma al contempo era senz’altro anche un servizio spirituale». BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 21.

22 BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 20. Sul rapporto tra carità e Diritto alla luce dell’Enciclica, cfr. C.M. REDAELLI, *L’Enciclica di Benedetto XVI Deus Caritas Est e il Diritto canonico*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 19 (2006), 337-349.

23 Cfr. J. MIÑAMBRES, *Organizzazione gerarchica della Chiesa e servizio della carità*, in J. MIÑAMBRES (ed.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano, 2008, 243-247.

24 Cfr. S. LANZA, *Convertire Giona. Pastorale come progetto*, Roma, 2008, 206-217; A. MASTANTUONO, “Carità”, in G. CALABRESE - P. GOYRET - O.F. PIAZZA (edd.), *Dizionario di Ecclesiologia*, Roma, 2009, 125-126.

- Il primo rischio, all'interno delle singole comunità cristiane, è quello della "delega deresponsabilizzante", per cui la formazione di specifici gruppi o fenomeni aggregativi a livello parrocchiale e diocesano che compiono opere di carità rischia –se essi non sono adeguatamente inseriti nel vissuto quotidiano di tali comunità– di agire non da "fermento" e "segno" della sollecitudine caritativa di tutti, ma da scusante per una loro inerzia. In questo caso tale delega non favorisce ma ferisce la corresponsabilità dei fedeli nell'esercizio della carità.
- Il secondo rischio è che la Chiesa venga percepita, sia dai fedeli che dalla società in genere, come un'Agenzia di servizi che, oltre a "dispensare" Sacramenti, distribuisce beni e servizi di prima necessità, venendo considerata una tra le tante Agenzie sociali accanto ad altre, perdendo così il suo specifico apporto.

### 3. IL PROEMIO DEL MOTU PROPRIO

Il m.p. *Intima Ecclesiae Natura* è composto da un *proemio*, nel quale si spiegano le ragioni della sua promulgazione e le finalità della Normativa, e da una parte dispositiva di quindici Articoli. Si sottolinea anzitutto che il servizio della carità ha una duplice dimensione: *personale* e *comunitaria*. Ogni fedele ha infatti, in forza del Battesimo che lo rende partecipe del *munus* sacerdotale, regale e profetico di Cristo e di conseguenza corresponsabile della missione della Chiesa, «il diritto ed il dovere di impegnarsi personalmente per vivere il comandamento nuovo che Cristo ci ha lasciato». Propriamente l'impegno caritatevole si ricollega al *munus* regale<sup>25</sup>, ovvero diventa espressione della regalità cristiana che, a differenza di quella mondana comunemente intesa, si concretizza nel servizio disinteressato capace di vedere nel volto dell'uomo bisognoso e sofferente Gesù stesso (Mt 25, 31-46). Questo diritto-dovere del fedele necessita di essere vissuto all'interno del proprio stato di vita. Per il laico in particolare, la cui specificità è l'indole secolare, la carità

«rappresenta il contenuto più immediato, comune e abituale di quell'animazione cristiana dell'ordine temporale che costituisce l'impegno specifico dei fedeli laici»<sup>26</sup>,

ed uno dei modi in cui essa può essere esercitata è il volontariato nelle sue varie forme, che diventa così autentica espressione di apostolato.

---

25 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Christifideles Laici*, n. 14.

26 *Ivi*, n. 41.



Il diritto-dovere dell’impegno nella carità non è recensito *expressis verbis* nel Codice di Diritto canonico, ma è implicitamente contenuto in altri diritti e doveri. Visto che le opere di carità rientrano a pieno titolo nell’ambito dell’apostolato, un primo riferimento è al Can. 216 (19 CCEO), secondo il quale i fedeli «hanno il diritto di promuovere o di sostenere l’attività apostolica anche con proprie iniziative»; ciò può avvenire in forma individuale oppure in forma associata, come riconosce il Can. 215 (18 CCEO). L’esercizio della carità è infatti uno dei fini indicati dal Canone che sostanzia il fenomeno associativo nella Chiesa. Un secondo riferimento è al Can. 222 (25 CCEO) che ricorda il dovere dei fedeli di sovvenire alle necessità della Chiesa per il compimento, tra le altre, anche delle opere di carità (§1), nonché il dovere «memori del comandamento del Signore, di soccorrere i poveri con i proprio redditi» (§2).

L’esercizio della carità deve realizzarsi anche in forma comunitaria, a livello di Chiesa universale, di Chiesa particolare e all’interno delle singole comunità locali; ciò richiede –si afferma nel *proæmio*, riprendendo la *Deus Caritas Est*– una forma di organizzazione che, in applicazione di un corretto principio di corresponsabilità<sup>27</sup>, distingua e riconosca le varie funzioni e competenze. All’interno della comunità diocesana spetta al Vescovo «la prima responsabilità della realizzazione» della *diakonia*; egli è «presidente e ministro della carità nella Chiesa»<sup>28</sup>, al quale non solo spetta esercitare personalmente, come ogni altro fedele, la carità, ma al quale competono anche specifici compiti di promozione, discernimento e vigilanza sulle attività caritative in cui la Chiesa è in maniera più o meno diretta impegnata.

Nell’Enciclica *Deus Caritas Est* si osserva però che

«il Codice di Diritto canonico, nei Canoni riguardanti il ministero episcopale, non tratta espressamente della carità come di uno specifico ambito dell’attività episcopale»<sup>29</sup>.

In effetti già ad una semplice analisi terminologica appare evidente come il termine “carità” venga utilizzato nei Canoni riservati al Vescovo non in rife-

27 Corresponsabilità significa che «nella Chiesa tutti sono responsabili di tutto, ma non allo stesso titolo e nello stesso modo» (S. LANZA, *Convertire Giona*, 250). Sulla corresponsabilità come principio portante del Libro II del Codice si veda: P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Roma, 2004, 294-296 ed anche: P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.

28 CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Directorium ministerii pastoralis Episcoporum: Apostolorum Successores*, Città del Vaticano, 2004, n. 194.

29 BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 32.

rimento alle opere caritative, ma piuttosto per indicare l'atteggiamento amovole che egli deve avere nei confronti dei fratelli non in piena comunione con la Chiesa cattolica (Can. 383 §3) e dei non battezzati, «affinché risplenda anche per loro la carità di Cristo, di cui il Vescovo deve essere testimone di fronte a tutti» (Can. 383 §4; 192 §3 CCEO). È un riferimento piuttosto generico, che non si riferisce all'ambito specifico della *diakonia*; come generico è l'altro riferimento presente nel Can. 387 (197 CCEO) dove, in relazione alla funzione di santificazione, si afferma che il Vescovo è tenuto «ad offrire un esempio di santità nella carità».

D'altra parte, mentre la funzione propria del Vescovo nell'ambito della Parola di Dio e dei Sacramenti è esplicitamente messa in evidenza dal Codice –egli è infatti il moderatore di tutto il ministero della Parola (Can. 756 §2); il moderatore, custode e promotore della vita liturgica (Can. 835 §1), al quale spetta anche l'opera di vigilanza perché in questi ambiti non si insinuino abusi (Can. 392 §2; 201 §2 CCEO)– manca un'indicazione analoga per il servizio della carità. L'unico Canone che in qualche modo comprende anche quest'ambito dell'attività ecclesiale è il Can. 394 §1 (203 §1 CCEO) che affida al Vescovo il compito di coordinare tutte le opere di apostolato svolte in Diocesi (ivi comprese dunque le opere di carità), nel rispetto dell'indole propria di ciascuna.

Una serie di indicazioni e direttive concrete per l'attività del Vescovo nell'ambito della carità sono invece contenute nel Direttorio pastorale per il ministero dei Vescovi “*Apostolorum Successores*”, pubblicato un anno prima dell'Enciclica *Deus Caritas Est*<sup>30</sup>. “L'esercizio della carità” è inserito all'interno del Cap. VII sul *munus regendi* del Vescovo. Da un confronto tra il Direttorio e il *motu proprio* appare evidente come non poche direttive contenute nel primo documento<sup>31</sup> siano state concretamente tradotte in Norme specifiche, così che il Direttorio può essere ritenuto a buon diritto una delle fonti della

---

30 Il Direttorio, si legge nell'Enciclica, «ha approfondito più concretamente il dovere della carità come compito intrinseco della Chiesa intera e del Vescovo nella sua Diocesi ed ha sottolineato che l'esercizio della carità è un atto della Chiesa come tale e che, così come il servizio della Parola e dei Sacramenti, fa parte anch'esso dell'essenza della sua missione» (BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 32).

31 Il Vescovo sostenga e favorisca le iniziative di carità, abbia cura della formazione permanente di coloro che sono impegnati in esse (n. 194); se necessario promuova la creazione di altre iniziative corrispondenti ai nuovi bisogni, promuova la *Caritas* diocesana e, per quanto possibile, stabilisca la creazione della *Caritas* in ogni Parrocchia (n. 195); favorisca le relazioni degli Organismi caritativi diocesani con quelli dei fratelli separati (n. 196) e la collaborazione con le Istituzioni similari pubbliche e private; si preoccupi che tali opere e iniziative si adattino alla legittima Legislazione civile e alle esigenze del progresso tecnico-scientifico (n. 197).

*Intima Ecclesiae Natura*, insieme con l’Enciclica di Benedetto XVI e i due Codici della Chiesa (in particolare i Canoni sulle Associazioni).

Il *motu proprio* intende dunque colmare la *lacuna Legis* evidenziata

«in modo da esprimere adeguatamente, nell’Ordinamento canonico, l’essenzialità del servizio della Carità nella Chiesa ed il suo rapporto costitutivo con il ministero episcopale, tratteggiando i profili giuridici che tale servizio comporta nella Chiesa, soprattutto se esercitato in maniera organizzata e col sostegno esplicito dei Pastori»<sup>32</sup>.

Il percorso che ha condotto alla promulgazione del *motu proprio* è riassunto da Mons. Arrieta nell’articolo di commento apparso su “L’Osservatore romano”: nel 2008 fu costituito dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, su sollecitazione del Pontificio Consiglio “*Cor unum*”, un gruppo di studio che affrontasse l’ambito della *diakonia* dal punto di vista canonico. Dopo circa un anno di lavoro, venne preparata una prima bozza di documento inviata ad alcune Conferenze episcopali ed a diversi Organismi consultivi. In base alle osservazioni pervenute venne predisposta una seconda bozza, anch’essa inviata ed esaminata da Organismi consultivi, la quale –afferma Mons. Arrieta– «si riflette sostanzialmente nel testo che il Papa ha promulgato»<sup>33</sup>.

#### 4. LA PARTE DISPOSITIVA

La parte dispositiva del *motu proprio* si compone di 15 Articoli dei quali può essere utile offrire una prima indicazione del contenuto:

Art. 1 - Il diritto dei fedeli di costituire Organismi e Fondazioni per specifici servizi di carità.

Art. 2 - Gli Statuti degli Organismi caritativi e i doveri dell’Autorità competente.

Art. 3 - L’Autorità competente.

Artt. 4-5 - Vari compiti e doveri del Vescovo diocesano.

Art. 6 - Il compito del Vescovo diocesano di coordinare le diverse opere di carità.

Art. 7 - La selezione e formazione degli operatori.

Art. 8 - L’Ufficio diocesano di coordinamento del servizio della carità.

---

32 BENEDICTUS PP. XVI, *Intima Ecclesiae Natura*, prooemio.

33 J.I. ARRIETA, *Tra responsabilità e servizio*, 9.

- Art. 9 - La *Caritas* parrocchiale.
- Art. 10 - Lo specifico compito di vigilanza del Vescovo in materia economica.
- Art. 11 - I provvedimenti del Vescovo diocesano nei confronti degli Organismi che non corrispondono più agli insegnamenti della Chiesa.
- Art. 12 - L'attività caritativa a livello interdiocesano, nazionale ed internazionale.
- Art. 13 - L'assenso dell'Autorità alle iniziative di Organismi cattolici da svolgersi nell'ambito della propria competenza.
- Art. 14 - L'attività caritativa in collaborazione con altre Chiese e Comunità ecclesiali.
- Art. 15 - Competenze del Pontificio Consiglio "*Cor unum*".

Anzitutto due osservazioni preliminari. Già dallo schema presentato appare evidente come la prima preoccupazione del documento sia evidenziare i compiti specifici del Vescovo diocesano, offrendo una loro elencazione dettagliata attingendo soprattutto al Direttorio pastorale; anche negli Articoli il cui titolo da noi indicato non fa diretto riferimento al Vescovo (per es. l'Art. 9 sulla *Caritas* parrocchiale) sono ugualmente specificati i suoi compiti e doveri in relazione a quel tema specifico. La seconda osservazione è che, in particolare nei primi tre Articoli, si riprende sostanzialmente la disciplina delle Associazioni (Cann. 298-329 CIC; 573-583 CCEO)<sup>34</sup>, nell'individuare ad esempio l'Autorità competente per l'approvazione degli Statuti, circa l'uso della denominazione di "cattolico", a proposito della nomina o approvazione dell'Assistente ecclesiastico. Tuttavia il *motu proprio* non usa il termine "*consociationes*"<sup>35</sup>, ma "*instituta*" (tradotto con "Organismi") e "*incepta communia caritatis*" ("iniziative collettive di carità"). Ci si può chiedere se il termine "Organismi" –che nella Normativa identifica entità distinte dalle Fondazioni (cfr. Art. 1 §1-2)– debba essere inteso semplicemente come sinonimo di "Associazioni" oppure introduca un *tertium quid* dai caratteri solo analoghi alle Associazioni propriamente dette regolate dal

---

34 Tra i numerosi articoli che approfondiscono questi Canoni rimandiamo a: V. DE PAOLIS, *Diritto dei fedeli di associarsi e la Normativa che lo regola*, in G.I.D.D.C. (cur.), *Fedeli, Associazioni, movimenti*, Coll. *Quaderni della Mendola*, n. 10, Milano, 2002, 127-162 e, nello stesso volume, C.M. REDAELLI, *Aspetti problematici della Normativa canonica e della sua applicazione alla realtà associativa della Chiesa*, in G.I.D.D.C. (cur.), *Fedeli, Associazioni, movimenti*, Coll. *Quaderni della Mendola*, n. 10, Milano, 2002, 163-185. Sul piano fondativo si veda anche: O. FUMAGALLI CARULLI, *Il diritto di associarsi nella Chiesa*, in O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed Enti tra libertà religiosa e intervento dello Stato*, Milano, 2012, 149-166.

35 Il termine si trova in realtà una sola volta, nell'Art. 15 §1 in relazione però alla competenza del Pontificio Consiglio per i Laici prevista dall'Art. 133 della Costituzione *Pastor Bonus*.

Codice. Nel qual caso occorrerebbe dare fondamento giuridico a questa nuova figura.

#### 4.1. *Gli Enti caritativi ai quali si riferisce la Normativa*

L’Art. 1 merita, a nostro avviso, particolare attenzione e può creare alcuni problemi a livello interpretativo. Di ciò sembra consapevole anche Mons. Arrieta quando afferma che tale

«enunziato normativo probabilmente avrà bisogno di essere limitato nel confronto dottrinale, e risponde a un primo tentativo di identificare un’intera “categoria” di Enti che, se intendono agire nel modo determinato dall’Articolo 1, per esigenze di giustizia sono tenuti a seguire la disciplina proposta»<sup>36</sup>.

Dopo aver indicato, sulla base del Can. 215 (18 CCEO), che «i fedeli hanno il diritto di associarsi e d’istituire Organismi che mettano in atto specifici servizi di carità» (§1), nonché di «costituire Fondazioni per finanziare concrete iniziative caritative» (§2), l’Articolo definisce quali entità siano tenute a rispettare le Norme di seguito stabilite: si tratta degli Organismi e delle Fondazioni

«nella misura in cui risultino collegati al servizio di carità dei Pastori della Chiesa e/o intendano avvalersi per tale motivo del contributo dei fedeli».

La prima condizione non appare di immediata comprensione e può rendere difficile la concreta individuazione degli Enti cui si riferisce la Normativa; il collegamento non viene istituito direttamente con il servizio di carità della Chiesa, ma con il servizio di carità dei Pastori, i quali –afferma l’Art. 4 §1– sono i primi responsabili del servizio caritativo.

Sul presupposto che il fenomeno aggregativo nella Chiesa ha confini più ampi di quelli stabiliti dalla Normativa sulle Associazioni, si può anzitutto affermare che non rientrano nell’ambito definito dall’Art. 1 le aggregazioni non formalizzate, prive di Statuto, spesso denominate “gruppi” che, nate spontaneamente (di solito nel contesto parrocchiale), svolgono una qualche attività caritatevole senza essere propriamente delle Associazioni; non vi rientra neppure un’eventuale “commissione” sorta all’interno del Consiglio pastorale parrocchiale.

---

36 J.I. ARRIETA, *Tra responsabilità e servizio*, 9.

D'altra parte il fenomeno aggregativo può anche legittimamente esplicarsi nell'ambito esclusivo dell'Ordinamento civile: i fedeli sono liberi di dare vita ad iniziative di carità costituendo Organismi e Fondazioni in forme giuridiche civili, senza un riconoscimento canonico<sup>37</sup>. Enti che, sebbene caratterizzati dall'ispirazione cristiana, non sono "ecclesiali", e dunque non rientrano direttamente nel novero degli Organismi indicati dall'Art. 1. Tuttavia la Normativa può essere interpretata come un implicito invito rivolto a tali Enti, dalla chiara identità cattolica, a chiedere il riconoscimento nella Chiesa mediante l'approvazione degli Statuti. Sarà inoltre sempre possibile (ed anzi opportuno) stabilire con queste Istituzioni caritatevoli esistenti nell'ambito civile –sulla base del comune riferimento ai principi cristiani– rapporti di collaborazione, come invita a fare il Direttorio pastorale per i Vescovi<sup>38</sup>.

Per ogni ulteriore specificazione degli Enti compresi nell'Art. 1 può essere utile tornare al *proæmio* nel quale si individuano tre grandi gruppi di iniziative nell'ambito della *diakonia* della Chiesa.

- Un primo gruppo riguarda la *Caritas*, Istituzione presente a livello parrocchiale, diocesano, nazionale ed internazionale, caratterizzata da un legame più o meno stretto con la Gerarchia (variamente espresso nei suoi diversi livelli e contesti nazionali) che la promuove e sostiene ufficialmente. La configurazione giuridica degli Enti denominati "Caritas" soprattutto a livello nazionale è variegata e dipende anche dal contesto giuridico statale in cui la Chiesa svolge la sua missione: in alcuni casi la *Caritas* è dotata di personalità pubblica nell'Ordinamento canonico<sup>39</sup>, in altri è riconosciuta come Associazione privata –provvista o meno di personalità giuridica (cfr. Can. 322), eventualmente raccomandata o lodata (cfr. Can. 299 §2)– in altri ancora (come in Francia) essa non ha una configurazione canonica ma solo civile<sup>40</sup>. Tale diversificata configurazione determina un diverso coinvolgimento della Gerarchia sia a livello direttivo che di vigi-

37 Cfr. L. NAVARRO, *Le iniziative dei fedeli nel servizio della carità, fondamento e configurazione giuridica*, in J. MIÑAMBRES (ed.), *Diritto canonico*, 207-210.

38 «Il Vescovo eviti ogni apparenza di competizione delle opere di carità diocesane con altre Istituzioni simili pubbliche o private e invece favorisca la reciproca stima e la *collaborazione* tra le une e le altre». CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Apostolorum Successores*, n. 197. Da notare che il *motu proprio* ha tralasciato questo invito rivolto al Vescovo, mentre nell'Art. 14 ha recepito l'invito a favorire le relazioni con gli Organismi caritativi dei fratelli separati (n. 196 del Direttorio).

39 È lo *status* giuridico ad esempio della "Caritas Italiana" (cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. CONSIGLIO EPISCOPALE PERMANENTE, *Statuto della Caritas Italiana*, in *Notiziario C.E.I.*, XXIV [1990], 301, Art. 2).

40 Sulla configurazione della *Caritas* in alcune Nazioni europee: G.P. MONTINI, *Il caso Caritas*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 17 (2004), 41-51; G. DALLA TORRE, *La Caritas: storia e natura giuridica*, in J. MIÑAMBRES (ed.), *Diritto canonico*, 265-289.

lanza e può originare in alcuni casi difficoltà, in relazione alla tutela della comunione ecclesiale e della specifica identità cattolica di tali Enti. Ciò può accadere anche a livello di *Caritas* diocesana, là dove –nel caso essa sia dotata di personalità solo privata– si pone, ad esempio, la questione di quale sia il ruolo del Vescovo nella sua direzione<sup>41</sup>. Sebbene il *motu proprio* nella parte dispositiva faccia esplicito riferimento alla *Caritas* in un solo Articolo, è chiaro che la Normativa si riferisce anche agli Enti così denominati, per i quali la *Intima Ecclesiae Natura* si pone come istanza critica, che deve guidare, se necessario, la revisione degli Statuti e/o la modifica della propria configurazione giuridica.

L'Art. 9 invita il Vescovo, come già indicato nel Direttorio, a favorire la creazione della *Caritas* a livello parrocchiale non solo per realizzare opere caritative, ma anche per promuovere «un'azione pedagogica nell'ambito dell'intera comunità per educare allo spirito di condivisione e di autentica carità» (§1). La *Caritas* non deve avere tuttavia il monopolio dell'attività caritativa in Parrocchia, infatti l'Art. 9 §2 sottolinea che il Vescovo e il Parroco devono tutelare la libera iniziativa dei fedeli nel campo caritativo, in modo da assicurare che «possano coesistere e svilupparsi altre iniziative di carità, sotto il coordinamento generale del Parroco».

- Un secondo gruppo riguarda tutte quelle iniziative sorte all'interno della Chiesa dal libero impegno dei fedeli che vogliono vivere il comandamento dell'amore in maniera stabile e organizzata. La forma associata diventa specifica espressione della comunione ecclesiale e della responsabilità partecipata da tutti, ciascuno nel proprio stato di vita, nel compimento della missione di amore della Chiesa. Queste iniziative, originate dalla libera volontà di associazione e dall'impegno dei fedeli, sono "private", ma tale denominazione non dipende dal fine perseguito (il fine di carità non può certamente essere ritenuto un fine privato alla luce di quanto affermato in precedenza), ma dal diverso intervento e dalla diversa dipendenza dall'Autorità<sup>42</sup>.

---

41 Nello specifico contesto italiano queste problematiche non si pongono in quanto la *Caritas* diocesana è un Organo pastorale della Diocesi, ovvero «un Ufficio che appartiene alla struttura della Curia diocesana, finalizzato alla promozione e al coordinamento di tutte le attività caritative diocesane» (CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa*, in *Notiziario C.E.I.*, XX-XIX [2005], 378, n. 89). La *Caritas* parrocchiale è similmente un Organismo pastorale che ha il compito di coinvolgere tutta la comunità nella testimonianza della carità (cfr. Appendice allo Statuto della *Caritas* Italiana, 235).

42 «Nella Chiesa pubblico e privato sono due aspetti dell'unica realtà della comunione, che è nello stesso tempo comunione con Dio e con i fratelli. La dimensione individuale e la dimensione comune si implicano sempre a vicenda. Privato e pubblico indicano solo la preponderanza della dimensione individuale o comune in una qualche manifestazione o elemento istituzionale della vita della Chiesa. Questo comporta un diverso intervento dell'Autorità ecclesiastica». G. GHIRLANDA, *Questioni irrisolte sulle Associazioni di fedeli*, in *Ephemerides Iuris canonici*, IL (1993), 79.



- Infine, un terzo gruppo comprende le opere specifiche promosse di propria iniziativa dall’Autorità ecclesiastica. In alcuni casi può essere effettivamente utile ed opportuno che la Diocesi non si assuma direttamente la responsabilità a livello gestionale di determinate attività caritative, ma costituisca a tale scopo degli Enti o Organismi dotati di personalità giuridica anche pubblica<sup>43</sup>. Inoltre il Can. 301 §2 lascia la possibilità all’Autorità ecclesiastica competente di erigere Associazioni pubbliche di fedeli per il conseguimento di fini ad essa non riservati, e dunque anche per perseguire fini di carità. Nel caso, ad esempio, di una necessità caritativa particolarmente urgente il Vescovo potrebbe costituire un’Associazione pubblica, in assenza di un’iniziativa privata dei fedeli<sup>44</sup>.

La Normativa contenuta nel m.p. *Intima Ecclesiae Natura* –oltre a quanto detto in relazione alla *Caritas*– si applica alle iniziative comprese in questi due gruppi, nel momento in cui esse, provviste di propri Statuti, si costituiscono e sono riconosciute ovvero erette come Organismi o Fondazioni, dotate di personalità giuridica pubblica o privata<sup>45</sup>. È chiaro che il collegamento al servizio di carità dei pastori della Chiesa è diversificato: per il terzo gruppo è evidente, perché sono iniziative direttamente promosse dalla Gerarchia (e che agiscono in nome della Chiesa se dotate di personalità giuridica pubblica), per il secondo gruppo si ha tale collegamento nel momento in cui i fedeli chiedono che la loro opera venga esplicitamente riconosciuta e, ancor più, sostenuta dai pastori, anche con l’intenzione di potersi poi avvalere dei contributi dei fedeli. Il legame con gli Organismi caritativi promossi dagli Istituti di vita consacrata e Società di vita apostolica è fondato sulla natura stessa di tali Istituti che esercitano l’azione apostolica a nome della Chiesa (Can. 675 §3; cfr. 678 §1; 738 §2 CIC; 415 §1; 554 §2 CCEO); pertanto anche questi Organismi, secondo il §4 dell’Art. 1, sono tenuti a rispettare la suddetta Normativa.

Di particolare interesse è la previsione per i fedeli di costituire Fondazioni autonome di natura privata<sup>46</sup> per fini caritatevoli (Art. 1 §2); la fondazione

---

43 Cfr. C.M. REDAELLI, *Le persone giuridiche come strumenti per organizzare le attività diocesane e parrocchiali*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 17 (2004), 29-30.

44 Cfr. C.M. REDAELLI, *Il Vescovo di fronte alle Associazioni*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 8 (1995), 358.

45 Ricordiamo che il CCEO non ammette la distinzione tra persona giuridica pubblica e privata (cfr. Can. 921).

46 Il Can. 1303 §1 n. 1 (Can. 1047 §1 n. 1 CCEO) stabilisce che le pie Fondazioni autonome sono erette «in persona giuridica dall’Autorità ecclesiastica competente». Il verbo “erigere” (che nel Can. 301 §3 CIC indica specificamente l’erezione di Associazioni pubbliche da parte dell’Autorità) potrebbe far pensare che nella Chiesa si diano solo Fondazioni autonome dotate di personalità pubblica, tutta-



privata è una figura quasi assente nell'Ordinamento canonico, perché la maggior parte delle volte si preferisce costituire Fondazioni civili, ma essa può risultare utile da diversi punti di vista. Come è stato osservato,

«l'uso della figura della fondazione privata può rendere più agile l'azione dei fedeli in campo caritatevole perché ha il vantaggio di mantenere alcune caratteristiche tipiche degli Enti privati, come sono l'autonomia, la non rappresentatività ufficiale della Chiesa e, allo stesso tempo, può consentire che persone estranee alla Chiesa si sentano più predisposte a collaborare in iniziative di carità, anche mediante contributi economici che non diventeranno beni ecclesiastici»<sup>47</sup>.

Gli Enti individuati devono sottomettere gli Statuti all'approvazione dell'Autorità competente. Si richiede dunque la *Approbatio* (che a norma del Can. 322 §2 è il presupposto perché un'Associazione acquisti la personalità giuridica) e non la semplice *Recognitio* (presa d'atto) richiesta dal Can. 299 §3 (573 §2 CCEO) perché un'Associazione sia riconosciuta nella Chiesa. A nostro avviso, l'obbligo di chiedere l'approvazione degli Statuti da parte di un'Associazione privata di fedeli che voglia agire all'interno di questa Normativa non significa necessariamente chiedere di essere dotata di personalità giuridica nell'Ordinamento canonico, per quanto ciò sia auspicabile soprattutto in relazione alla gestione dei fondi ed al riconoscimento in sede civile.

Negli Statuti<sup>48</sup> –stabilisce l'Art. 2 §1– oltre a prevedere quanto indicato nel Can. 94 §1<sup>49</sup>, in particolare le strutture di governo dell'Ente, è necessario esprimere anche

«i principi ispiratori e le finalità dell'iniziativa, le modalità di gestione dei fondi, il profilo degli operatori, nonché i rapporti e le informazioni da presentare all'Autorità ecclesiastica competente»,

aspetti sui quali si soffermano alcuni Articoli successivi. A nostro avviso accanto al fine specifico caritativo che si intende perseguire è importante, almeno per sommi capi, indicare –in analogia con quanto stabilito dal Can. 304 §1 (576 §1 CCEO)– anche le concrete modalità d'azione.

---

via la dottrina ammette la possibilità di riconoscere anche Fondazioni private, cfr. per es. C. BEGUS, *Diritto patrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2007, 138.

47 L. NAVARRO, *Le iniziative*, 216.

48 Cfr. M. DELGADO GALINDO, *Gli Statuti delle Associazioni di fedeli*, in *Ephemerides Iuris canonici*, LI (2011), 429-444.

49 L'Articolo rinvia al Can. 95 §1 che però riguarda non gli Statuti ma i regolamenti. Si tratta evidentemente di un errore materiale (riprodotto anche nella successiva pubblicazione negli *AAS*).

#### 4.2. *L'Autorità competente*

Nel *motu proprio* si stabiliscono i compiti specifici dell'Autorità competente e del Vescovo diocesano. L'Autorità competente ad approvare gli Statuti (Art. 1 §1) e concedere la denominazione di "cattolico" (Art. 2 §2; cfr. Can. 300 CIC; 19 CCEO) viene individuata mediante rinvio al Can. 312 del Codice latino –che, com'è noto, a seconda del carattere dell'Associazione (universale o internazionale, nazionale, diocesano) individua l'Autorità competente nella Santa Sede, nella Conferenza episcopale, nel Vescovo diocesano– e al Can. 575 del Codice orientale<sup>50</sup>. La Normativa codiciale non specifica quale sia l'Autorità competente per le Associazioni a carattere interdiocesano (ovvero diffuse e operanti in più Diocesi) che non raggiungono però carattere propriamente nazionale. Il *motu proprio* chiarisce che in questo caso l'Autorità competente è il Vescovo della Diocesi dove l'Ente ha la sede principale.

Come prevede esplicitamente l'Art. 2 §4, all'Autorità competente spetta anche, in fase di riconoscimento degli Organismi mediante approvazione degli Statuti, quanto previsto dal Can. 223 §2 (26 §3 CCEO): regolare l'esercizio dei diritti dei fedeli

«onde venga evitato il moltiplicarsi delle iniziative di servizio di carità a detrimento dell'operatività e dell'efficacia rispetto ai fini che si propongono».

Naturalmente l'identità del fine specifico di carità che più Organismi intendono perseguire non rende necessariamente superfluo l'uno rispetto agli altri, atteso che lo stesso fine può essere raggiunto mediante modalità diverse e complementari. In questo caso si richiede piuttosto un'attenzione specifica in fase di coordinamento delle attività.

#### 4.3. *Il Vescovo diocesano*

I molteplici compiti del Vescovo diocesano possono essere riassunti all'interno di tre funzioni generali: *promuovere*, *coordinare*, *vigilare*. Si tratta di funzioni strettamente connesse e inseparabili, che si implicano e richiamano a vicenda<sup>51</sup>.

50 Nel Can. 575 CCEO l'Autorità è il Vescovo eparchiale per le Associazioni diffuse nell'ambito del suo territorio, il Patriarca o il Metropolita se l'Associazione è aperta a tutti i fedeli della Chiesa patriarcale o metropolitana *sui Iuris*, la Santa Sede per tutte le altre Associazioni.

51 Sul tema si veda: A. ROUCO VARELA, *Ruolo e responsabilità del Vescovo (commento al motu proprio Intima Ecclesiae Natura)*, in *L'Osservatore romano*, CLIII (2013), n. 43, 21 febbraio, 7.

- a) Innanzitutto spetta al Vescovo: promuovere e favorire il sorgere di iniziative di carità nella propria Chiesa diocesana, suscitando nei fedeli a lui affidati il fervore per la carità operosa (Art. 4 §2); costituire la *Caritas* in ogni Parrocchia o, se opportuno, in comune per varie Parrocchie dello stesso territorio (Art. 9 §2); promuovere l’azione nazionale ed internazionale degli Organismi caritativi ed in particolare la cooperazione con le Circoscrizioni ecclesiastiche più povere (Art. 12 §1); promuovere le iniziative di carità in collaborazione con le altre Chiese e Comunità ecclesiali (Art. 14). La promozione, come appare evidente dall’Art. 12, non ha di mira solo il bene della Chiesa particolare, ma implica –nell’ottica della comunione– la sollecitudine per tutta la Chiesa universale. La comunione tra più Chiese particolari vicine può essere anche realizzata «a seconda delle circostanze di tempo e di luogo» prevedendo iniziative e opere di carità congiunte, come stabilisce l’Art. 12 §2<sup>52</sup>.

Dunque la funzione di guida del Vescovo diocesano nell’ambito della *diakonia* si traduce anzitutto in quest’opera di promozione, che diventa concreta testimonianza di sollecitudine pastorale (Art. 4 §1). Una reale ed efficace promozione deve accompagnare tutta la vita degli Enti, non solo la fase iniziale: si tratta di un compito di promozione permanente che si intreccia con il secondo ambito di azione del Vescovo diocesano, ossia il coordinamento di tutte le opere caritative, sia di quelle promosse dalla Gerarchia sia di quelle sorte dall’iniziativa dei fedeli, fatta salva l’autonomia che compete a ciascuna di esse (Art. 6 che riprende i Cann. 394 §1 CIC e 203 §1 CCEO sul coordinamento delle opere di apostolato).

- b) Finalità di quest’opera di coordinamento è integrare realmente l’azione degli Organismi ed Enti all’interno della vita diocesana e parrocchiale, nell’ottica di una pastorale non settoriale ovvero a “compartimenti stagni”, ma integrata. I criteri da seguire sono già indicati nell’Art. 2 §4: l’operatività e l’efficacia rispetto ai fini concreti ricercati.

Un valido strumento che potrebbe favorire il coordinamento, permettendo in primo luogo di avere una chiara percezione e conoscenza di quanti e quali siano gli Organismi e le Fondazioni caritative all’interno della Chiesa diocesana, potrebbe essere –come già suggerito da Redaelli per le Associazioni in generale<sup>53</sup>– la creazione di un Albo o Registro degli

52 Se tali iniziative assumono dimensione e rilevanza nazionale è opportuno –aggiunge l’Articolo– consultare previamente l’Ufficio relativo della Conferenza episcopale; se esse si collocano in ambito internazionale è necessario consultare il competente Dicastero della Santa Sede.

53 Cfr. C.M. REDAELLI, *Alcune questioni pratiche riguardanti le Associazioni dei fedeli nel contesto italiano*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 3 (1990), 348-350.

Enti che agiscono a norma del presente *motu proprio*. Anche la richiesta di presentare il programma annuale delle iniziative e una relazione finale su quanto concretamente svolto durante l'anno pastorale, oltre a permettere l'esercizio della vigilanza, potrebbe favorire una più concreta opera di coordinamento delle varie attività. Ulteriore strumento, previsto esplicitamente dall'Art. 8, è l'istituzione da parte del Vescovo, «ove fosse necessario per numero e varietà di iniziative», di un ufficio apposito di coordinamento che entrerà a far parte della struttura della Curia diocesana (Can. 469 CIC; 243 CCEO)<sup>54</sup>. Anche se il *motu proprio* nulla dice al riguardo, il compito di coordinamento potrebbe essere affidato alla *Caritas* diocesana, senza la creazione di un altro Ufficio<sup>55</sup>, specie nel contesto italiano dove ad essa (come alla *Caritas* nazionale) spetta istituzionalmente anche una funzione di promozione e coordinamento<sup>56</sup>. Potrebbe essere utile anche creare a livello diocesano, come già avviene a livello nazionale e in alcune Diocesi, una “Consulta ecclesiale delle opere caritative e assistenziali”, affidando su mandato del Vescovo la sua presidenza al Direttore della *Caritas* diocesana<sup>57</sup>.

- c) La terza funzione spettante al Vescovo diocesano è la vigilanza<sup>58</sup>; in primo luogo perché sia sempre osservata la Normativa universale e particolare della Chiesa (Art. 4 §3), nonché la legittima Legislazione civile in materia (Art. 5). Questa vigilanza, già prevista per tutte le Associazioni sia pubbliche che private dal Can. 305 (577 CCEO)<sup>59</sup>, si estende sulle attività svolte in Diocesi da parte di qualunque Ente caritativo (Art. 13) e risulta particolarmente urgente in due specifici ambiti.

---

54 Redaelli, analizzando i Canoni sulle Associazioni, fa notare che la Normativa pone poca attenzione all'azione delle Associazioni nella Diocesi; un segno di ciò sarebbe proprio la mancata previsione, almeno in via generale, di strumenti di coordinamento (cfr. C.M. REDAELLI, *Aspetti problematici*, 179). Il presente *motu proprio*, almeno in relazione agli Enti e Organismi caritativi, colma questa lacuna.

55 È quanto suggerisce anche Robert Sarah nell'articolo già citato alla nota 2.

56 Cfr. nota 41.

57 Finalità della Consulta nazionale è proprio «stabilire un collegamento permanente fra Organismi che rappresentano nell'ambito della Chiesa italiana le espressioni più significative dell'esercizio della carità per una informazione e uno scambio continuo e per un sostegno reciproco» (*Regolamento della Consulta ecclesiale delle opere caritative e assistenziali*, in *Notiziario C.E.I.*, XXI [1987], 73, Art. 2).

58 Sulla generale funzione di vigilanza del Vescovo cfr. M. DELGADO GALINDO, *L'exercice de la vigilance de l'Autorité ecclésiastique par rapport aux Associations de fidèles*, in *L'année canonique*, LII (2010), 257-270.

59 Il Can. 305 attribuisce il compito di vigilanza sulle Associazioni diocesane e sulla altre in quanto esercitano la loro azione nella Diocesi all'Ordinario del luogo, mentre gli Articoli del *motu proprio* (cfr. anche l'Art. 10 §1 che rimanda al Can. 1276 §1) si riferiscono specificamente al Vescovo diocesano (cfr. Can. 134 §3 CIC; 987 CCEO).

- Il primo riguarda la gestione economica degli Enti, tema al quale è dedicato interamente l’Art. 10; si tratta di una materia particolarmente delicata, anche per i risvolti che una cattiva gestione in questo ambito potrebbe avere sulla percezione della Chiesa da parte dell’opinione pubblica. Come riconosce il §1, la vigilanza del Vescovo riguarda anzitutto i beni ecclesiastici (quindi appartenenti ad Enti caritativi dotati di personalità giuridica pubblica), ma essa si estende anche ai beni degli Enti privi di personalità pubblica (che non sono dunque beni ecclesiastici), nel rispetto della legittima autonomia di cui tali Enti godono. Il Codice riconosce infatti che essi amministrano liberamente i beni che possiedono, «salvo il diritto dell’Autorità ecclesiastica competente di vigilare perché i beni siano usati per i fini dell’Associazione» (Can. 325 §1)<sup>60</sup>.

Particolare vigilanza richiede il reperimento e l’utilizzo dei fondi. Quelli provenienti dalla libera volontà dei fedeli mediante donazioni o lasciti (Art. 4 §3) o dalle questue e collette realizzate a norma dei Cann. 1265-1266 CIC e 1014-1015 CCEO (Art. 10 §2 che riprende il Can. 1267 CIC e 1016 CCEO) devono essere destinati alle specifiche finalità indicate dall’offerente o alla finalità stabilita nell’indire la colletta.

Le libere donazioni dei fedeli non costituiscono però l’unica fonte di finanziamento. Gli Enti, specie quelli riconosciuti civilmente, possono essere sovvenzionati anche da Enti e Istituzioni civili (pubblici e privati, locali, nazionali ed internazionali)<sup>61</sup>. Non c’è alcuna preclusione di principio all’accettazione di tali finanziamenti, tuttavia vi sono alcuni aspetti sui quali deve vigilare il Vescovo, indicati nel §3 dell’Art. 10:

- a) Gli Organismi di carità non possono essere finanziati «da Enti o Istituzioni che perseguono fini in contrasto con la dottrina della Chiesa»; per esempio da una Organizzazione che si proponga come fine specifico tutelare e difendere la salute riproduttiva

---

60 I beni appartenenti alle persone giuridiche private pur non essendo beni ecclesiastici hanno certamente una dimensione ecclesiale. Dunque la funzione di vigilanza assume connotati diversi, in quanto «mentre sui beni *ecclesiastici* la Gerarchia dispone degli stessi beni, in quanto si tratta di fini perseguiti dalla stessa Gerarchia, sia per la natura stessa dei fini sia per il modo di perseguire fini per sé comuni a tutti i fedeli, in ordine al bene comune della Chiesa, sugli altri beni la competente autorità della Chiesa ha una funzione di controllo e di vigilanza indiretta in quanto è garante del perseguimento degli stessi fini» (V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 2001, 95).

61 Sul tema cfr. J. MIÑAMBRES, *Volontariato dei fedeli e rapporti interordinamentali (speciale riferimento agli aspetti economici)*, in J. MIÑAMBRES (ed.), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, Roma, 2002, 105-124.

della donna, intesa come comprendente anche un preteso diritto all'aborto. Finalità della Norma è di non dare scandalo ma anche di assicurare la piena libertà all'Ente ecclesiale, evitando indebitate pressioni a rendersi compartecipe del raggiungimento di una finalità moralmente cattiva.

b) Inoltre non si possono accettare contributi, da qualunque Istituzione provengano, devoluti con l'intenzione dell'Ente offerente che vengano utilizzati per iniziative non corrispondenti, nella finalità o nei mezzi, alla dottrina della Chiesa. Bisogna porre attenzione anche alla destinazione e all'utilizzo finale dei beni materiali e dei fondi che un Ente ecclesiale abbia eventualmente devoluto ad altri Organismi per specifici progetti.

Il Vescovo deve inoltre vigilare «affinché stipendi e spese di gestione, pur rispondendo alle esigenze della giustizia ed ai necessari profili professionali, siano debitamente proporzionate ad analoghe spese della propria Curia diocesana» (Art. 10 §4). Il rischio da evitare è che, come recentemente denunciato nell'ambito civile<sup>62</sup>, le spese di gestione superino la massa di denaro concretamente utilizzata nel sostenere le iniziative caritative dell'Ente, dstando scandalo. Supremo principio, aggiunge l'Articolo, è che tale gestione deve essere testimonianza di sobrietà cristiana.

Al fine di garantire il compito di vigilanza il *motu proprio* estende a tutti gli Organismi caritativi che rientrano nella Normativa l'obbligo di rendiconto annuale previsto dal Can. 1287 (1031 CCEO) per le persone giuridiche pubbliche.

- L'altro grande ambito sul quale il Vescovo deve vigilare è che sia sempre preservata l'identità specificamente cattolica di tali iniziative, nel loro essere ed agire<sup>63</sup>. È un aspetto già emerso in tema di finanziamenti. Sarebbe però riduttivo intendere l'intervento del Vescovo in quest'ambito solo come vigilanza, prima ancora si tratta di tutelare e promuovere l'identità cattolica. D'altra parte non c'è contrasto se si comprende il "vigilare" non solo in senso limitativo come evitare che si verifichino abusi, ma anche in positivo come

62 In un saggio recentemente pubblicato (V. FURLANETTO, *L'industria della carità. Da storie e testimonianze inedite il volto nascosto della beneficenza*, Milano, 2013) si denuncia proprio il problema della gestione finanziaria nel mondo del "no profit".

63 Cfr. R. MINNERATH, *Ecco cosa qualifica l'identità cattolica degli Organismi caritativi (commento al motu proprio Intima Ecclesiae Natura)*, in *L'Osservatore romano*, CLIII (2013), n. 43, 21 febbraio, 7.

promuovere sempre più il bene delle persone a sé soggette e il bene comune della Chiesa<sup>64</sup>.

È anzitutto un preciso dovere degli stessi Enti compresi nel *motu proprio* «seguire nella propria attività i principi cattolici e non [...] accettare impegni che in qualche misura possano condizionare l’osservanza dei suddetti principi» (Art. 1 §3). Oltre al rispetto delle Norme della Morale cattolica, si tratta di agire secondo i principi della dottrina sociale della Chiesa – il bene comune, la destinazione universale dei beni, la sussidiarietà, la partecipazione, la solidarietà<sup>65</sup> – e, in ultima analisi, di conformarsi a Cristo, l’amore incarnato<sup>66</sup>.

Attingendo da vari documenti magisteriali, possiamo individuare tre valori che sostanziano l’identità cattolica e devono guidare, in qualità di impegni fondamentali, l’azione della Chiesa e degli Enti ecclesiali nel servizio della carità: a) tutelare la libertà e la dignità della persona bisognosa, cogliendo in essa l’immagine di Dio<sup>67</sup>; b) tendere allo sviluppo integrale della persona soccorsa, anche se l’urgenza immediata è di solito quella materiale<sup>68</sup>; c) agire in maniera disinteressata e gratuita, senza doppi fini<sup>69</sup>. Si tratta in fin dei conti, riprendendo il tema dell’ultima Enciclica di Benedetto XVI, di operare la carità *nella verità*, sia nella determinazione delle finalità della singola azione caritativa sia nella scelta di modalità e mezzi<sup>70</sup>.

Visto che l’identità cattolica dell’Ente si esplica e si manifesta nella sua concreta attività, è chiaro che tale identità di norma deve essere condivisa dagli operatori; ciò rappresenta la situazione ideale, perché ciò che si compie sia realmente espressione non di un generico amore umano ma di vera carità cristiana, tuttavia l’Art. 7 §1 lascia la possibilità che vi siano operatori, sele-

64 Come osserva Delgado il verbo “vigilare” può essere inteso come “sorvegliare”, ma anche in positivo come “vegliare”: «“surveiller” implique une certaine suspicion envers des personnes ou des situations, avec le doute que quelque chose n’aille pas dans le bon sens. Cela indique plutôt la défiance et requiert un certain contrôle. “Veiller”, au contraire, a une connotation plus positive, parce que cela signifie davantage prendre soin avec sollicitude, de façon aimante, d’une personne ou d’un bien qui mérite une attention particulière». M. DELGADO GALINDO, *L’exercice*, 257-258.

65 Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, nn. 160-196, 87-108.

66 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, nn. 12-15.

67 CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de apostolatu laicorum: Apostolicam Actuositatem*, in *AAS*, LVIII (1966), 845, n. 8.

68 PAULUS PP. VI, *Litteræ encyclicæ de populorum progressionem promovendam: Populorum Progressio*, in *AAS*, LIX (1967), 264, n. 14.

69 BENEDICTUS PP. XVI, *Deus Caritas Est*, n. 31c.

70 Tra verità e carità si dà circolarità, pertanto «la verità va cercata, trovata ed espressa nella “economia” della carità, ma la carità a sua volta va compresa, avvalorata e praticata nella luce della verità». BENEDICTUS PP. XVI, *Litteræ encyclicæ de humana integra progressionem in caritate veritateque: Caritas In Veritate*, in *AAS*, CI (2009), 642, n. 2.



zionati per la loro competenza, che pur non condividendo tale identità, quanto meno la rispettino.

Accanto ad una formazione professionale, specifica a seconda dell'ambito concreto di azione, è necessaria dunque una formazione teologico-pastorale e una formazione spirituale (denominata "formazione del cuore" riprendendo un'espressione della *Deus Caritas Est*) che è dovere proprio del Vescovo curare che venga attuata, «con specifici *curricula* concertati con i dirigenti dei vari Organismi e con adeguate offerte di vita spirituale» (Art. 7 §2)<sup>71</sup>.

Qualora un Ente caritativo nella sua attività non risultasse più coerente con l'insegnamento della Chiesa, compito del Vescovo sarà –esauriti tutti i mezzi volti alla modifica del comportamento dell'Ente– rendere pubblica la situazione insanabile di contrasto per il bene dei fedeli e della stessa Chiesa (Art. 11), eventualmente proibendo l'uso della denominazione "cattolico" precedentemente concesso a norma del Can. 300 (Art. 2 §2)<sup>72</sup> e assumendo ogni eventuale provvedimento sia nei confronti dei singoli in caso di responsabilità personali, sia nei confronti della stessa Associazione, fino anche alla soppressione prevista dal Can. 326 §1 per le Associazioni private, in caso di grave danno o di scandalo, e dal Can. 320 (583 CCEO) per le Associazioni pubbliche.

#### 4.4. Il Pontificio Consiglio "Cor unum"

Il compito di promuovere l'applicazione della Normativa e di vigilare su di essa a tutti i livelli viene attribuito dall'Art. 15 §1 al Pontificio Consiglio "Cor unum" –istituito da Paolo VI il 15 luglio 1971<sup>73</sup>– e si inserisce a pieno titolo all'interno delle ampie competenze stabilite nell'Art. 146 della *Pastor Bonus*<sup>74</sup>:

«1° stimolare i fedeli a dare testimonianza di carità evangelica [...]; 2° favorire e coordinare le iniziative delle Istituzioni cattoliche che attendono ad aiutare i popoli che sono nell'indigenza [...]; 3° seguire attentamente e promuovere i progetti e le opere di solidale premura e di fraterno aiuto».

71 Può essere di aiuto l'Assistente spirituale (cfr. Art. 2 §3), nonché l'Ufficio diocesano di coordinamento cui può essere affidata anche l'opera di formazione, eventualmente in collaborazione con l'Istituto di Scienze Religiose presente in Diocesi.

72 Per un caso concreto si veda: I. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Decreto di revoca del consenso all'uso della qualifica di 'cattolico' nell'ambito sanitario*, in *Ius Ecclesiae*, XXIII (2011), 531-542.

73 PAULUS PP. VI, Epistula ad E. mum P.D. Ioannem S.R.E. Cardinalem Villot qua Pontificium Consilium "Cor unum" in Urbe conditur: *Amoris Officio*, in *AAS*, LXIII (1971), 669-673.

74 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio apostolica de Romana Curia: *Pastor Bonus*, in *AAS*, LXXX (1988), 841-934.



Restano ferme, aggiunge l’Articolo, le competenze del Pontificio Consiglio per i Laici (*Pastor Bonus*, Art. 133), della Seconda Sezione della Segreteria di Stato e degli altri Dicasteri e Organismi della Curia Romana. In particolare il Pontificio Consiglio “*Cor unum*” deve curare che gli interventi caritativi in ambito internazionale siano sempre svolti in comunione con le rispettive Chiese particolari. Ciò appare coerente con il riconoscimento, già espresso nell’Art. 4 §1, del Vescovo come primo responsabile del servizio della *diakonia* e della necessità del suo assenso per le opere caritative da svolgersi nella propria Circostrizione (Art. 13).

Oltre però alla suddetta funzione di promozione e di vigilanza, sia il recente Decreto generale del Cardinale Segretario di Stato<sup>75</sup>, nel quale si stabiliscono le competenze dei vari Dicasteri della Curia Romana nei confronti di *Caritas Internationalis*<sup>76</sup>, sia il presente *motu proprio* ampliano le funzioni del Pontificio Consiglio<sup>77</sup>. Come osserva Mons. Arrieta<sup>78</sup>, la *Intima Ecclesiae*

75 Il Decreto generale del Card. Tarcisio Bertone, avente forza di Legge, è stato approvato in forma specifica dal sommo Pontefice il 27 aprile 2012, ed è stato promulgato mediante pubblicazione su *L’Osservatore romano* del 2 maggio 2012. È stato poi inserito in *AAS*, CIV (2012), 910-918. Lo stesso giorno, con un altro Decreto sono stati promulgati gli Statuti e il Regolamento interno di *Caritas Internationalis* (cfr. *AAS*, CIV [2012], 919-969).

76 La *Caritas Internationalis*, confederazione di Organizzazioni caritative cattoliche, fondata da Pio XII nel 1950, è stata eretta in persona giuridica canonica pubblica da Giovanni Paolo II con il Chirografo “Durante l’Ultima Cena” del 16 settembre 2004 (cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Chirographum al venerato Fratello Mons. Youhanna Fouad El-Hage, Arcivescovo di Tripoli del Libano dei Maroniti, Presidente di Caritas Internationalis: *Durante l’ultima cena*, in *AAS*, XCVI [2004], 929-931).

77 A norma degli Statuti e del Regolamento interno di *Caritas Internationalis* che recepiscono la Normativa stabilita nel citato Decreto generale, spetta al Pontificio Consiglio “*Cor unum*”:

- a) ratificare l’ammissione e l’esclusione di una Organizzazione Membro (Stat. Art. 4.2; Reg. Art. 1.1);
- b) ricevere l’appello contro il diniego dell’Assemblea generale di ammettere un nuovo Membro (Reg. Art. 1.4);
- c) ricevere il ricorso contro l’esclusione d’Ufficio di un Membro (Reg. Art. 2.3);
- d) dare il nulla osta per la costituzione delle Conferenze regionali (Reg. Art. 7.1) e il benessere perché esse istituiscano Organi di cooperazione regionale (Stat. Art. 8.3);
- e) nominare l’Assistente ecclesiastico (Stat. Art. 18);
- f) approvare le determinazioni in materia di atti di straordinaria amministrazione stabilite dal Consiglio di Rappresentanza (Stat. Art. 22.3);
- g) dare la Licenza a norma del Can. 1291 per l’alienazione dei beni che costituiscono il patrimonio stabile dell’Ente (Stat. Art. 22.4);
- h) approvare previamente qualunque testo di contenuto o orientamento dottrinale per la diffusione sia interna che esterna (Reg. Art. 5.14).

Inoltre al Pontificio Consiglio vanno sottoposte le modifiche agli Statuti e al Regolamento interno approvate dall’Assemblea generale per l’approvazione finale della Santa Sede (Stat. Art. 9.4.j), nonché la lista dei candidati agli Uffici di Presidente, Segretario generale e Tesoriere per l’approvazione del sommo Pontefice (Stat. Art. 17). Spetta al Segretario Generale di *Caritas Internationalis* mantenere un contatto frequente e una «regolare e continua corrispondenza scritta» con il Pontificio Consiglio (Stat. Art. 14.5-6), il quale partecipa, mediante i suoi rappresentanti e delegati, all’Assemblea generale (Reg. Art. 3.10) e al Consiglio di Rappresentanza (Reg. Art. 4.5) con pieno diritto di parola.

78 J.I. ARRIETA, *Tra responsabilità e servizio*, 9.

*Natura* attribuisce al Dicastero compiti che comportano l'esercizio della potestà ecclesiastica di governo. Infatti, a norma dell'Art. 15 §2, spetta ad esso la funzione di Autorità competente attribuita dall'Art. 3 §1 in maniera generica alla Santa Sede, ovvero

«l'erezione canonica di Organismi di servizio di carità a livello internazionale, assumendo successivamente i compiti disciplinari e di promozione che corrispondano in Diritto».

Dunque il Pontificio Consiglio *Cor unum* svolge per gli Enti caritativi la stessa funzione attribuita dalla Costituzione *Pastor Bonus* (Art. 134) al Pontificio Consiglio per i Laici in relazione alle Associazioni laicali.

## 5. CONCLUSIONE

Le presenti note si proponevano di offrire una prima interpretazione della Normativa promulgata con il m.p. *Intima Ecclesiae Natura*, nella consapevolezza che una serie di questioni, qui solamente accennate, richiedono successivi approfondimenti sia sul piano teologico sia sul piano giuridico, canonico e interordinamentale. Rispetto ai rischi evidenziati nel secondo paragrafo –la “delega deresponsabilizzante” a singoli gruppi dell'attività caritativa da parte delle comunità cristiane e la percezione (socialmente diffusa anche presso i fedeli) della Chiesa come “Agenzia” che dispensa servizi di natura semplicemente filantropica, non espressione della specifica carità cristiana– il *motu proprio* offre una serie di strumenti e direttive per un loro superamento nell'ottica di un maggior coinvolgimento di tutta la comunità e della tutela della specifica identità cristiana degli Enti e Organismi caritativi. L'applicazione e l'effettiva incidenza che questa Normativa avrà sul concreto agire caritativo ecclesiale mette in gioco, soprattutto all'esterno, l'immagine stessa della Chiesa, la cui finalità nell'esercitare la *diakonia* deve essere servire l'uomo nelle concrete situazioni di vita, fondata nella convinzione che «l'amore cristiano non è la parola –e neppur l'ultima– del mondo su se stesso, ma la Parola conclusiva di Dio su di sé e proprio perciò anche sul mondo»<sup>79</sup>.

---

79 H.U. VON BALTHASAR, *Solo l'amore è credibile*, Roma, 1991, 137.

## Una prima lettura del m.p. “*Intima Ecclesiae Natura*” sul servizio della carità

FRANCESCO CATOZZELLA

### Abstract

Dopo aver approfondito dal punto di vista teologico il nesso tra carità ed azione ecclesiale, l'articolo offre un primo commento al *motu proprio* “*Intima Ecclesiae Natura*” che regola l'esercizio della *diakonia* nella Chiesa e colma così la lacuna legislativa evidenziata dall'Enciclica “*Deus Caritas Est*”. Quando l'impegno caritativo, che è un elemento costitutivo della scelta di fede, viene vissuto dai fedeli non singolarmente ma in forma comunitaria, si rende necessaria un'organizzazione che riconosca le varie competenze e funzioni ecclesiali per assicurarne un retto e proficuo esercizio. Questa è la *ratio* sottesa al documento. L'individuazione degli enti caritativi tenuti a rispettare la presente Normativa e dei compiti specifici di promozione, coordinamento e vigilanza spettanti al Vescovo diocesano, quale primo responsabile e testimone della carità nella Chiesa particolare, costituiscono i due momenti in cui si articola il commento ai singoli Articoli del *motu proprio*.

### Parole chiave:

Carità, Autorità competente, Vescovo diocesano, Organismo caritativo, Fondazione

### Abstract

*Having explored from the theological point of view the link between charity and ecclesial action, the article offers an initial comment on the motu proprio “Intima Ecclesiae Natura” which regulates the practice of the diakonia in the Church and so fills the legislative lacuna highlighted by the Encyclical “Deus Caritas Est”. When charitable commitment, which is a constitutive element in faith option, is lived by the faithful not individually but as a community, it is necessary to have an organization that recognizes the different skills and roles in the Church in order to ensure their correct and fruitful exercise. This is the rationale underlying the document. The identification of the charitable organizations required to comply with the current Legislation and the identification of the specific tasks of promotion, coordination and vigilance as the responsibility of the diocesan Bishop, who is the principal witness and person in charge of charity in the particular Church, are the two parts which make up the commentary on each Article of the motu proprio.*

### Keywords:

*charity, competent Authority, diocesan Bishop, charitable Agency, Foundation*



# Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica, di Diritto e valori<sup>1</sup>

ANDREA NICOLUSSI

**SOMMARIO** 1. Mengoni, Diritto positivo e coscienza del metodo. 2. Il dialogo tra Diritto e Filosofia della pratica. 3. La realtà come dato di partenza: il Diritto vivente. 4. La prospettiva ermeneutica come forma di sapere finalisticamente orientato. 5. La dogmatica giuridica per garantire la prerogativa della Legge e, con essa, il principio dello Stato di Diritto, che nasce dalla volontà dei consociati di vivere *non sub homine, sed sub Lege*. 6. Problema e sistema e le aporie decostrittive del Diritto secondo Derrida. 7. Il postpositivismo e l'apertura ai valori in seguito alle Costituzioni del dopo Auschwitz.

**SUMMARY** 1. Mengoni, as "conscience" of the legal method. 2. The dialogue between Law and "Practical Philosophy". 3. The reality as a starting point: the Living Law. 4. The hermeneutic perspective as a form of end-oriented knowledge. 5. Legal dogmatics to ensure the prerogative of the Law and, with it, the principle of the rule of Law, which stems from the desire of the members of a society to live not *sub homine*, but *sub Lege*. 6. Problems, systems and deconstructive aporias of the Law according to Derrida. 7. Postpositivism and acceptance of the values of post Auschwitz Constitutions.

---

1 Relazione presentata in occasione della Settima Giornata canonistica interdisciplinare sul tema "Linguaggi, concetti e Diritto", tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense il 12 aprile 2012 a cura dell'*Institutum Utriusque iuris*.

## 1. MENGONI, DIRITTO POSITIVO E COSCIENZA DEL METODO

Il secolo scorso ci ha lasciato tanti dubbi e domande, ma anche tanti ripensamenti su ogni capitolo dell'esperienza umana dai quali il Diritto non è certamente rimasto immune. Anzi, l'esperienza giuridica è stata uno specchio sia dei disagi, delle inquietudini e dei tentativi falliti, sia dei guadagni e delle nuove vie che sono state aperte. Essa tende a esserlo sempre più in un'epoca di continue innovazioni tecnologiche, sociali e culturali caratterizzate da una crescente internazionalizzazione, le quali paiono riorientare se non destituire progressivamente quell'*ethos* che si forma in comunità di vita dotate di una certa stabilità di relazioni e consuetudini. Le stesse parole *Legge, Giurisprudenza, interpretazione, applicazione, concetto giuridico, dogmatica, sistema, Diritto positivo e Diritto naturale, Diritto e Morale* escono dal passaggio novecentesco significativamente rivisitate.

Sarebbe quanto mai difficile cogliere rischi e potenzialità di questo tor-nante della storia giuridica, senza accostarsi al pensiero di Luigi Mengoni, uno dei giuristi europei più coscienti delle tensioni che attraversano il suo tempo e che si riflettono nel problema metodologico. In Italia –dove secondo Paolo Grossi «nessun civilista riveste un ruolo tanto peculiare quanto lui, un ruolo che ne fa un *unicum* in seno alla corallità scientifica»<sup>2</sup>– egli è lo studioso di Diritto positivo che avverte in modo più lucido l'esigenza di porre rimedio a

«la lacuna culturale che (nel secondo Novecento) ha impedito alla Civilistica italiana di procedere a una riflessione che metta fine all'anarchia metodologica in cui la nostra Scienza è caduta dopo che le sintesi valutative accumulate nelle strutture concettuali del sistema classico del Diritto civile, avulse dal loro contesto storico, si sono rivelate anche da noi, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, non più rispondenti ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica»<sup>3</sup>.

Ma l'opera di Mengoni come cultore del Diritto positivo è un *unicum* anche per la vastità, spaziando in tutti i campi del Diritto civile ed estendendosi

2 P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella Civilistica italiana del Novecento*, in *Europa e Diritto privato*, XV (2012), 15, il quale mette in confronto a questo riguardo Mengoni con Santoro Passarelli e Pugliatti. Mengoni viene definito "autorevolissimo" da R. SACCO, *Prospettive della Scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Rivista di Diritto civile*, LI (2005), I, 428 e rappresenta un "modello troppo elevato" secondo P. SCHLESINGER, *Le ragioni del Diritto. I. Diritto civile*, in AA.VV., *Le ragioni del Diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative*. Convegno di studi in occasione della presentazione al prof. Luigi Mengoni degli scritti in suo onore, Milano, 1997, 25.

3 L. MENGONI, Recensione a: *Franz Wieacker, Storia del Diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, trad. ital. di U. Santarelli e S.A. Fusco, 2 voll., Milano, Giuffrè Editore, 1980, pp. XXII-560, XXII-429, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), 317.

al Diritto del lavoro e al Diritto commerciale. La sua, pertanto, può essere definita una metodologia d'autore rispetto alla quale gli scritti di Diritto positivo costituiscono gli *exempla* e la dimensione propria in cui essa si inverte e da cui trae spunto, giusta la sollecitazione leibniziana secondo cui un metodo, anche bellissimo, non sarà apprezzato nel suo pieno valore se non se ne vedrà l'uso in esempi. L'ampiezza e la pluralità dei temi trattati non vi si riflettono in rappresentazioni frammentarie, l'indagine essendo anche rivolta, nel rispetto della complessità, alle relazioni profonde, donde una feconda innovazione dogmatica frutto di un costante pensiero sistematico dei problemi con esiti largamente apprezzati anche nel Diritto applicato. Tale innovazione dogmatica è invero il frutto necessario dell'opera giuridica, dal momento che essa mira non soltanto a denunciare problemi e a prospettare soluzioni, ma altresì a dar fondamento alle nuove soluzioni prospettate nella razionalità complessiva e dinamica dell'Ordinamento giuridico<sup>4</sup>.

Lo studio rigoroso del Diritto positivo e la cura della prospettiva metodologica sono inscindibilmente intrecciati nell'opera mengoniana. Egli infatti è convinto che l'elaborazione del metodo da parte del civilista non possa essere delegata ad altri, in quanto è vincolata da uno stretto nesso di interazione all'attività di applicazione al proprio oggetto specifico. Questo approccio costituisce applicazione di una scelta epistemologica che non solo fa collocare la sua opera nell'orizzonte della riscoperta primonovecentesca della Filosofia della pratica, come poi si dirà, ma che lo pone in particolare sulle orme di Scheler, secondo cui ogni Scienza dovrebbe essere accompagnata da una

---

4 Tra i molti esempi, che si possono fare, si segnala il contributo di Mengoni nell'elaborazione di una Teoria moderna del rapporto obbligatorio, consapevole della realtà socio-economica in cui essa deve innestarsi, e nella quale viene valorizzata in modo appropriato la clausola generale della buona fede oggettiva; nella comprensione del Diritto di proprietà in chiave costituzionale dando sviluppo all'idea della funzione sociale; nella elaborazione di una Teoria del contratto di lavoro all'interno di una Teoria dell'impresa coerente sia con la Costituzione sia con le nuove sfide dell'epoca contemporanea colte nella cornice del neoinstituzionalismo (per questa categoria di comprensione della realtà giuridica contemporanea, cfr. L. MENGONI, *La questione del "Diritto giusto" nella società post-liberale. Note sul rapporto tra Diritto e Morale*, in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica* (C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, curr.) Milano, 2012, 55 ss (già pubblicato in: *Quaderni di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, II [1988], 13ss.); nella messa a punto di una concezione istituzionale moderna della famiglia a un tempo riscattata dal retaggio autoritario patriarcale e tenuta al riparo dai tentativi di destrutturazione contrattualistica all'insegna del primato del Diritto soggettivo. Proprio a favore di una ricostruzione istituzionale della famiglia, peraltro, l'ultimo Mengoni sollecitò un intervento urgente dei giuristi tale da predisporre un'attrezzatura concettuale adeguata a fronteggiare quella montante ideologia dell'indifferenziato che sembra sempre più tiranneggiare i discorsi in questo ambito. Su questi esempi mi permetto di rinviare a A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il Diritto privato*, in L. NOGLER - A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, 51s. con citazioni dei luoghi mengoniani in cui si trovano le rispettive trattazioni.

metascienza che impedisca la riduzione dei saperi a mere funzioni e recuperi invece in ciascun settore scientifico la consapevolezza dell'esigenza della ricerca di un senso.

Tale atteggiamento può forse aiutare a spiegare anche la difficoltà di rinvenire una formula unica per descrivere la cifra del suo pensiero giuridico, tutto proteso a mettere in dialogo i diversi punti di vista e mai indulgente verso i riduzionismi e le semplificazioni, specialmente in un tempo di trasformazioni e di mutamenti, di nuove tendenze e di ripensamenti<sup>5</sup>. Di qui una opzione metodologica la cui cifra non sembra potersi esprimere se non mediante diadi indicative di una ricerca costante verso una riformulazione delle ragioni del Diritto che, da un lato, sappia mettere a frutto i *præiudicia*, l'esperienza già vissuta e razionalmente valutata, su cui si fonda la tradizione senza la quale i passi si muovono nel vuoto, ma che dall'altro, evitando di assolutizzare tale profilo, sappia aprirsi ai problemi concreti del caso da decidere e alle nuove istanze della contemporaneità senza imprigionarla in schemi che alla prova si rivelino ormai inadatti. Insomma, in Mengoni è ben presente la consapevolezza dell'imprescindibilità anche nell'esperienza giuridica del rapporto col passato. E basterebbe, per rendersene conto, leggere alcuni dei suoi apprezzatissimi contributi alla "Storia dei dogmi" che accompagnano in modo esemplare i suoi saggi di Diritto positivo<sup>6</sup>. Ma né i suoi scritti né la sua metodologia sono affetti da quella che Nietzsche chiama la "malattia storica"<sup>7</sup>, un eccesso di passato che si rivelerebbe paralizzante, perché finirebbe per schiacciare il presente lasciandone inascoltate le istanze vive e attuali di giustizia. I titoli dei suoi principali contributi metodologici sono espressi appunto in forma di diade e riflettono chiaramente la tensione e la circolarità fra *problema* e *sistema*, tra *ermeneutica* e *dogmatica giuridica* e tra *Diritto* e *valori*<sup>8</sup>.

5 Scrive G. ZACCARIA, *L'apporto di Mengoni alla metodologia del Novecento*, in *Europa e Diritto privato*, XV (2012), 63 che «il contributo di Mengoni alla metodologia giuridica del XX secolo si iscrive, con la cifra personalissima e originale propria di una personalità intellettuale dotata di una sua sicura ricchezza e autonomia e refrattaria all'inquadramento in specifiche correnti di pensiero, all'interno di una vicenda culturale che vede intrecciarsi in modo produttivo la Filosofia e il Diritto».

6 Si possono citare ad esempio L. MENGONI, *Le successioni per causa di morte*, in A. CICU - F. MESSINEO (dirr.), *Successione necessaria. Trattato di Diritto civile e commerciale*, (cont. L. MENGONI) XLIII, 4 ed., Milano, 2000 (spec. Cap. I); L. MENGONI, *Gli acquisiti "a non domino"*, Milano, 1975 (spec. pp. 34-89); L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988 ora anche in L. MENGONI, *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, (C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, curr.) Milano, 2012, 299ss.

7 Si allude nel testo a F. NIETZSCHE, *Seconda considerazione inattuale: sull'utilità e il danno della storia per la vita*, in F. NIETZSCHE, *Opere*, (G. COLLI - M. MONTINARI, curr.) Milano, 1992.

8 Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985 dove si legge anche L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, tra cui tra gli altri L. MENGONI, *La questione*



Se il Diritto vuole offrire una dimensione comune e terza, cioè distinta dalle parti in lite che si affermano entrambe nella ragione e reciprocamente si rinfacciano il torto, i giuristi devono concorrere a costruire quel foro nel quale il *Ius* sia intersoggettivamente comunicabile e quindi suscettibile di controllo, essendone le regole prevedibili, oltre che adatte alla *res*. Il giurista pertanto deve saper svolgere una serie di mediazioni: tra il passato nel quale necessariamente il testo normativo si è formato e il presente in cui la Norma dev'essere attuata, altrimenti «si smarrisce il senso della continuità dinamica del Diritto»<sup>9</sup>; tra il particolare del caso concreto da cui è sorta la domanda di giustizia e il generale della Norma nel suo appartenere a un sistema; tra l'autonomia del Diritto come discorso vincolato e quindi normativamente chiuso e l'apertura conoscitiva di esso ai valori in cui le Norme trovano giustificazione. Anche il giurista contemporaneo, in definitiva, deve prendere su di sé la fatica del concetto per soddisfare l'esigenza di integrazione del pensiero problematico nel pensiero sistematico<sup>10</sup>.

Come è stato rilevato, Mengoni sembra animato dalla preoccupazione di realizzare in tal modo una modernità giuridica, da intendere non già nel suo significato ideologico quale definizione di un tempo giusto rispetto a quelli precedenti, ma come «ciò che riformula categorie e modelli in maniera conforme al tempo»<sup>11</sup>, ossia

«ciò che si rivela all'altezza della contemporaneità, che non la forza in stampi precostituiti e intellettualistici né la segrega e la imprigiona in un retaggio che si giustifica per se stesso»<sup>12</sup>.

## 2. IL DIALOGO TRA DIRITTO E FILOSOFIA DELLA PRATICA

Si può ben comprendere in questa prospettiva perché la riscoperta della dimensione ermeneutica, che Mengoni diffonde nel dibattito italiano in coincidenza con la traduzione di *Wahrheit und Methode*<sup>13</sup>, non sia da lui proposta

---

del "Diritto giusto" nella società post-liberale. Note sul rapporto tra Diritto e Morale; L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, già pubblicato in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, VI, Milano, 2004, 4173-4186.

9 L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 31 citato anche da P. GROSSI, *Luigi Mengoni*, 25.

10 Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Prefazione, 7.

11 C. CASTRONOVO, *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa e Diritto privato*, XV (2012), 204.

12 *Ibidem*.

13 Cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tü-

a scapito dei vincoli propri del discorso giuridico. La grande eredità dogmatica<sup>14</sup>, giunta nel Novecento per merito soprattutto della Pandettistica tedesca, non merita di essere rifiutata senza alcun beneficio d'inventario e, anziché rielaborata, sostituita da tentativi liquidatori e velleitari come il c.d. Diritto libero che finisce per privare l'esperienza giuridica delle sue stesse ragioni e della sua specificità. Le ragioni del Diritto corrispondono in fondo a quella che al di là della Manica è detta "*artificial reason of Law*" già affermata, in un racconto ben noto, da sir Edward Coke nei confronti di Giacomo I d'Inghilterra. Proprio l'approccio riduttivamente giusnaturalista faceva credere a quest'ultimo di potersi sostituire ai Giudici della *common Law*<sup>15</sup>, sottovalutando i vincoli del discorso giuridico e il contesto specifico in cui il *legal reasoning* si svolge, quasi si trattasse, nella migliore delle ipotesi, di un astratto dedurre regole da principi etici generali. In questo modo si oblitera l'originalità dell'esperienza giuridica e si apre la via alla c.d. tirannia dei valori e al giustizialismo di cui Mengoni aveva fatto esperienza soprattutto nelle controversie lavoristiche e sindacali.

Solo in questa prospettiva, costruttiva e non demolitrice, può essere adeguatamente colto il pensiero mengoniano sui valori e la sua insoddisfazione per quella riduzione ottocentesca del Diritto a semplice tecnica, la quale, prendendo sul serio le parole di Windscheid, nega che le valutazioni d'ordine etico, politico ed economico siano o possano essere *Sache des Juristen als solchen*. Aprire il Diritto ai valori non significa lasciare che questi vi scorrano allo stato brado, né sospendere all'infinito la decisione che il carattere normativo del Diritto invece impone, ma uscire dai riduzionismi nei quali il Positivismo ha finito per costringere il Diritto, rinunciando alle aspirazioni di giustizia e staccandolo dalla realtà e dalla storia nella quale esso indefettibilmente si svolge. Invero, anche il Novecento può reinterpretare, secondo i segni del

---

bingen, 1960 (tr. it.: H.G. GADAMER, *Verità e metodo. Lineamenti di un'ermeneutica filosofica*, [G. VATTIMO, cur.] Milano, 1995).

- 14 Il difetto della Pandettistica è stato quello della assolutizzazione della dogmatica, ma il metodo dogmatico, nel senso di etimologico di dogma come opinione, dottrina, insegnamento o proposizione fondamentale, è una caratteristica della Scienza giuridica europeo-continentale che la qualifica come un sapere razionale, fondata sul fatto che la verità della proposizione appare evidente o almeno probabile a tutti o alla maggioranza. Diverso è l'altro significato che storicamente ha assunto il termine *dogma*, probabilmente sotto influsso del Giudaismo ellenistico, per indicare una verità fondamentale autoritativamente sottratta a pretese di controllo razionale (cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 26.)
- 15 «*His Majesty was not learned in the Laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it*». *The Law Times*, CXVIII, London, 1905, 110.

tempo, l'elegante definizione celsina che vuole i giuristi, nell'*ars boni et æqui, veram nisi fallor Philosophiam, non simulatam affectantes*<sup>16</sup>.

Questa "vera Philosophia", che non contamina la "purezza" del Diritto, ma lo arricchisce, è la Filosofia della pratica, e la proposta metodologica mengoniana si inserisce proprio nel movimento di rivalutazione di quest'ultima. Essa nasce infatti dall'esigenza della "Scienza" giuridica di auto-comprendere il suo concreto operare, chiarendo, sia i profili di differenziazione, sia i nessi rispetto agli altri ambiti del sapere che riguardano la *praxis* (Etica, Economia e Politica), nonché le modalità corrette attraverso cui poter mettere a partito le informazioni provenienti da questi altri saperi di cui il Diritto scopre di non poter fare a meno<sup>17</sup>.

Perciò, come è stato rilevato,

«Mengoni si confrontò, dal punto di vista delle loro implicazioni in ambito giuridico, con entrambe le "posizioni più autorevoli che hanno dato un'impronta determinante al dibattito sulla riabilitazione della Filosofia pratica, cioè l'ermeneutica filosofica sostenuta da Gadamer e l'Etica del discorso (*Diskursethik*) o della comunicazione (*Kommunikationsethik*) sostenuta dalla nuova scuola di Francoforte di Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas"»<sup>18</sup>.

Emblematicamente l'esergo posto al saggio *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, pubblicato nel 1976, è una citazione di Gadamer:

---

16 Scrive Mengoni nella *Presentazione* a R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, (tr. it.) Milano, 1998, VII e in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 223 che il rapporto tra Diritto e Filosofia è «problema poco familiare ai giuristi italiani, non ancora del tutto affrancati dall'isolamento positivistico della loro disciplina. L'isolamento si è rotto nei confronti della Sociologia e dell'analisi economica, ma è sempre radicata la disattenzione, se non la diffidenza, verso la Filosofia. Eppure, una volta riconosciuto che il lavoro del giurista non si riduce a mere operazioni logico formali, ma in molti casi implica un'attività valutativa, le regole e i modi argomentativi della Filosofia della pratica diventano uno strumento indispensabile per la ricerca e la giustificazione della decisione nei casi non risolvibili in via di sussunzione logica. In questo senso ritorna attuale la definizione ulpiana dei giurisperiti come *veram Philosophiam affectantes*. Il rapporto tra Diritto e Morale è diventato un problema cruciale della Scienza giuridica».

17 Precisa L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 224 che mettere in rapporto il Diritto con la Filosofia «non significa che il giurista debba decidere i casi perplessi da filosofo, come pretendeva il filosofo Favorino in risposta alla richiesta di consiglio rivoltagli da Aulo Gellio per una causa assegnatagli; in qualità di Giudice, dal Pretore (*Noct. Att.*, 14, 2). Significa piuttosto che la riflessione sul metodo giuridico dipende da regole discorsive e schemi argomentativi aventi origine in altre discipline, specificamente individuate da Alexy nel moderno dibattito sull'Etica, nella Filosofia del linguaggio contemporanea e nella teoria dell'argomentazione in via di sviluppo».

18 L. NOGLER, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER - A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, 256 testo e nota 4 con riferimenti e citazione di F. VOLPI, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla riabilitazione della Filosofia pratica*, in C.A. VIANO (cur.), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, 1990, 128ss.

«l'Ordinamento della vita secondo le regole del Diritto e del costume è qualcosa di incompleto, che ha bisogno di un'integrazione produttiva. Occorre il giudizio per valutare rettamente i casi concreti. Conosciamo questa funzione del giudizio soprattutto dalla Giurisprudenza, dove il contributo dell'«ermeneutica» al completamento del Diritto consiste precisamente nel produrre la concretezza del Diritto»<sup>19</sup>.

Invero, nel secolo scorso sono legioni coloro che denunciano l'insostenibilità della concezione formalistica e chiusa del Diritto che lo fa risultare un sistema totalmente separato da quella realtà con cui deve pur mettersi in contatto proprio come ordinamento, pena la mancanza di effettività e quindi il suo stesso non esistere. Effettivamente in una società complessa e in continua evoluzione gli strumenti di chiusura del sistema mediante operazioni logiche autoreferenziali –come vorrebbe essere l'analogia– si sono rivelati insufficienti. Rimane spesso la necessità di un'attività valutativa da parte del Giudice che talora si svolge anche quando egli si trova a interpretare delle Disposizioni individuate come possibili termini di sussunzione del caso da decidere<sup>20</sup>. Come non notare, del resto, che nel Novecento sia negli Ordinamenti continentali sia in quelli di *common Law* molte delle più significative innovazioni giuridiche sono avvenute sul piano giurisprudenziale, e non solo per opera delle Corti costituzionali ma anche dei Giudici ordinari?

Ma se un'esigenza di superamento della concezione chiusa e logicistica del Diritto non ha quasi nemmeno bisogno di essere argomentata<sup>21</sup>, tanti essendone i demolitori all'opera, occorre individuare una via che non lo annulli nella fatticità. Si rende pertanto necessario, già sul piano epistemologico, ancorare la razionalità dell'agire pratico ad un contesto inter-soggettivo (ed, in quanto tale, oggettivabile), che permetta di riproporre l'idea greca del *nomos* quale manifestazione di una razionalità pubblica ispirata da valori condivisi e quindi conoscitivamente aperta ad essi senza tradire il principio di positività del Diritto (una Norma o un principio giuridico non possono esistere senza un enunciato linguistico che li esprima). Del resto, il Diritto appartiene a quella razionalità sociale in cui l'uomo si trova inserito a partire dallo stesso uso del linguaggio, il quale lo colloca «già sempre oltre la sua particolarità»<sup>22</sup>. Ma ricollocata su queste basi

19 L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, XXIII (1976), 3.

20 Cfr. L. MENGONI, *Note sul rapporto tra Diritto e Morale*, in L. MENGONI, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004, 70-71.

21 Il pluralismo moderno della società industriale «non è più disposto a concedere acriticamente la verità delle premesse da cui il giurista deduce le sue soluzioni rivestendole nella forma sillogistica» (L. MENGONI, *Problema e sistema*, 27).

22 H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, (tr. it.) 280, citato da Nogler, *L'itinerario metodologico*, 264.

e quindi contestualizzata e storicizzata, la razionalità giuridica dev'essere riformulata nei suoi lineamenti operativi. Occorre ancora e pur sempre un metodo, perché nel Diritto non può valere il feyerabendiano *anything goes*.

Nei successivi paragrafi si proverà quindi a descrivere alcuni fondamentali passaggi della riflessione metodologica mengoniana lasciando il più possibile la parola all'autore.

### 3. LA REALTÀ COME DATO DI PARTENZA: IL DIRITTO VIVENTE

Il punto d'attacco riguarda la ripresa di contatto con la realtà da parte del Diritto. All'astrazione di un Diritto puro e di un sistema anche conoscitivamente chiuso ai valori, si giustappone nel Novecento la ripresa di attenzione verso la dimensione pratica o controversiale, per dirla con Capograssi secondo cui «la controversia è produttiva di Diritto»<sup>23</sup>, o creativa, per usare un'espressione dello stesso Capograssi, ma forse più nota in Ascarelli, dimensione che anche nel Diritto italiano andava guadagnando attenzione all'inizio del secondo Novecento. Il compito del Giudice si viene a descrivere alla stregua di Karl Engisch come un *Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt* (uno sguardo che scorre di qua e di là fra il principio e la situazione reale della vita)<sup>24</sup>.

È in questa prospettiva che, anche sul Continente europeo, si riscopre la categoria del Diritto vivente, la quale viene ricondotta da Mengoni nell'ambito del problema delle Fonti del Diritto, precisando che il Diritto vivente, pur non essendo formulato in testi normativi, è pur sempre determinato dalla Legge, sebbene non soltanto da essa. Con questa restrizione il concetto ritorna nei limiti dell'originario riferimento alla Fonte giudiziale, ma dissociato dall'idea di una dualità di Norme come invece emerge nelle definizioni di quei giuristi romani che lo descrivono come una Fonte di Diritto diversa dallo *Ius scriptum* (ad esempio, *viva vox Iuris civilis* secondo Marciano). Nel nostro Ordinamento la Giurisprudenza non possiede una autorità legislativa; il Diritto vivente non è Diritto in senso proprio se lo si contrappone, come fa Ehrlich, al Diritto vigente, cioè alle Fonti formali del Diritto dello stato. La contrapposizione non ha più che un valore empirico-sociologico<sup>25</sup>, giuridicamente il

23 G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del Diritto*, (G. ASTUTI, cur.) rist. postuma, Roma, 1950, 13, in L. MENGONI, *Scritti*. I. *Metodo*, 229-230.

24 Cfr. K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3 ed., Heidelberg, 1963, 14-15.

25 Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 142; 148-149 (anche: L. MENGONI, "Diritto vivente", in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VI, Torino, 1990).

Diritto vivente è lo stesso Diritto vigente come interpretato e applicato dalla Giurisprudenza<sup>26</sup>.

«Poiché i dati per l'elaborazione della Norma non sono soltanto le strutture linguistiche del testo, ma anche gli elementi di fatto (extratestuali) emergenti dal segmento della realtà sociale individuato dalla disposizione come proprio ambito normativo, la formula del Diritto vivente investe il rapporto tra il Giudice e la Legge sintetizzando il problema della partecipazione dell'interprete alla formazione del Diritto e la connessa esigenza di (relativa) stabilizzazione delle sue applicazioni. Negli Ordinamenti di *civil Law* il precedente, costituito dalla Giurisprudenza consolidata, non ha la qualità di Fonte di Diritto, ma nemmeno una mera autorità di fatto (o morale). In quanto si è formato sulla base di una valutazione intersoggettiva, che ne ha riconosciuto la coerenza col sistema giuridico e quindi l'universalizzabilità, esso ottiene un'autorità istituzionale che lo introduce nei processi di concretizzazione del Diritto come argomento *ab auctoritate* di grande peso ancorché non vincolante, essendo soggetto, come ogni altro argomento, al controllo critico di falsificabilità della regola di decisione proposta, la quale quando si dimostri "*in aliquo vitata [...], perdit officium suum*" (D. 50, 17, 1)»<sup>27</sup>.

In altri termini, questa autorità istituzionale, intesa come «un *tertium genus* tra autorità legale e autorità di fatto (o morale del precedente)»<sup>28</sup> che si

---

26 Nella Sentenza di Cass. 11 maggio 2009, n. 10741 (cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. SEZIONE TERZA CIVILE, *Sentenza n. 10741 dell'11 maggio 2009*) però si legge questa frase: «l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro Ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di Fonti, con conseguente attuazione di c.d. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del Giudice in ordine alla formazione della c.d. Giurisprudenza-normativa, quale autonoma Fonte di Diritto». In precedenza Cass., Sez. un., 9 maggio 2008 n. 11501 (cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. SEZIONI UNITE CIVILI, *Sentenza n. 11501 del 9 maggio 2008*) presentava qualche profilo di ambiguità indicando l'Art. 12 delle Preleggi quale sede normativa dei canoni di interpretazione delle Sentenze, negando invece che si potesse fare riferimento agli Artt. 1362 e 1363 quali regole interpretative del negozio giuridico. Non sembra tuttavia che ciò autorizzi a ricondurre la decisione delle Sezioni unite all'idea della funzione normativa autonoma della Giurisprudenza, quanto piuttosto alla maggiore oggettività che l'interpretazione della Sentenza richiede rispetto alla disciplina della interpretazione del Contratto orientata in senso soggettivo. Il fatto poi che l'errore nell'interpretazione della Sentenza possa essere equiparato all'errore nell'interpretazione di una Norma giuridica, anziché all'errore nella interpretazione del Contratto, non necessariamente giustifica l'idea di una funzione normativa autonoma, quanto piuttosto quella dell'autorità istituzionale che comunque al precedente si attribuisce. La Sentenza del resto, non configurando una Fonte autonoma, ma dipendente dalla Legge, non può non richiedere nella sua interpretazione anche una interpretazione della Legge.

27 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 1996, 151-152.

28 *Ivi*, 152 testo e nota 33 con riferimento a J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2 ed., Tübingen, 1964, 84 e per la dottrina italiana G. GORLA, *Les Sections reunies de la Cour de Cassation en Droit italien. Comparaison avec le Droit français*, in *Il Foro*

deve riconoscere anche negli Ordinamenti di Legge scritta si apprezza direttamente sul piano processuale: a chi intende rompere la continuità con i *praeiudicia* incombe l'onere di giustificare la pretesa di superamento con argomenti seri e adeguati<sup>29</sup>. Su questa scia in Italia sembrano porsi le recenti modifiche al Codice di Procedura civile in materia di Processo di Cassazione in funzione nomofilattica e di Arbitrato. A Norma dell'Articolo 1, comma 2, della Legge 14 maggio 2005, n. 80

«se la Sezione semplice ritiene di non condividere il principio enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con Ordinanza motivata, la decisione del Ricorso».

In tal modo si impone all'interprete di tener presente l'esistenza di un nuovo principio giuridico, in base al quale la Decisione della Suprema Corte, presa a Sezioni Unite, è vincolante (seppur non in modo assoluto) per le Sezioni Semplici, nel senso che, queste ultime, non potranno discostarsene e decidere la *quæstio Iuris* in modo difforme. Inoltre, il nuovo Art. 360-*bis* C.P.c. prevede che

«il Ricorso è dichiarato ammissibile: a) quando il Provvedimento impugnato ha deciso le questioni di Diritto in modo difforme da precedenti Decisioni della Corte; b) quando il Ricorso ha per oggetto una questione nuova o una questione sulla quale la Corte ritiene di pronunciarsi per confermare o mutare il proprio orientamento ovvero quando esistono contrastanti orientamenti nella Giurisprudenza della Corte».

La Legge, in ultima analisi, sembra riconoscere formalmente la funzione istituzionale del precedente della Giurisprudenza di legittimità in linea con una accresciuta sensibilità verso le esigenze di certezza e di nomofilachia.

Ma anche relativamente alla valutazione del momento applicativo nel Diritto, la posizione di Mengoni è molto equilibrata. A differenza di Ascarelli, ad esempio, egli nega che il processo di formazione della decisione crei propriamente una Norma nuova. L'identità della Norma nella molteplicità delle

---

*italiano*, CI (1976), V, c. 117-118; G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della Legge e i Tribunali supremi"*, in *Foro italiano*, CI (1976), V, c. 133-134; citato da L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 152 nota 33. Secondo G. CIAN (G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Rivista di Diritto civile*, IL [2003], 132) visto il rilievo che in Germania nel sistema delle Fonti viene attribuito al *Gewohnheitsrecht* (Diritto consuetudinario), il Diritto vivente potrebbe essere visto come un'espressione di Diritto consuetudinario.

29 Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 153.



interpretazioni del testo garantisce la distinzione tra produzione del Diritto e applicazione, tra Legislazione e giurisdizione, e il giurista non può vedere nel compito dell'applicazione il segno di una libertà rispetto al testo. Certo, l'interprete non è vincolato a un concetto di significato del testo inteso come

«“un ideale essere-in sé”, puro oggetto di pensiero privo di localizzazione nel tempo e nello spazio, distinto dai significati che, attraverso il riferimento a una realtà empirica (un oggetto sperimentabile o un vissuto) sono assegnati alla frase o al discorso nei vari contesti»<sup>30</sup>.

Tale concetto di significato, secondo Mengoni, è ormai superato dopo Wittgenstein, onde

«la sola distinzione fondabile sul piano analitico è quella risultante dall'analisi del significato in un nucleo comune a tutti i contesti e in varianti di senso nelle singole situazioni applicative. Il nucleo fisso è determinato, a un livello di astrazione più elevato, dall'analisi strutturale del testo alla stregua delle regole comunemente accettate sul significato delle parole e sulla sintassi della frase, le varianti contestuali attribuiscono al testo un significato costituito da un adeguato riferimento alla (concreta) situazione applicativa»<sup>31</sup>.

«L'analisi del linguaggio spiega il contenuto proposizionale del testo, ma la comprensione del suo significato nel momento della decisione è attinta dall'interpretazione argomentata dialetticamente in risposta alla questione pratica posta dal caso particolare»<sup>32</sup>.

«Il significato attribuito a una proposizione normativa in vista di un caso “vive come Norma solo nel momento in cui viene applicato e perciò appunto ogni applicazione di una Norma richiede l'interpretazione di un testo, cioè la formulazione (ai fini dell'applicazione) della Norma”. Una volta applicata al caso per la cui soluzione è stata formulata, la Norma diventa essa stessa testo nella forma (scritta) di “precedente”, sopravvive come modello (giurisprudenziale) di decisione, al quale dovrà fare riferimento, per confermarlo o falsificarlo, il giudizio di un nuovo caso della medesima classe»<sup>33</sup>.

---

30 L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del Diritto secondo Jacques Derrida*, in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 34 (originariamente in: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LIII [1999], 353-359).

31 *Ivi*, 34-35.

32 *Ivi*, 35.

33 *Ivi*, 36 testo e nota 21 con citazioni di T. ASCARELLI (T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1996, 16ss.) e altri.



## 4. LA PROSPETTIVA ERMENEUTICA COME FORMA DI SAPERE FINALISTICAMENTE ORIENTATO

Mengoni inquadra la valorizzazione del momento applicativo del Diritto e quindi dell'apertura alla concretezza dell'esperienza giuridica alla luce della prospettiva ermeneutica cui egli, rispetto a Betti, fa guadagnare un più sicuro approdo civilistico<sup>34</sup>. È soprattutto tramite l'opera di Mengoni, infatti, che la dottrina civilistica italiana, già a partire dagli anni Settanta, può dirsi seriamente in dialogo con la dottrina germanica nell'ambito dell'orizzonte ermeneutico che si viene dischiudendo in esito a un fertile scambio con la Filosofia<sup>35</sup>.

Il Diritto per tale via risulta finalmente emancipato rispetto al paradigma delle Scienze naturali che aveva condizionato i giuristi dell'epoca precedente, suggestionati da un concetto di metodo analogo a quello di Dilthey secondo cui «le Scienze dello spirito devono realizzare una obiettività simile a quella delle Scienze di natura»<sup>36</sup>. Il Diritto, come le altre Scienze dell'uomo, non può modellarsi in modo rigido su quel paradigma che lo costringerebbe a distinguere nettamente (forse talora ingenuamente) tra il soggetto che studia e l'oggetto studiato: la Scienza giuridica non può «comportarsi rispetto al suo oggetto esattamente come se fosse un fenomeno naturale cui niente si può aggiungere, né sottrarre»<sup>37</sup>. Di qui il c.d. circolo ermeneutico concepito non soltanto come una struttura interna al testo, quale oggetto contrapposto al soggetto, ma anche come una struttura alla quale appartiene lo stesso soggetto interpretante<sup>38</sup>. Non si tratta perciò solo di un'acquisizione epistemologica, ma anche di una presa di coscienza delle condizioni ontologiche in cui si svolge l'interpretazione giuridica. Il giurista, infatti, procede da una comprensione originaria, che precede l'attività riflessiva dell'interpretazione e la determina permanentemente attraverso le progettazioni (o anticipazioni) di senso che in essa si formano. Si tratta di quella che viene chiamata precomprensione (*Vorverständnis*) e definita come

34 Mengoni dedica peraltro due saggi all'ermeneutica bettiana: L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII (1978), 125ss. poi in L. MENGONI, *Diritto e valori*, 59ss. e L. MENGONI, *A proposito della teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti*, in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 217ss.

35 Di recente, si sono occupati della prospettiva ermeneutica di Mengoni: G. ZACCARIA, *L'apporto di Luigi Mengoni alla metodologia del Novecento*, e G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica in Luigi Mengoni*, in *Europa e Diritto privato*, XV (2012), 103ss.

36 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 4.

37 *Ivi*, 41 testo e nota 40 con citazione di C. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, 523.

38 Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 6.

«“rapporto vitale con la medesima cosa di cui parla il testo”, con ciò “in vista di cui” il testo è stato scritto, rapporto che sollecita nell’interprete l’interesse a intraprendere la conoscenza del testo»<sup>39</sup>.

La tesi della struttura applicativa del comprendere che congiunge la comprensione e l’applicazione in un processo unitario (senza tuttavia sovrapporle) insegna –contro la tesi positivistica del primato dell’esegesi letterale– che il testo deve essere interrogato con una domanda relativa a un caso (reale o pensato) da risolvere: chi non ha domande da porre non è in grado di comprendere un testo<sup>40</sup>. La comprensione, detto altrimenti, si compie solo se l’interprete riesce a capire la domanda alla quale il testo risponde, e quindi a formularla adeguatamente antivedendo la risposta.

In tale quadro per capire la domanda l’interprete deve inevitabilmente introdurre nell’orizzonte ermeneutico quelle valutazioni di politica del Diritto in senso ampio, cioè valutazioni etiche, economiche, sociologiche, ecc., che il metodo della Giurisprudenza deduttiva vorrebbe escludere come pertinenti alla competenza esclusiva del Legislatore.

Tuttavia secondo Mengoni la dimensione applicativa del comprendere, pur non negando la distinzione tra i due momenti,

«non li confonde in un unico atto, ma contesta la separazione su piani diversi che di essi opera la dottrina positivistica nella convinzione dell’oggettiva unicità del testo e quindi della possibilità di comprenderlo alla stregua dei soli dati linguistici, onde l’applicazione si limiterebbe ad attuare un significato precostituito e già compiutamente definito una volta per tutte»<sup>41</sup>.

Il caso concreto mette in relazione il testo con i dati di fatto (extratestuali) emergenti dal suo ambito normativo, definito dal segmento di realtà sociale individuato come campo di applicazione della Norma<sup>42</sup>.

---

39 *Ibidem*, con citazioni di Bultmann.

40 Cfr. *ivi*, 16.

41 *Ivi*, 17.

42 Se l’interprete «non include i punti di vista extrasistematici tra i referenti della sua riflessione, egli non è in grado di intendere il problema in funzione del quale il testo deve essere interpellato e al quale devono commisurarsi, affinché sia assicurata l’oggettività del risultato interpretativo, le anticipazioni di senso e i progetti di soluzione, che si formano nella sua precomprensione» (L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 18). Egli scrive (L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 220) inoltre che «la metodologia più recente ha acquisito la distinzione (non esplicita in Betti) tra testo normativo e ambito normativo, con cui si differenziano non due elementi costitutivi della Norma, ma due categorie di dati ermeneuticamente rilevanti ai fini del conferimento di senso al testo: i dati linguistici e i dati fattuali (extratestuali) del segmento di mondo della vita individuato come campo di applicazione della Norma, donde il problema dell’inserimento del sapere empirico nell’argomentazione giuridica

D'altra parte, una volta presa consapevolezza di tale condizione dell'interprete, si pone il problema metodologico circa le

«tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione in base alla quale l'interprete procede a interpellare il testo, in guisa da garantirne l'apertura costante al dialogo col testo e impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete, la sua partecipazione acritica alla tradizione convertano il dialogo in un monologo»<sup>43</sup>.

Il bagno ermeneutico di cui il Diritto deve fare esperienza non è perciò un'operazione con cui si prende atto di un destino soggettivistico dell'esperienza giuridica. Certo, l'ermeneutica sottolinea un limite che anche il Diritto come ogni esperienza umana incontra e che deve essere tenuto presente proprio per evitare che, ignorato o rimosso, esso si ingrandisca a dismisura, vanificando ogni sforzo nell'illusione di un'oggettività di tipo naturalistico. Nel volgere dei secoli diciannovesimo e ventesimo questo limite si è manifestato soprattutto nei confronti della pretesa concettualista o formalista di attribuire al sistema giuridico la capacità di autoriprodursi mediante semplici operazioni di tipo logico, quasi divinizzando il sistema stesso o la Legge come capaci di prevedere e regolare ogni caso concreto presente o futuro senza alcuna necessità di ascolto dei dati fattuali e di punti di vista extrasistematici, e soprattutto nell'illusione di un'oggettività di tipo naturalistico.

Ma l'ermeneutica non è l'unico aspetto della Scienza giuridica. Del resto, proprio la questione (e la responsabilità) circa

«l'efficacia vincolante del senso da comprendere», che è fondamentale per il giurista data la funzione di misura della Norma giuridica, dice Mengoni essere il limite insuperabile di quell'accostamento –proposto da Bultmann e da Gadamer– dell'ermeneutica storica al modello dell'interpretazione in funzione normativa»<sup>44</sup>.

I risultati di questa ricognizione sul piano ontologico (emersione del fenomeno della precomprensione e conseguente ridefinizione del circolo ermeneutico come una struttura comprendente anche il soggetto interpretante) si sono tradotti, al ritorno sul piano epistemologico, in una riqualificazione dell'ermeneutica nelle forme e secondo i metodi del pensiero problematico.

---

e della selezione del flusso delle informazioni entro limiti compatibili con le possibilità decisionali del sistema».

43 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 11.

44 *Ivi*, 15 nota 55.

Ma quest'ultimo non è in grado di esaurire la *quæstio Iuris* e perciò il giurista deve riflettere sui modi per poter pensare sistematicamente i problemi prendendo spunto dalla distinzione tra pensiero problematico e pensiero sistematico elaborata nella Filosofia moderna da Nicolai Hartmann.

Sempre sul piano del Diritto, quella del giurista non va guardata come pre-comprensione puramente soggettiva, né si deve trascurare quell'esperienza che viene chiamata *Wirkungsgeschichte* (principio dell'efficacia consequenziale dell'accadimento nella storia per cui, ad esempio, ogni testo incorporato in un documento acquista un'efficacia ulteriore in quanto si inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano il passato nella forma della tradizione, sempre peraltro selettiva, e in pari tempo si proiettano nel futuro predisponendo le condizioni per accadimenti successivi). Vi è insomma una continuità resa possibile da una tradizione comune che riempie la distanza tra il testo e il momento in cui esso dev'essere interpretato. Tale tradizione è costituita da interpretazioni, giudizi e concetti già dati ed accumulatisi nel corso del tempo, che per il giurista consistono nella tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene e nel deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti.

In definitiva, la presa di coscienza ermeneutica non deve andare a scapito della dogmatica, la quale svolge funzioni irrinunciabili nel Diritto.

5. LA DOGMATICA GIURIDICA PER GARANTIRE LA PREROGATIVA DELLA LEGGE E, CON ESSA, IL PRINCIPIO DELLO STATO DI DIRITTO, CHE NASCE DALLA VOLONTÀ DEI CONSO-CIATI DI VIVERE *NON SUB HOMINE, SED SUB LEGE*

Mengoni riconosce una serie di funzioni alla dogmatica giuridica. La prima prestazione

«consiste nella riduzione della molteplicità della materia giuridica a una forma unitaria, grazie alla quale viene partecipato non un sapere rapsodico, memorizzato da repertori o da cataloghi di *topoi*, bensì un sapere sistematico, qualificato dalla “padronanza logica della materia mediante concetti”»<sup>45</sup>.

La dogmatica ha poi una funzione regolativa, nella misura in cui svolge una funzione euristica (saggiatoria) per l'elaborazione di ipotesi provvisorie

---

45 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 46-47.

di soluzione fondate sull'analogia, e perciò costituisce uno dei vincoli dell'argomentazione giuridica: a chi contesta l'applicabilità al caso da risolvere di un modello di decisione già sperimentato per casi uguali o simili, e razionalizzato in concetto o in un plesso di concetti dogmatici, incombe l'onere di giustificare la pretesa di *overruling* con argomenti adeguati<sup>46</sup>.

«Considerata sotto il profilo della funzione euristica, la dogmatica intesa come insieme di concetti e di formule tecnicizzate accumulati dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale, forma il nucleo specifico della precomprensione del giurista, in cui consiste la condizione ontologica fondamentale della conoscenza ermeneutica, messa in luce dall'analisi fenomenologica del comprendere»<sup>47</sup>.

«L'apparato concettuale apprestato dalla dogmatica è uno strumento indispensabile di garanzia della certezza del Diritto, o almeno, in una società complessa e altamente dinamica come la nostra, di un grado tollerabile di incertezza. [...] Quando la ponderazione degli interessi in gioco, elaborata dal pensiero problematico nei termini di una ricerca dialettica, conclude con un giudizio di preferenza in favore di un progetto di soluzione argomentato da un punto di vista extrasistemico portatore di nuove esigenze o nuovi bisogni espressi dall'ambiente sociale, la decisione è adottata dal Giudice in condizioni oggettive di incertezza. Per superare tali condizioni essa deve essere giustificata dal pensiero dogmatico mediante una verifica di integrabilità nel sistema giuridico (in cui si riflette la totalità dell'esperienza giuridica), ossia di universalizzabilità»<sup>48</sup>.

«Nell'ambito di questa funzione la dogmatica “definisce le condizioni del possibile giuridico, e precisamente le possibilità di costruzione giuridica di casi giuridici”»<sup>49</sup>.

Le scelte valutative cui mettono capo i procedimenti ermeneutici sono soggette alla critica della dogmatica, alla quale spetta il compito di verificarne la compatibilità con la razionalità del sistema.

«L'argomentazione ermeneutica è legata al problema posto dal caso concreto per il quale occorre trovare la regola di Diritto da applicare. Ma l'applicazione del Diritto è concretizzazione di un universale, e questa qualità della decisione è

---

46 Cfr. *ivi*, 50-51.

47 *Ivi*, 51.

48 *Ivi*, 53.

49 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 55 con citazione di N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, 19.

assicurata dalla dogmatica nella funzione di “controllo di coerenza in vista della decisione di altri casi”»<sup>50</sup>.

## 6. PROBLEMA E SISTEMA E LE APORIE DECOSTRITTIVE DEL DIRITTO SECONDO DERRIDA

Il paradigma metodologico mengoniano fin dallo scritto *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* è orientato, all’insegna del sintagma *problema e sistema*, verso una concezione antidualistica rivolta alla integrazione dell’ermeneutica con una nuova dogmatica giuridica costitutivamente aperta sia al ripensamento dei valori in gioco sia alle sollecitazioni provenienti dalla realtà. Il recupero della responsabilità del decidere si dà all’interno di un campo di tensione circolare in cui lo spunto problematico, il momento della concretezza applicativa, sul quale s’innesta la ricerca della soluzione giuridica, non è segnato dall’inesorabilità dell’aporia detta da Derrida «ossessione dell’indecidibile»<sup>51</sup>, in quanto non oblitera la razionalità del Diritto derivante dalla integrabilità delle soluzioni in un sistema dinamicamente aperto. Ma il Diritto costituisce pur sempre un discorso regolato, sia ai fini del suo controllo sia in quanto la sua funzione applicativa determina la necessità di una decisione: che a un certo punto si tronchi il discorso e si dica il Diritto (*Ius dicere*).

Le aporie decostruttive del Diritto proposte da Derrida si basano, invece, su un fraintendimento del fenomeno giuridico che tende a confonderlo con la giustizia *tout court*, mentre il Diritto offre solo una decisione fondata su ragioni dialetticamente soppesate, come più probabili, e quindi migliori di altre. La prova dell’indecidibilità attraverso la quale deve passare ogni decisione degna di questo nome, non può consistere se non nell’osservanza delle regole dell’argomentazione giuridica che sinteticamente Mengoni ricapitola nel modo seguente, e a partire da una premessa realistica secondo cui la produzione di decisioni giuridiche non è condizionata soltanto dai presupposti e dalle regole della razionalità argomentativa, ma anche da due dati negativi: la limitatezza del sapere del Giudice e la scarsità del tempo disponibile. Non si può discutere all’infinito su quale sia il partito migliore, né si può rimettere continuamente in discussione una decisione ogni volta che si presenti un caso uguale o analogo. Per alleggerire il Giudice dal peso di questi due dati negativi, l’argomentazione giuridica deve avvalersi di sussidi: da un lato, la dogmatica giuridica sottoposta al vincolo del testo, inteso come campo limitato di costruzioni possibili, e

50 *Ivi*, 62.

51 L. MENGONI, *Le aporie decostruttive*, 31.

il principio del precedente che vincolano il Giudice all'imperativo della coerenza, e dall'altro l'istituzione del Processo giudiziario con le sue regole che delimitano l'oggetto della controversia, ripartiscono oneri di prova e infine, quando il Giudice è collegiale, con il principio di maggioranza.

Certo, secondo Mengoni si può ammettere con Derrida che «*il faut toujours dire peut-être pour la justice*»<sup>52</sup>. Tuttavia, la critica decostruttiva al Diritto sbaglia bersaglio quando viene mossa in funzione di una giustizia intesa come valore assoluto. Perciò Mengoni ha buon gioco nel ricordare al filosofo francese che:

«la giustizia umana –cioè il Diritto, del quale non tanto la giustizia, valore attingibile solo per approssimazione analogica, quanto la pretesa almeno implicita di essere un Ordinamento giusto è una condizione di riconoscimento– è sempre esposta al rischio della fallibilità. Sia al livello delle Fonti, sia al livello delle interpretazioni le Norme giuridiche possono essere giustificate razionalmente con la logica del verosimile, non con una logica di certezze definitive. Resta sempre un'eccedenza della giustizia sul Diritto: ne era ben consapevole la Glossa quando insegnava “*auctor iuris est homo, iustitiæ Deus*”»<sup>53</sup>.

## 7. IL POSTPOSITIVISMO E L'APERTURA AI VALORI IN SEGUITO ALLE COSTITUZIONI DEL DOPO AUSCHWITZ

Lo sfondo storico sul quale si definisce la metodologia mengoniana è il postpositivismo in cui si è risvegliata la storia del Diritto nel Novecento<sup>54</sup>.

Il superamento della “purezza” giuspositivista si manifesta, infatti, come

«nuovo modo di intendere la positività del Diritto, caratterizzato fondamentalmente dal rifiuto del formalismo giuridico e dei suoi corollari, la separazione del Diritto dalla Morale e la pretesa del Diritto di legittimarsi per il solo fatto della sua positività».

52 J. DERRIDA, *Manquements du Droit à la justice (mais que manque-t-il donc aux “sans-papiers”?)*, in J. DERRIDA - M. GUILLAUME - J.-P. VINCENT, *Marx en jeu*, Paris, 1997, 61.

53 L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 38-39.

54 Una volta posto il Diritto non soltanto è nella storia, ma è esso stesso storia: ha la struttura temporale della storicità. Il tempo agisce sul Diritto non solo per cause esterne, ma anche dall'interno mediante l'interpretazione e l'applicazione. Quando si dice che il Diritto è un sistema di Norme si deve intendere un sistema (mobile) di significati normativi. Interpretare e comprendere un testo di Legge non è un'attività meramente dichiarativa, ma un'attività che concorre a formare il Diritto, il suo risultato è parte costitutiva del Diritto. La Legge non viene immessa nel flusso della storia come prodotto già confezionato e pronto per l'uso. Soltanto nell'applicazione a un caso concreto, in riferimento a un determinato contesto, essa riceve un significato compiuto.

Il recupero del rapporto fra Diritto e valori, formalmente riconosciuto dal Costituzionalismo novecentesco, implica una istituzionalizzazione di valori etici, i quali acquistano una doppia valenza, perché accanto alla loro natura morale divengono principi di natura giuridica onde, sottoposti al canone della ragionevolezza ed intesi come principi interpretativi, “valgono” nel discorso giuridico senza legittimare fondamentalismi di sorta alcuna.

Questa novità novecentesca purtroppo tende ad essere sottovalutata da chi continua a riproporre stancamente la contrapposizione tra Diritto positivo e Diritto naturale e così a conservare una duplicazione del concetto di Diritto, contribuendo in definitiva alla sua separazione dalla Morale. Mengoni, invece, coglie fin dall’inizio lo spunto offerto dal Costituzionalismo e in sintonia con autori come Habermas e Alexy rileva la novità costituita dal fatto che tramite la Costituzione argomentazioni morali vengono istituzionalizzate con strumenti giuridici. Si è aperto in questo modo un canale di comunicazione fra Diritto e Morale nell’ambito del quale anche i giusnaturalisti potrebbero trovare forme e modi per partecipare attivamente al dibattito, senza invece isolarsi in quella rappresentazione dualistica del fenomeno giuridico che in ultima analisi riduce all’impotenza un discorso che si priva da sé di accessi al discorso giuridico comune<sup>55</sup>. Naturalmente, ciò implica il riconoscimento che

«il sistema costituzionale dei diritti dell’uomo non è semplicemente un riflesso dei principi morali da cui trae sostanza: la positivizzazione trasforma questi principi in significati normativi specificamente giuridici»<sup>56</sup>.

Mengoni è inoltre consapevole che la rinata esigenza di una legittimazione metalegislativa dell’Ordinamento ripropone il problema della fondazione dei valori inasprito dalla frammentazione della coscienza morale nella società pluralistica.

---

55 Lo stesso J. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, in J. RATZINGER - J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, (tr. it.) Brescia, 2004, 256, parla del Diritto naturale come di uno «strumento (che) purtroppo risulta spuntato». Dal punto di vista giuridico, si potrebbe osservare che esso per poter risultare di nuovo affilato ha bisogno di mettersi in rapporto con l’evoluzione del Diritto in termini di Diritto costituzionalizzato, in modo da poter esprimere la propria proposta in maniera comunicabile. Paradossalmente in gioco, non è solo il Diritto naturale ma lo stesso Diritto costituzionalizzato, sempre a rischio, nelle società secolarizzate, di un regresso al principio *auctoritas non veritas facit Legem*. D’altra parte, riprendendo L. MENGONI - C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel Diritto privato*, in L. LOMBARDI VALLAURI - G. DILCHER (curr.), *Cristianesimo secolarizzazione e Diritto moderno*, II, Baden Baden-Milano, 1981, 1171ss., si può ritenere secolarizzato proprio un sistema che si considera autosufficiente rispetto sia al reale sia al regno dei valori.

56 L. MENGONI, *Note sul rapporto*, 74.



Infatti,

«tramontata la fiducia giusnaturalistica in una fondabilità in via deduttiva con l'evidenza delle verità assiomatiche, i valori sono diventati "cose in sé", non conoscibili direttamente. Essi possono essere conosciuti solo indirettamente, per analogia, con l'ausilio del secondo metodo o tragitto indicato da Socrate a coloro ai quali non è dato di apprenderli direttamente grazie a una divina rivelazione: cioè il metodo del dialogo, con cui si mettono a confronto i vari punti di vista e i ragionamenti che da essi si conducono, procedendo "per prova ed errore" come dice Popper ovvero, per ricordare un verso di Dante "provando e riprovando" (dove *riprovando* non è un iterativo di provare, ma una forma del verbo *riprovare* nel senso di confutare) e accogliendo infine il ragionamento che appaia il migliore e meno confutabile, e quindi il più verosimile»<sup>57</sup>.

Dalla Filosofia dei valori (o Etica materiale dei valori) Mengoni trae

«il postulato dell'oggettività di essi, senza tuttavia presupporli come entità autonome (quasi divinità secolarizzate) al modo delle idee platoniche. I valori non dipendono da un atto del pensiero, non sono mere proiezioni dello spirito umano, realtà puramente psicologiche: sono oggettività ideali il cui modo di essere non è l'esistenza, ma la possibilità. Come dice Leibniz, i concetti di valore che si formano nella mente umana (idee intellegibili) "hanno i loro archetipi nell'eterna possibilità delle cose"»<sup>58</sup>.

Il problema della fondazione dei valori, sul piano gnoseologico,

«può trovare soluzione accedendo a una teoria cognitivistica moderata (corrispondente a una concezione ermeneutica della verità connessa con la logica della probabilità), la quale, pur intendendo i valori come oggettività ideali non riducibili a ciò che si esaurisce nell'esperienza immediata, riconosce però che essi non sono suscettibili se non di una conoscenza mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano e si manifestano in forme sociali tipiche di comportamento e di valutazione»<sup>59</sup>.

Sotto questo profilo la proposta mengoniana può essere qualificata come neoleibniziana, in quanto essa valorizza l'evoluzione del pensiero di

---

57 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 40 testo e note con citazioni del Fedone di Platone e K. POPPER, *The open society and its enemies*, II, 4 ed., London, 1962, 382; 390.

58 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 76.

59 *Ivi*, 40.

Leibniz nell'ambito della quale il filosofo tedesco, dopo avere in origine pensato di limitare la Logica del verosimile alla verosimiglianza matematica (*a priori*), in un secondo tempo riconobbe valore conoscitivo anche alla Logica dei probabili elaborata dai giuristi. Quest'ultima si presenta come un secondo tipo di evidenza, come «probabilità (in un certo grado)», o, altrimenti detto, come «verosimiglianza dimostrata metodicamente con “argomenti ricavati *ex re ipsa*, ossia dai dati del problema pratico, mediante ragionamento”»<sup>60</sup>.

Leibniz, infatti, corregge la Logica di Locke, giudicandola troppo ristretta, perché limitata alla dimostrazione e all'intuizione, e la allarga includendovi la Logica del verosimile intesa come forma di conoscenza intermedia tra la certezza dimostrativa e la probabilità induttiva (o probabilità *a posteriori*). Rileva Mengoni che

«questo nuovo capitolo della Logica, solo abbozzato da Leibniz, è trascurato anche da Kant, sebbene egli sia cresciuto nella Filosofia leibniziana: per lui, come per Locke, l'opinare in base al verosimile (cioè fuori dal campo delle certezze intuitive o apodittiche) è lo stesso che giocare coi pensieri (*Kritik der reinen Vernunft*, B 803)»<sup>61</sup>.

Purtroppo questo aspetto è poco noto anche nell'attuale dottrina giuridica, nella quale Leibniz è di solito reputato l'ispiratore della *Begriffsjurisprudenz*, improntata al modello del *calculus ratiocinator*, che stabilisce un'assoluta identità tra il ragionamento e il calcolo. Ma

«ciò, precisa Mengoni, non è del tutto esatto: la rigidità formalistica di questo metodo, chiuso alle logiche materiali dell'oggetto, non viene da Leibniz, ma dal suo volgarizzatore Christian Wolff. Poco conosciuto è invece il lato giuridico della Logica allargata di Leibniz, che prende a modello la dottrina delle prove elaborata dai giuristi sulla scorta della tradizione (aristotelica) del Diritto romano»<sup>62</sup>.

Riconoscere l'apertura ai valori e la possibilità nei termini che si è detto di una loro conoscenza, non significa però mettere in discussione la distin-

---

60 *Ivi*, 79 testo e nota 29 con citazione di G.W. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, Paris, 1887, IV, 15, §4; IV, 17, §3.

61 L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, 78 nota 26.

62 *Ibidem*.

zione fra Diritto e Morale, ma solo la loro rigida separazione. Piuttosto si mette in evidenza un adito comunicativo tra le due dimensioni che priva il discorso giuridico di autoreferenzialità, ma, d'altro canto, richiede una nuova dogmatica dei diritti fondamentali che sappia procedere in modo controllato ai bilanciamenti distinguendo le collisioni apparenti dalle collisioni reali. Di qui la sollecitazione, che l'ultimo Mengoni rivolge alla dottrina giuridica, di elaborare, sulla base empirica della casistica giurisprudenziale, un sistema o almeno una tipologia di regole di collisione, che stabilisca le condizioni, sempre rivedibili, alle quali un diritto fondamentale prevale sull'altro o deve accettare limiti in favore dell'altro o in funzione dell'interesse collettivo<sup>63</sup>. Anche sotto questo profilo ritorna l'interazione tra ermeneutica e dogmatica giuridica. Ancora una volta, l'apertura del Diritto richiede una sua regolazione o, parafrasando Gadamer, la verità giuridica non sembra potersi rivelare senza un metodo.

«Invero, la virtù etica dell'interpretazione giuridica risiede nel fine di far emergere i valori della giustizia sotto forma di significati normativi. Che nella società moderna la giustizia non possa più essere rappresentata secondo il modello del concetto di perfezione, non implica che non possa più essere compresa, sia pure imperfettamente, come concetto etico»<sup>64</sup>.

---

63 Cfr. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 255ss. Il rapporto tra Diritto e valori, peraltro, è stato analizzato da Mengoni anche dal punto di vista della Teoria delle clausole generali e dei principi generali (cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del Diritto privato*, IV [1986], 5-19 e L. MENGONI, *I principi generali del Diritto e la Scienza giuridica*, in *Il Diritto del lavoro*, LXVI [1992], I, 3-12, ora in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, rispettivamente 165ss. e 239ss.). Anche in questo ambito l'apertura a valori metapositivi viene controllata metodologicamente per evitare la fuga nel c.d. Diritto alternativo o dei principi generali che egli denuncia subito come fattore di giustizialismo.

64 L. MENGONI, *A proposito*, 221. Questa virtù etica dell'interpretazione e in generale il fondamento costituzionale del Diritto nella dignità della persona umana sono sottolineate da Mengoni anche in un suo intervento (L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in L. MENGONI, *Scritti. I. Metodo*, 41ss.) nei riguardi della pretesa della tecnica, affermata da E. Severino in un dialogo con N. Irti, di sconfiggere il Diritto assecondando la volontà di accrescere all'infinito la potenza di sé medesima. Nel finale dello scritto, egli sottolinea certe ambivalenze del presente in cui coglie anche taluni elementi di recupero della tradizione, la quale significa anche una rivalutazione della virtù della speranza. «È la speranza, mai soddisfatta e mai spenta, di una vita degna dell'uomo e di una società in cui finalmente *pax et iustitia osculatæ sunt*, la forza più intima che anima l'umanità del Diritto».

## Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica, di Diritto e valori

ANDREA NICOLUSSI

### Abstract

L'autore sottolinea l'importanza del contributo al metodo giuridico e alla consapevolezza di esso offerto da Luigi Mengoni, il più notevole civilista italiano del Novecento. Nei suoi numerosi scritti, sia quelli propriamente metodologici sia quelli di Diritto positivo, Mengoni cerca di trovare un equilibrio tra la dogmatica, quale patrimonio di categorie e di pensiero sistematico ereditato dalla Pandettistica, e necessario per una conoscenza razionale del Diritto, e l'esigenza di un approccio più sensibile alla concretezza dei problemi, alle informazioni derivanti dagli altri saperi sulla realtà, e all'ineludibile funzione valutativa del giudizio. La sua proposta metodologica, pertanto, apre una via di conciliazione tra problema e sistema ripensando quest'ultimo come sistema dinamico e aperto ai valori e tra dogmatica ed ermeneutica giuridica. In tal modo egli definisce anche un approccio metodologico particolarmente adatto al Postpositivismo, che caratterizza il Diritto contemporaneo, quale Ordinamento giuridico aperto ai valori costituzionali senza rinunciare alle prerogative del Diritto (Diritto come discorso vincolato) che lo preservano dall'arbitrio e dai fondamentalismi.

### Parole chiave:

dogmatica, ermeneutica, Diritto, valori, problema, sistema, decostruzionismo, positivismo, postpositivismo, metodo, cognitivismo, Filosofia della pratica, Diritto vivente, costituzionalismo, interpretazione

### Abstract

*The Author stresses the importance of the contribution to the legal methodology of Luigi Mengoni, the most highly regarded Italian civil Law thinker of the 20<sup>th</sup> century. From his many and varied works it is evident that Luigi Mengoni tried to find an equilibrium between the dogmatic approach, inherited from the glorious past of the german Pandectistics, necessary for a rational knowledge of the Law, with the need for a more practical, problem-related jurisprudence open to the values. His method, thereby, is inherently dual in nature, i.e. problem related and systematic, oriented to a new dogmatics no longer closed to the legal hermeneutics. This method is particularly consistent with post-positivism, the condition of the Law in the contemporary age, which means an enrichment of the Law by the values of the Constitution, integrated in a specific and reasonable legal reasoning without falling into a purely political or in some way fundamentalist approach.*

### Keywords:

*dogmatics, hermeneutics, Law, values, problem, system, deconstructionism, positivism, postpositivism, method, cognitivism, practical philosophy, living Law, constitutionalism, interpretation of the Law*

# La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori

MICHELE RIONDINO

**SOMMARIO** Introduzione. 1. Alcuni principi innovativi nella Convenzione di Lanzarote. 2. Le modifiche introdotte nell'Ordinamento penale italiano (Legge di Ratifica n. 172 del 2012). 3. Aspetti di Diritto penale canonico. Conclusioni

**SUMMARY** *Introduction. 1. Some innovative principles in the Lanzarote Convention. 2. The changes introduced in the italian criminal justice (ratified with Law n. 172 of 2012). 3. Some Aspects of canon criminal Law. Conclusions*

## INTRODUZIONE

Nel contesto occidentale in cui viviamo, seppur con apparenti segni di benessere rispetto ad altre realtà sociali e culturali non distanti da noi, assistiamo quotidianamente a gravi ed allarmanti contraddizioni sull'infanzia. Infatti nelle nostre città, piccole o grandi che siano, esistono molti, anzi troppi, *bambini abbandonati* non solo all'interno di comunità o istituti assistenziali quanto nelle loro stesse famiglie; molti *bambini abusati* non solo sul piano fisico ma anche sul piano psicologico attraverso quella terribile e sempre crescente forma di violenza che è costituita dalla trascuratezza o dall'indifferenza; molti *bambini manipolati* non solo dalla famiglia ma anche da parte di Istituzioni che impongono loro false identità; molti *bambini dimenticati e indifesi* perché i loro diritti fondamentali sono misconosciuti da Agenzie educative che sebbene non volutamente spesso li emarginano, da servizi pubblici poco attivi, da famiglie affettivamente assenti e pedagogicamente insufficienti; molti *bambini invisibili*: i nomadi e gli immigrati la cui fanciullezza è purtroppo

scomparsa, bambini troppo spesso tollerati ma quasi mai veramente integrati nella nostra società egoista ed autoreferenziale; molti *bambini a cui è stata negata l'infanzia* perché troppo presto oberati da responsabilità che pesano come un macigno sulla loro vulnerabile età; molti *bambini diversamente abili* che nascono e crescono all'interno di famiglie spesso lasciate sole, a rischio di isolamento e di emarginazione e che non vivono il senso di appartenenza con nuclei familiari che condividono con loro lo stesso percorso: età dei bambini, frequenza della stessa scuola, dello stesso quartiere, della stessa comunità religiosa, delle stesse realtà ludiche e sociali.

Le solenni Dichiarazioni internazionali stipulate negli ultimi decenni hanno gradualmente cercato di attenuare questi pericoli e queste allarmanti diversità riconoscendo ai minori una specifica titolarità di diritti e di interessi, soprattutto in considerazione della loro comune condizione di soggetti in formazione<sup>1</sup>. Garantire, quindi, la protezione e la tutela effettiva dei diritti e degli interessi di coloro che si *affacciano alla vita*, così come favorire un loro graduale ed armonico sviluppo costituisce, ora più che mai, una priorità dalla quale nessun Ordinamento può sentirsi esonerato.

Abbandono, trascuratezza, manipolazione, responsabilizzazione precoce, rischi di discriminazione... sono contesti "nuovi" che per la loro potenziale connessione con l'esposizione dei minorenni ad ogni tipo di sfruttamento ed abuso esigono dagli Ordinamenti giuridici risposte efficaci. Affermare che sia ipotizzabile riflettere sull'ideale di *giustizia* di fronte a crimini così orrendi, come la "*pedofilia, l'abbandono di neonati inermi*" o il loro sfruttamento potrebbe sembrare una impresa ardua, se non addirittura impossibile<sup>2</sup>; siamo infatti ben consapevoli che le perdite subite a seguito di drammatiche sofferenze difficilmente potranno essere riparate. Infatti, l'emersione di casi legati all'abuso sull'infanzia, sotto tutte le sue forme, è oggetto già da parecchi anni di prolifiche ricerche orientate verso categorie definite nella letteratura giuri-

---

1 Valga, in proposito, il rinvio a: M. RIONDINO, *Famiglia e minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011, 93-106. Per un'analisi sui principali documenti internazionali in materia di tutela dei minori, si veda: M.R. SAULLE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino nel XX anniversario*, in AA.Vv., *Le sfide del Diritto*, Soveria Mannelli (CZ), 2009, 235-252; P. DAVID, *Sui motivi per cui i diritti dei bambini rimangono una sfida*, in V. BELLOTTI - R. RUGGIERO, *Vent'anni di infanzia*, Milano, 2008, 88-93; M. FREEMAN, *Why it remains important to take children's rights seriously?*, in *The international Journal of children's rights*, XV (2007), 5-23; L.L. HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, *El niño y los derechos humanos*, in AA.Vv., *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, 2007, 17-36; C. MCGLYNN, *Families and the European Union*, Cambridge, 2006, 42ss.

2 Cfr. F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 221-222.

dica e criminologica di “*soggetti svantaggiati*” sul piano sociale<sup>3</sup>. Per questo motivo urge, ora più che mai, oltre che una attenzione da parte del Legislatore e delle politiche sociali in tema di infanzia, una nuova cultura che si fondi sul rispetto dell’*altro* inteso come *essere relazionale e complementare* e non come mero strumento di cui servirsi per raggiungere scopi poco leciti, se non addirittura deplorabili.

Obiettivo di questa riflessione è presentare, in sintesi, i principi guida della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale<sup>4</sup> (c.d. *Convenzione di Lanzarote*), adottata nell’omonima Isola spagnola il 12 ottobre del 2007 ed aperta alla firma degli Stati il 25 ottobre dello stesso anno. In seguito saranno indicati i tardivi adattamenti predisposti all’uopo nell’Ordinamento penale italiano, mostrando i progressi e i punti da ritenere meno riusciti nell’ottica di un Diritto penale coerentemente orientato alla difesa dei più piccoli. Infine verranno segnalati alcuni elementi del Diritto penale canonico, anch’esso evolutosi in materia, pur con alcune carenze che *de iure condendo* potrebbero essere oggetto di attenzione nella annunciata revisione del Libro VI del CIC.

## 1. ALCUNI PRINCIPI INNOVATIVI NELLA CONVENZIONE DI LANZAROTE

Rispetto alla protezione dei minorenni contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale dalla Convenzione di Lanzarote emergono chiaramente alcuni principi che è lecito considerare innovativi, quanto meno rispetto alle formulazioni precedentemente esistenti in ambito europeo. Tali novità possono essere enucleate intorno a tre punti principali: la prospettiva generale “relazionale”, con l’annessa maggiore attenzione ai contenuti concreti della protezione dei minori; la valorizzazione del ruolo degli operatori ed, infine, l’approfondimento degli aspetti preventivi e legati all’assistenza. Si avverte, già da ora, che la analisi proposta non verterà sui cinquanta Articoli di cui è composta la Convenzione, bensì prenderà in considerazione alcune tra le modifiche introdotte considerate maggiormente nuove o da un punto di vista sostanziale oppure per la ricadute legate ai cambiamenti avvenuti a seguito della Ratifica da parte dell’Italia.

---

3 Cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza*, Milano, 2001, 257.

4 Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse. Treaty CETS no. 201*, (Lanzarote, 25/10/2007), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/201.htm> > in data 09/08/2013.

### 1.1 La prospettiva “relazionale” e i contenuti della protezione

Una prima indicazione positiva emerge già nella Premessa in cui viene affermato che: «il benessere e l’interesse superiore dei bambini sono valori fondamentali condivisi da tutti gli Stati membri e devono essere promossi senza alcuna discriminazione». Premettendo quindi il termine “benessere” all’“interesse superiore” del fanciullo si è voluto conferire un contenuto e un obiettivo alla discussa ed eccessivamente discrezionale clausola dell’*interesse superiore*<sup>5</sup>. Il concetto di benessere è presente, come è noto, in diversi e significativi passaggi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino del 1989<sup>6</sup>, così come espressamente inserito nel Preambolo della Carta africana sui diritti e il benessere del bambino del 1990<sup>7</sup>. Benessere che, come appare anche ad una prima riflessione, rappresenta il contrario di quel malessere in continuo aumento che è contemporaneamente causa e conseguenza dello sfruttamento e dell’abuso sessuale<sup>8</sup>; spesso, come insegnano numerosi studi di carattere psicologico e criminologico, gli abusanti sono stati, a loro volta, bambini abusati<sup>9</sup>.

- 
- 5 Ho trattato altrove la non facile armonizzazione, in particolare tra le Normative sovranazionali e quelle nazionali, della clausola interpretativa sul concetto di *interesse del minore*; si consenta, in proposito, il rinvio a: M. RIONDINO, *L’evoluzione del concetto di “interesse del minore” nella cultura giuridica europea*, in AA.VV., *Atti del XIII Colloquio giuridico internazionale. La filiazione nella cultura giuridica europea* (Roma, 23-24 Aprile 2008), Città del Vaticano, 2008 (volume della Rivista *Civitas et iustitia*, VI [2008]), 389-411; M. RIONDINO, *Il minore di fronte alla giustizia*, in *Commentarium pro Religiosis et Missionariis*, LXXXVII (2006), 154-155. In merito alle critiche formulate sul concetto in esame, si veda: P. RONFANI, *L’interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del Diritto*, XXIV (1997), 27-54.
- 6 Adottata e aperta alla firma dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989; entrata in vigore il 2 settembre 1990 in base a quanto previsto all’Articolo 49. La Convenzione è stata ratificata dall’Italia il 27 maggio 1991 (cfr. REPUBBLICA ITALIANA, *Legge 27 maggio 1991, n. 176. Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CXXXII [1991], n. 135, 11 giugno 1991, S.O.)
- 7 Adottata dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell’Organizzazione per l’Unità Africana ad Addis Abeba, l’11 luglio 1990, entrata in vigore il 29 novembre 1999 (cfr. ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *African charter on the rights and welfare of the child*, [Addis Abeba, 11 July 1990], in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38c18.html> > in data 09/08/2013).
- 8 Cfr. M. MARZARIO, *La cultura dei bambini nella Convenzione di Lanzarote*, in *Educazione&scuola* (Rivista telematica della scuola e della formazione), XVII (2012), *passim*. Il contributo è consultabile on line all’indirizzo: URL: < [http://www.edscuola.it/archivio/ped/la\\_cultura\\_dei\\_bambini.htm](http://www.edscuola.it/archivio/ped/la_cultura_dei_bambini.htm) > (in data 08/08/2013).
- 9 P. GIULINI, *Il Reato sessuale. Problematica, epidemiologia e principi generali di trattamento*, in P. GIULINI - C.M. XELLA (CURT.), *Buttare la chiave? La sfida del trattamento per gli autori di Reati sessuali*, Milano, 2011, 3-19; F. MONTECCHI, *Dal bambino minaccioso al bambino minacciato. Gli abusi sui bambini e la violenza in famiglia. Prevenzione, rilevamento e trattamento*, Milano, 2005, 36-47; R.K. HANSON - K.E. MORTON - A.J. HARRIS, *Sexual offender recidivism risk: what we know and what we need to know*, in R. PRENTKY - E. JANUS - M. SETO (CURT.), *Understanding and managing sexually*



Rispetto alla Convenzione del 1989, che metteva in evidenza principalmente l'aspetto della promozione, orientato quindi verso una tutela e difesa dei legittimi diritti ed interessi dei fanciulli, o di altri atti di rango internazionale o nazionale, in cui si parla di prevenzione, difesa e garanzia<sup>10</sup>, la Convenzione di Lanzarote, come emerge già dal titolo, punta l'attenzione sulla "protezione"; con tale espressione si intende comprendere tutti gli altri aspetti sopra citati sebbene l'accento venga posto, in via esclusiva, sull'efficacia come dimostrano gli Articoli relativi agli interventi, ai programmi e alle Sanzioni. In realtà l'efficacia dovrebbe orientare ogni intervento a favore dei bambini iniziando proprio dagli interventi educativi, intesi come prima e più importante misura di prevenzione.

Apprezzabile risulta inoltre la sottolineatura e l'ampiezza rivolta al principio di non discriminazione, dell'Art. 2, in cui vi è un richiamo esplicito ad ogni possibile condizione della vittima, tra cui la disabilità, la razza, l'orientamento sessuale e la religione di appartenenza. Ulteriore e significativa menzione è quella relativa all'Art. 3 dove si utilizza il termine "persona" e non "soggetto" o "individuo", affermando che è «bambino qualsiasi persona di età inferiore ai diciotto anni». Non si utilizza l'espressione "essere umano" come nell'Art. 1 della Convenzione di New York<sup>11</sup>; tale segno di evoluzione rappresenta la volontà di includere e rimarcare la dimensione relazionale che appartiene ad ogni essere umano e, segnatamente, ad ogni fanciullo. Il Legislatore europeo ha adottato questa scelta per richiamare la massima attenzione e considerazione giuridico-sociale sulla condizione del bambino, inteso quale soggetto in formazione avente diritto ad una libera ed armonica formazione della propria personalità.

- 
- coercive behaviour*, New York (NY), 2003, 154-166; G. DE LEO - P. PATRIZI, *Psicologia giuridica*, Bologna, 2002, 77-122; R.B. GARTNER, *Relational aftereffects in mahood and boyhood sexual abuse*, in *Journal of contemporary Psychotherapy*, XXIX (1999), 319-353.
- 10 Cfr. M.R. SAULLE, *I diritti del minore nell'Ordinamento internazionale*, in M.R. SAULLE (cur.), *La Convenzione dei diritti del minore e l'Ordinamento italiano*, Napoli, 1994, 13-27; per una sintetica analisi sulla tutela e sulla promozione dei diritti dell'infanzia, si consenta il rinvio a: M. RIONDINO, *La tutela degli interessi del cittadino fanciullo e i suoi diritti soggettivi*, in *Famiglia e Minori* (mensile di documentazione giuridica di "Guida al Diritto-II Sole 24 Ore"), V (2010), 89-90; M. RIONDINO, *Vent'anni di Convenzione fanno più spazio ai diritti del fanciullo*, in *Famiglia e Minori* (mensile di documentazione giuridica di "Guida al Diritto-II Sole 24 Ore"), IV (2009), 83-87.
- 11 Cfr. L. CITARELLA, *L'Articolo 1 della CRC: la definizione di fanciullo*, in L. CITARELLA - C. ZANGHI (curr.), *20° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Il diritto d'ascolto del minore*, Roma, 2009, 86-90; J.E. DOEK, *What does the children's Convention require?*, in *Emory international Law Review*, XX (2006), 199-208.

## 1.2 La valorizzazione degli operatori

Intenso nei contenuti e nella forma risulta altresì l'Art. 5 rubricato "*Assunzione, formazione e istruzione delle persone che lavorano a contatto con i bambini*" (da notare che sul concetto e sui requisiti della formazione richiesta a tutti gli operatori del Diritto che si trovino in contatto con un minore vi è, inoltre, un richiamo esplicito nell'Art. 36); il concetto in esame appare così più esigente rispetto al generico riferimento alla qualificazione professionale, contenuto nell'Art. 3 par. 3 della Convenzione di New York. Le locuzioni "*persone*" e "*lavorare a contatto con i bambini*" pongono di nuovo l'accento sull'aspetto relazionale e quindi anche spirituale ed emotivo dell'operare con i bambini, riecheggiando così il concorso al progresso materiale e spirituale della società, di cui i bambini sono veri ed autentici protagonisti. Nel citato Articolo della Convenzione si richiama, inoltre, l'espressione "*sensibilizzazione*" che, come è noto, possiede una connotazione più articolata e profonda rispetto alla semplice informazione.

Oltre alla necessaria ed urgente sensibilizzazione che è obbligo di tutti, l'Art. 6 rubricato "*Educazione dei bambini*" insiste nell'appello odierno all'educazione anche in collaborazione con i genitori (il testo in lingua inglese utilizza l'espressione "*all members of the family*"). Nella rubrica dell'Articolo non si parla di educazione sessuale ma di educazione in senso lato, dove rientra anche l'educazione sessuale intesa come mezzo per raggiungere un graduale ed armonico sviluppo della personalità del soggetto in età evolutiva. La Convenzione rimarca, altresì, che la prima responsabilità nel trasmettere una sana e corretta educazione integrale della persona ricade proprio sulla famiglia la quale rimane la prima e più importante Agenzia educativa e di socializzazione; in particolare si afferma che dovranno essere i genitori ad avvertire i bambini circa i rischi di abuso, sul piano fisico e psicologico, a cui potranno andare incontro. Un doveroso riferimento emerge, nelle ultime righe dell'Art. 6, sul tema dei mezzi di comunicazione i quali, se utilizzati impropriamente, possono essere nocivi per il bambino e creare situazioni rischiose per la sua incolumità e per il suo armonico sviluppo.

Ulteriore concetto da rimarcare è l'espressa inclusione dei bambini come operatori: ciò in considerazione proprio del ruolo primario e centrale che viene riconosciuto alla figura del fanciullo. In effetti l'Art. 9 si occupa della "*Partecipazione dei bambini, del settore privato, dei media e della società civile*"; il testo risulta però in parte criticabile, in quanto non fa menzione alcuna della famiglia né attribuisce ad essa alcun ruolo principale. Nel par. 1 si stabilisce:

«ciascuna Parte incoraggia la partecipazione dei bambini, secondo il loro stadio di sviluppo, all'elaborazione e all'attuazione delle politiche, dei programmi pubblici o altri attinenti sulla lotta contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali riguardanti bambini».

Questa affermazione circa la partecipazione dei bambini è in linea con il contenuto presente nel Preambolo della Convenzione di New York del 1989 dove si sancisce: «considerato che occorre preparare appieno il fanciullo ad avere una vita individuale nella società»<sup>12</sup>. In realtà lo sfruttamento e l'abuso sessuale sono da considerarsi tra gli ostacoli che maggiormente limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini<sup>13</sup>, in quanto possono compromettere seriamente il pieno sviluppo della personalità della vittima impedendole di partecipare positivamente alla vita sociale, contribuendo così al suo progresso. La partecipazione, nella sua accezione filosofica, psicologica e giuridica, dovrebbe caratterizzare ogni aspetto della vita del minore e non solo questi casi drammatici.

### 1.3 *Aspetti preventivi e di assistenza*

Circa gli aspetti preventivi la Convenzione di Lanzarote rappresenta un sostanziale ampliamento ed arricchimento. Fondamentale, al riguardo, risulta l'Art. 7 "*Programmi o misure preventive*", dove si afferma:

«ciascuna Parte provvede affinché le persone che temono di poter commettere un Reato determinato ai sensi della presente Convenzione possano accedere, se del caso, a programmi o interventi efficaci per valutare e prevenire i rischi della messa in atto».

Se da un lato questo Articolo detiene una portata innovativa per l'elevata prevenzione ed attenzione rivolta ad ogni persona, in modo particolare anche nei confronti del potenziale reo, dall'altro risulta discutibile sul piano della sua efficacia, in quanto richiederebbe una autodenuncia delle persone inte-

---

12 Cfr. A.C. MORO, *Per una più compiuta tutela dei minori*, in AA.VV., *Politiche per l'infanzia e la famiglia*, Padova, 2006, 96-109; A.C. MORO, *I diritti di cittadinanza delle persone di minore età*, in *Minori giustizia*, XIV (2005), 142ss.

13 Libertà ed uguaglianza sono due principi base solennemente sanciti dalla Costituzione italiana (Art. 3) e dalla maggior parte delle costituzioni democratiche; per una disamina in chiave comparatistica, cfr. G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di Diritto pubblico*, Padova, 2001, 61-68; 378-383; 400-419.

ressate e quindi dei potenziali autori di Reato, prima della commissione del crimine a danno di un minore<sup>14</sup>.

Nell'Art. 14 “*Assistenza delle vittime*” si legge che le Parti devono adottare misure legislative necessarie per assistere le vittime assicurando loro percorsi di recupero finalizzati ad una guarigione psicologica e sociale in vista quindi di un sano reinserimento nella società. Tali misure, aggiunge il primo paragrafo dell'Art. 14 dovranno comunque tenere in «debito conto i punti di vista, i bisogni e le preoccupazioni del bambino»; a tale proposito è interessante notare che l'inciso relativo alle preoccupazioni (espressione utilizzata per la prima volta in un testo normativo) invita a tenere conto sempre del parere e dell'opinione del bambino, soprattutto nei casi di separazione e divorzio dei genitori, situazioni in cui i fanciulli possono essere resi vittime della c.d. P.A.S. (=sindrome di alienazione genitoriale), di denunce di falsi casi di violenza o abuso da parte dell'altro genitore o purtroppo di autentici casi di violenza intrafamiliare<sup>15</sup>. In questo e in altri Articoli successivi, specialmente in quelli inseriti nel Capitolo V rubricato “*Programmi e misure di intervento*” si prevede espressamente l'assistenza alle vittime e ai loro parenti, così come il doveroso sostegno morale e psicologico, attraverso il ricorso a personale qualificato, a seguito del trauma subito.

Speciale menzione merita l'Art. 18 che prende in analisi, in forma congiunta, gli aspetti preventivi ed assistenziali. I suoi contenuti presuppongono la convinzione che la migliore forma di prevenzione dai pericoli che gravano sui minori sia l'instaurazione con loro di relazioni sane e non di situazioni in cui la presunta superiorità dei genitori o degli educatori si trasformi in obblighi, in capo ai bambini, di sottostare a minacce o violenze; infatti, la comunicazione aperta con i più piccoli è il segno più tangibile di una relazione costruttiva e leale con loro. La Convenzione quindi stabilisce quanto sia urgente ed essenziale prevenire contro l'utilizzo negativo di tali relazioni specifiche considerando come fattispecie criminale l'«abuso di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul bambino, anche all'interno della famiglia»; si deve avvertire che in generale, ma ancor più in materia di relazioni sessuali, l'era del progresso tecnologico non sempre rappresenta un

14 Cfr. M. MARZARIO, *La cultura, passim*

15 Cfr. E. CAFFO - G.B. CAMERINI - G. FLORIT, *Criteri di valutazione nell'abuso all'infanzia. Elementi clinici e forensi*, Milano, 2004, 31-45. Sulla differenza tra abuso in famiglia e pedofilia, cfr. G. CAMPANATO, *Conflitto coniugale ed infanzia abusata. Limiti della potestà genitoriale ed affidamento dei minori quali forme di tutela urgente*, in G. CAMPANATO - V. ROSSI - S. ROSSI (curr.), *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2005, 206-217.

avanzamento nella comunicazione interpersonale autentica. La prima e fondamentale forma di prevenzione dallo sfruttamento e abuso sessuale dei bambini è, dunque, curare la relazionalità, aspetto forse lievemente disatteso dalla Convenzione di Lanzarote.

Degni inoltre di nota sono due tra i dodici Articoli inseriti nel Capitolo VI sul Diritto penale materiale; il primo è l'Art. 22 rubricato "*corruzione di bambini*" e il successivo (Art. 23) rubricato "*Adescamento di bambini a scopi sessuali*". L'Art. 22, nella sua formulazione, considera Reato il solo fatto di obbligare un soggetto (che non abbia raggiunto l'età fissata a norma dell'Art. 18) ad assistere ad abusi sessuali o ad attività sessuali. La Convenzione lascia alla interpretazione delle Parti la possibilità di limitare e di circoscrivere le modalità relative all'espressione "*causing*" e cioè alla intenzionalità da parte di un adulto di far assistere ad un minore, per fini sessuali, a pratiche erotiche; tali modalità però non possono non comprendere l'uso della forza, o della coercizione psicologica o attraverso promesse avvalendosi, in taluni casi, di situazioni economiche e sociali di grave disagio in cui il minore si trovi a vivere. La *ratio* della Norma in esame non intende riferirsi ad una partecipazione attiva a dette pratiche da parte del fanciullo, bensì alla sola assistenza.

L'Art. 23 si occupa di una fattispecie delittuosa che in seguito analizzeremo, così come è presente nella modifica al Codice di rito, avvenuta in seguito alla Ratifica da parte dell'Italia. Valga solo ricordare che il suddetto Articolo introduce una nuova forma di illecito criminale non presente in nessun Trattato internazionale anteriore. Come già abbiamo affermato in precedenza, nell'era tecnologica in cui viviamo l'uso dei mezzi di comunicazione è alla portata di tutti, anche dei minori<sup>16</sup> e la forza di tali mezzi ha prodotto repentini cambiamenti sulla condizione sociale e personale degli uomini, facendo leva su di ogni settore della vita individuale e collettiva<sup>17</sup>. L'idea alla base della fattispecie in esame, così come risulta dalla formulazione letterale, coincide con la necessità di punire chiunque proponga *intenzionalmente* (servendosi dei mezzi informatici) incontri di natura sessuale. L'introduzione di questo Articolo si è resa necessaria a seguito del costante e drammatico aumento di

---

16 Sugli orientamenti europei finalizzati ad una comune strategia per tutelare i minori dall'uso improprio dei mezzi di comunicazione, si veda: C. NOTARSTEFANO, *Orientamenti giuridico-istituzionali dell'Unione Europea in tema di diritti dei minori ed uso consapevole di internet e delle tecnologie on-line*, in G. DAMMACCO (cur.), *Tutela giuridica del minore e uso consapevole di internet*, Bari, 2008, 13-32.

17 Cfr. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 12-13.

situazioni in cui soggetti adulti adescavano minori attraverso il WEB, promettendo loro favori di varia natura, non esclusa quella economica.

#### 1.4 *Ulteriori aggiornamenti della Normativa europea*

Occorre da ultimo segnalare che, al fine di aggiornare anche la Normativa dell'Unione su questi temi, la Commissione Europea ha presentato, in data 29 marzo 2010, oggetto peraltro anche di discussione e confronto nel *Sesto forum europeo sui diritti del bambino*, celebratosi a Bruxelles nel mese di novembre del 2011 a cui ho avuto il privilegio di prendere parte, una *proposta di Direttiva* relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, nell'intento di modificare la Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile approvata dal Consiglio il 22 dicembre del 2003, discussa dal Consiglio dell'UE nella riunione del 2 dicembre 2012.

La proposta intende introdurre disposizioni ancora più stringenti di quelle previste dalla Convenzione di Lanzarote con specifico riguardo, tra l'altro, al contrasto delle attività che promuovono ed invitano a pratiche che possano favorire l'abuso e il *turismo sessuale* a danno di minori, all'entità delle Sanzioni, all'assistenza legale gratuita per le vittime, alla definizione delle figure di Reato, anche nelle nuove forme che si avvalgono di strumenti informatici, all'introduzione di meccanismi che impediscano l'accesso alle pagine WEB contenenti materiale pedopornografico.

## 2. LE MODIFICHE INTRODOTTE NELL'ORDINAMENTO PENALE ITALIANO (LEGGE DI RATIFICA N. 172 DEL 2012)

Dopo più di quattro anni di discussioni e votazioni (che hanno investito i due rami del Parlamento) il Senato approva alla unanimità con 261 voti favorevoli il Decreto Legge di Ratifica della *Convenzione di Lanzarote* la quale non rappresenta solo una *pietra miliare* e un punto di approdo in materia di Reati sessuali a danno dei minori ma, come abbiamo già indicato, cristallizza alcuni principi validi per tutto il Diritto dei minori e la cultura sulla protezione dell'infanzia e dell'adolescenza.

Nell'analizzare le modifiche che la Legge n. 172 del 1 ottobre del 2012 (entrata in vigore il 23 ottobre del 2012) ha introdotto, bisogna avvertire preli-

minarmente che queste ultime hanno tre tipi di ricadute. Infatti, tra le disposizioni di adeguamento dell'Ordinamento interno alla Convenzione di Lanzarote, alcune modifiche incidono direttamente sul Codice penale, altre sul Codice di Procedura penale ed altre sulla Legge sull'Ordinamento penitenziario del 1975.

Nelle riflessioni che seguono concentreremo la nostra attenzione esclusivamente sulle incidenze dell'intervento legislativo in ambito penale. Ci limitiamo ad indicare che, sul fronte del *sistema processuale penale*, la *ratio* delle nuove Norme è improntata verso un principio generale di maggiore protezione della vittima: si vuole assicurare un'adeguata tutela dei diritti del minore, sia come soggetto offeso che come testimone, garantendogli anche una assistenza psicologica durante i colloqui che si svolgono qualora venga chiamato a rendere dichiarazioni. Nell'ambito, invece, dell'*Ordinamento penitenziario*, le nuove disposizioni mirano a realizzare programmi e misure di intervento per i soggetti detenuti o internati (negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari) per Delitti sessuali in danno di minori, prevedendo la possibilità di un trattamento psicologico individualizzato, la partecipazione al quale è valutata oculatamente dalla Magistratura di sorveglianza ai fini della concessione di taluni benefici penitenziari<sup>18</sup>.

## 2.1 Art. 414-bis: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia

La L. n. 172/2012 introduce, come si è detto in apertura, una nuova fattispecie penale, inserendo nel Codice di rito l'Art. 414-bis del Codice penale<sup>19</sup>, che sanziona chiunque istighi pubblicamente a commettere un Reato sessuale a danno di minorenni o chi ne faccia l'apologia. Con questa nuova previsione normativa il Legislatore arricchisce ulteriormente il catalogo delle Norme penali che sanzionano il comportamento di istigazione a violare le leggi o l'apologia della disobbedienza della Legge, che si compone anche della Norma generale dell'Art. 414 C.p., dove si sanziona chiunque istighi pubblicamente a commettere Reato o provochi pubblicamente l'apologia del Delitto<sup>20</sup>.

18 Sul divieto di concedere taluni benefici, ex Art. 4-bis o.p., così come ripetutamente modificato e fino alla recente Legge n. 94/2009, rientrano altresì coloro che sono stati condannati a seguito di Reati i violenza sessuale. Per ulteriori approfondimenti sulla Normativa penitenziaria anteriore alle modifiche introdotte dalla Ratifica della Convenzione, si veda: L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di Diritto penitenziario*, 3 ed., Milano, 2011, 228-232; 240-241.

19 Codice penale italiano, abbreviato in seguito con: "C.p."

20 Cfr. C. RUSSO, *L'abuso sui minori dopo la Convenzione di Lanzarote*, Milano, 2012, 7.

Con la Novella in esame il Legislatore ha inteso provvedere ad inserire all'interno del Codice penale una speciale fattispecie mirata a sanzionare l'istigazione pubblica a commettere Delitti sessuali a danno di minorenni. Per cogliere gli elementi innovativi è necessario analizzare accuratamente i contenuti in relazione alla Norma generale, già in vigore prima della modifica apportata a seguito della Ratifica della Convenzione oggetto di riflessione. In effetti, questa nuova previsione speciale di istigazione o apologia di Reato possiede una struttura pressoché identica a quella della previsione generale presente nell'Art. 414 C.p., che già punisce chi istiga pubblicamente alla commissione di un Reato (comma 1) o compie l'apologia di un Delitto (comma 3).

Si potrebbe pensare che l'elemento che contraddistingue il nuovo Reato di cui all'Art. 414-*bis* C.p. risieda nell'introduzione dell'inciso secondo cui l'istigazione (che costituisce il Delitto) può avvenire «con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione». Si deve tenere presente però che ogni istigazione o apologia del Delitto, indipendentemente dal suo oggetto o contenuto, rientra tra i c.d. Reati di condotta avente forma libera, per cui suscettibili di essere realizzati con *ogni mezzo e forma* di espressione. In tale senso, se questa fosse la novità introdotta dal Legislatore, si potrebbe ritenere superflua, essendo tale ogni specificazione sulla forma di commissione dei Reati di condotta a forma libera<sup>21</sup>.

Risulta condivisibile la tesi secondo cui la vera novità risieda nell'aver introdotto un nuovo elemento che incide nella struttura della nuova Norma incriminatrice: il fatto cioè che quando questo venga contestato all'autore del Reato egli «non possa invocare a propria scusa ragioni di carattere artistico, letterario, storico o di costume», regola che non esiste nella Norma generale dell'Art. 414 C.p. La Norma merita apprezzamento in quanto volta a prendere in considerazione, probabilmente, una certa tendenza intellettuale che, pur non arrivando a giustificare tale tipologia di crimini in danno a minorenni, riesce comunque a presentarli con giudizi di valore sfumati, mediante il riferimento a precedenti storici o letterari presenti, in particolare, nella cultura occidentale<sup>22</sup>.

Nella teoria del Reato questa insolita, ma più che opportuna Norma del comma 3 dell'Art. 414-*bis* C.p., deve essere collocata nella disciplina del-

---

21 *Ivi*, 8.

22 *Ivi*, 9.



le *cause di giustificazione* o *scriminanti*<sup>23</sup>, perché riduce la possibilità di utilizzare la scriminante dell'esercizio di un diritto prevista in termini generali dall'Art. 51 C.p.<sup>24</sup> L'esercizio del diritto ex Art. 51 C.p. che verrebbe ridotto dalla Norma in esame è naturalmente il diritto di libera manifestazione del pensiero. In un Diritto penale che intende puntare al rispetto dei valori penalmente protetti confidando nella libera adesione ad essi, questa apparente riduzione della libertà individuale deve essere intesa e valorizzata come misura che rende la stessa libertà più autentica e meno astratta, ponendo al centro la difesa della libertà dei più piccoli rispetto a condotte che la offendono gravemente e ne deturpano la dignità.

La Norma presente nel comma 3 dell'Art. 414-*bis* C.p. puntualizzerebbe, pertanto, il contenuto del diritto di manifestazione del pensiero, escludendo dallo stesso il diritto di suscitare consensi sulle pratiche di pedofilia e di pedopornografia per ragioni di tipo storico, artistico o letterario, regola che invece non esiste per la Norma generale dell'Art. 414 C.p. In realtà, la insolita Norma dell'Art. 414-*bis*, comma 3, non dovrebbe incidere sulla struttura del Reato e restringere concretamente la possibilità di utilizzare la scriminante dell'esercizio del diritto di libertà di manifestazione del pensiero<sup>25</sup>.

Il difficile bilanciamento tra i Reati di istigazione pubblica ed apologia e l'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero, infatti, è stato risolto dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 65 del 1970<sup>26</sup>, che ha riempito di contenuto l'istigazione pubblica e l'apologia, sostenendo che queste due condotte sono costituzionali solo nel caso in cui si interpretino come Reati di pericolo concreto, e non come Reati di pericolo presunto<sup>27</sup>. Secondo la Giurisprudenza costituzionale e di legittimità, interpretata in questo modo l'oggettività di tali Reati, l'istigazione pubblica e l'apologia resistono all'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero, perché l'aver aumentato il rischio che si verificano violazioni alla Legge penale per effetto della forza suggesti-

---

23 Sul fondamento sostanziale e sulla sistematica delle cause di giustificazione, si veda: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 6 ed., Bologna, 2010, 257-264.

24 *Ivi*, 271-272.

25 Cfr. C. Russo, *L'abuso sui minori*, 9-10.

26 Consultabile presso il sito WEB non istituzionale: "Consulta on-line" (periodico telematico, ISSN 1971-9892) all'URL: < <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0065s-70.html> > (in data 09/08/2013).

27 Per una analisi sulla distinzione, tradizionalmente operata, tra i Reati di pericolo concreto o effettivo ed i Reati di pericolo presunto o astratto, si veda: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 202-209 (con la bibliografia *ivi* citata).

va di un discorso che incita o giustifica comportamenti penalmente illeciti non è scriminabile dalla libertà di manifestazione del pensiero<sup>28</sup>.

Gli ulteriori tratti del nuovo Reato sono i medesimi del Reato generale di cui all'Art. 414, posto che la Pena massima è la stessa e che la Novella non introduce disposizioni processuali derogatorie rispetto al regime generale. Deve essere evidenziato che a differenza della totalità dei Reati contemplati dalla Novella oggetto della nostra riflessione, quello dell'Art. 414-*bis* C.p. non beneficia del raddoppio dei termini di Prescrizione previsto dall'Art. 4, comma I, della stessa, non essendo stato ricompreso tra i Reati per i quali è dettata tale regola. La Prescrizione del Reato in esame maturerà ordinariamente in sei anni, che possono aumentare fino ad un massimo di sette anni e sei mesi per effetto degli atti interruttivi.

## 2.2 Art. 609-*undecies*: *adescamento di minorenni*

Attraverso l'Art. 609-*undecies* si è introdotto il nuovo Reato di *adescamenti di minorenni* il quale consiste «in ogni comportamento volto a carpire la fiducia del minore degli anni sedici, finalizzato alla commissione di Reati di pedofilia e di pedopornografia, nonché alla riduzione in schiavitù dello stesso». Nel caso di specie si tratta di una Norma che viene introdotta dal Legislatore italiano sulla scorta della Raccomandazione del Parlamento Europeo al Consiglio e agli Stati membri sulla lotta allo sfruttamento sessuale dei bambini e alla pornografia infantile del 3 febbraio 2009, della stessa Convenzione di Lanzarote, nonché di precedenti legislazioni estere. Nel Regno Unito, in Australia, in Canada, ed in alcuni stati americani sono state introdotte, già da alcuni anni, Norme che sanzionano come Reato ogni condotta finalizzata ad organizzare un incontro con un minore al fine di abusarne sessualmente, così come il mero fatto di instaurare una comunicazione al fine di sedurre un bambino per poi intraprendere con quest'ultimo pratiche erotiche di qualsivoglia natura.

Ci troviamo quindi di fronte ad una anticipazione della tutela la quale, con lo scopo di tenere il più distante possibile il soggetto attivo del Reato dal minore, sanziona anche il semplice contatto dell'autore del Reato con il bambino, naturalmente nel caso in cui il semplice contatto sia finalizzato alla commissione di Reati sessuali in danno di minori. L'anticipazione della soglia di

---

28 C. Russo, *L'Abuso sui minori*, 10.

tutela a comportamenti che potrebbero di per sé trovarsi ancora al di sotto della soglia del tentativo punibile, perché ancora troppo lontani dalla possibilità di offendere o mettere in pericolo la libera determinazione della sfera sessuale del minore, si giustifica oltre che per la particolare importanza assegnata dal Legislatore all'interesse giuridicamente tutelato, anche per la natura insidiosa della condotta che viene sanzionata<sup>29</sup>. Il comportamento assunto in modo subdolo e finalizzato a carpire la fiducia del minore degli anni sedici consiste nell'*indebolire volutamente* la volontà del minore inducendolo in modo graduale a superare le resistenze al prestarsi alla realizzazione del Reato di pedofilia e pedopornografia, il quale costituisce il fine ultimo ed ignobile dell'agente.

Il Legislatore ha descritto l'adescamento come un Reato a condotta libera, caratterizzato da un doppio dolo specifico. Se si analizza, infatti, il primo paragrafo dell'Art. 609 *undecies* C.p. si ricava che la condotta attiva consiste nell'adescare, mentre l'elemento soggettivo si caratterizza per un dolo specifico finalizzato alla commissione dei Reati di pedofilia e pedopornografia. Prendendo successivamente in esame il secondo paragrafo, in cui viene esplicitamente fornita la definizione normativa di adescamento, si nota come esso consista in «qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce». Infine, se si analizzano entrambi i paragrafi in combinato disposto appare chiaro che il Reato in oggetto consista nel compiere *qualsiasi atto*, volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce, al fine di commettere i Reati di pedofilia e pedopornografia. Si può quindi affermare che, stante il dettato normativo, vi è una condotta libera che si identifica con l'espressione “*qualsiasi atto*” ed un doppio dolo specifico (la finalità di carpire la fiducia del minore, a sua volta finalizzata a commettere in suo danno i Reati di pedofilia e pedopornografia).

Da questo punto di vista, la definizione normativa di *adescamento* contenuta nel secondo periodo serve per trasferire la captazione della fiducia del minore da evento del Reato a dolo specifico dello stesso<sup>30</sup>. La mera indicazione quale elemento oggettivo del Reato dell'adescare contenuta nel primo periodo, dato il significato comunemente attribuito all'espressione “*adescare*”, sarebbe stata compatibile anche con un Reato di evento in cui l'acquisizione della fiducia del minore è elemento costitutivo del Reato, senza la quale può esservi al massimo un mero tentativo. Al contrario, la specificazione del secondo paragrafo, secondo cui l'adescamento consiste nel comportamento

---

29 *Ivi*, 17-18.

30 *Ivi*, 18.

volto all'acquisizione della fiducia, risulta finalizzata a chiarire che in realtà il Reato prospettato nell'Art. 609-*undecies* C.p. è un Reato di mera condotta, mentre l'acquisizione della fiducia non è altro che il dolo specifico esterno all'elemento oggettivo del Reato.

Il Legislatore ha inteso quindi limitare la nuova fattispecie penale esclusivamente al caso in cui si adeschi un minore degli anni sedici, escludendo in tale modo le persone offese tra i sedici ed i diciotto anni<sup>31</sup>. La decisione è connessa alla minore influenzabilità dei minori che hanno già compiuto gli anni sedici, pur se contiene tratti discutibili anche sotto questo profilo, perché se è vero che un sedicenne o un diciassettenne hanno una formazione psicologica più completa ed esperienze di vita maggiori che li rendono meno deboli degli infrasedicenni, è anche vero, però, che il soggetto attivo dell'adescamento è comunque una persona più adulta, rispetto alla quale sussiste una differenza generazionale, di formazione psichica e di esperienze di vita, e dal cui contatto i minorenni meritavano una maggiore tutela. La scelta di limitare la fattispecie di adescamento ai soli minori degli anni sedici è discutibile anche sul piano strettamente tecnico-giuridico, posto che la maggior parte dei "Reati fine"<sup>32</sup> individuati dalla Norma (ovvero, tutti tranne quelli previsti negli artt. 609-*quater* e 609-*quinquies* C.p.) si può commettere in danno di un minorenne di qualsiasi età.

Dal lato opposto, la scelta di impostare la fattispecie di adescamento sul minore degli anni sedici è discutibile anche per i Reati di corruzione di minorenne previsti nell'Art. 609-*quinquies* C.p. e di atti sessuali con minorenne ex Art. 609-*quater* C.p. che sono formulati, nella loro struttura, in modo da sanzionare solo il fatto commesso in danno al minore degli anni quattordici<sup>33</sup>. Ne consegue, quindi, che per essi si pone il problema dell'adescamento dell'infrasedicenne che abbia però già compiuto i quattordici anni. Se, infatti, un soggetto corrompe sessualmente con l'intento di compiere atti sessuali con un quattordicenne o un quindicenne non commette Reato; ne consegue, quindi, che non può esservi adescamento di un quattordicenne o un quindicenne finalizzato a compiere atti sessuali con lui oppure a corromperlo sessualmente perché non può essere ritenuto integrato il Reato fine dell'adescamento (si

---

31 *Ivi*, 19.

32 Nell'ambito penale s'indica come "Reato fine" (distinto dal "Reato mezzo") quel Reato posto quale obiettivo, scopo o oggetto di un altro Reato, come accade normalmente -p.es.- per i Reati cui è finalizzata l'associazione a delinquere (costituente Reato in se stessa).

33 Cfr. M. BERTOLINO, *Il minorenne vittima di Reato*, 2 ed., Torino, 2008, 85-100.

tratterebbe a questo punto di adescamento finalizzato a compiere un comportamento lecito, quale è l'aver rapporti sessuali con un ultraquattordicenne consenziente). A questo punto, però, si pone l'ulteriore problema determinato dal fatto che nel caso in esame la differenza tra comportamento lecito (adescare un ultraquattordicenne minore degli anni sedici per avere con lui rapporti sessuali consenzienti) e comportamento illecito (adescare un ultraquattordicenne minore degli anni sedici per avere con lui rapporti sessuali non consenzienti, che naturalmente costituisce Reato di cui all'Art. 609-*bis*, che rientra nel catalogo dei Reati fine dell'adescamento citati dalla Norma) consisterebbe non in un elemento materiale della condotta ma nel mero dolo specifico (che nel primo caso è la finalità, una volta adescato il minore, di avere soltanto rapporti consenzienti con questi, e nell'altro di avere rapporti anche non consenzienti)<sup>34</sup>.

La incertezza interpretativa, che nasce dalla difficoltà della prova di un atteggiamento soggettivo che risiede solo nella *disturbata* personalità dell'adescatore, consiste nel chiedersi se possa essere ritenuto comunque Reato anche l'adescamento finalizzato ad avere rapporti sessuali consenzienti, sul presupposto che non costituisce imprevedibile sviluppo dell'azione criminosa il fatto che, una volta verificatosi il contatto ed il minore abbia opposto resistenza al rapporto sessuale, il proposito di avere rapporti consenzienti si sia trasformato in quello di aver rapporti sessuali anche dissenzienti.

L'aver progettato un rapporto sessuale con un soggetto debole quale è il minore, l'aver cercato di procurarsi l'occasione adescando il minore, l'essersi recato all'incontro con il minore con la specifica finalità di portare a termine il proposito di avere rapporti sessuali con lui, sarebbero tutti chiari indici della dinamica comportamentale di non tenere in alcun conto della volontà del minore di acconsentire al rapporto sessuale, e dovrebbero dunque deporre nel senso della possibilità di comprendere nel dolo specifico dell'adescamento anche la finalità di avere rapporti sessuali dissenzienti.

### 3. ASPETTI DI DIRITTO PENALE CANONICO

In materia di protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, in seguito alla Convenzione di Lanzarote, sono degni di essere presi in

---

34 Cfr. C. Russo, *L'abuso sui minori*, 20.

considerazione alcuni aspetti del Diritto penale canonico. In merito alle finalità specifiche delle Sanzioni canoniche (emendamento del reo, ristabilimento della giustizia e riparazione dello scandalo, ex Can. 1341 CIC) e all'esistenza di una potestà coattiva nella Chiesa (a norma del Can. 1311) l'attenzione non può essere ridotta esclusivamente ad una costituzione espressa di nuove fattispecie delittuose dovendo, invece, essere rivolta a quanto possa incidere positivamente nella salvaguardia dei valori di fondo sui quali la Convenzione di Lanzarote rappresenta un progresso dal punto di vista tecnico-giuridico.

Così, rispetto alla maggiore cautela circa la necessaria integrazione dei Reati di pericolo in materia di Delitti sessuali coinvolgenti i minori, la tutela anticipata dei beni in gioco e le circostanze aggravanti derivanti dai rapporti specifici di fiducia, autorità ed influenza verso i minorenni, sono degni di essere menzionati, a mio avviso, tre interventi significativi nella sfera canonica, avvenuti dopo il 2007<sup>35</sup>.

### 3.1 *La Lettera ai Cattolici d'Irlanda*

Il primo degli interventi che meritano una particolare attenzione è la *Lettera pastorale ai Cattolici d'Irlanda*<sup>36</sup>, indirizzata da Benedetto XVI alla Chiesa irlandese il 19 marzo del 2010; già dalle prime righe l'attuale Pontefice emerito sottolinea come la decisione di scrivere tale documento derivi dal desiderio di «esprimere la mia vicinanza a voi [...] per proporvi un cammino

---

35 Volutamente si è inteso tralasciare il lungo cammino della Chiesa volto a tutelare i minori, così come quello finalizzato alla repressione dei crimini sessuali a danno di soggetti minorenni. Valga solo rammentare che già nella Istruzione *Crimen Sollicitationis* del 1962 (cfr. SUPREMA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in Causis sollicitationis: Crimen Sollicitationis*, Città del Vaticano, 1962), con cui si affidava alla competenza del Sant'Uffizio la riserva per le Sanzioni canoniche del Delitto di *Sollicitatio ad turpia* e quelle relative ai casi di pedofilia, tali Delitti erano definiti pessimi e dai connotati molto gravi. L'Istruzione in esame aveva lo scopo principale di indicare la Procedura da adottare nella punizione dei Delitti in questione, così come disciplinati nel *Codex* del 1917. Per ulteriori approfondimenti, cfr. D. CITO, *Il Diritto canonico di fronte ai Reati, in particolare di fronte agli abusi sui minori*, in *Iustitia*, LXIII (2010), 253-263; per una sintesi storica sui principali documenti ecclesiali in tema di abuso sessuali sui minori, cfr. D. SALVATORI, *La riserva di alcuni Delitti alla Congregazione per la Dottrina della Fede e la nozione di Delicta graviora*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 25 (2012), 260-280; CH.J. SCICLUNA, *Sexual abuse of children and young people by catholic priests and religious: description of the problem from a Church perspective*, in R. KARL HANSON - F. PFAFFLIN - M. LUTZ (curr.), *Sexual Abuse in the Catholic Church. Scientific and legal perspectives*, Città del Vaticano, 2004, 13-22.

36 Il testo integrale è reperibile, anche nella traduzione in diverse lingue, accedendo al sito della Santa Sede: URL: < [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/letters/2010/documents/hf\\_ben-xvi\\_let\\_20100319\\_church-ireland\\_it.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/letters/2010/documents/hf_ben-xvi_let_20100319_church-ireland_it.html) > (in data 09/08/2013).

di guarigione, di rinnovamento e di riparazione» (n. 2). La *Lettera*, infatti, rappresenta un passo in avanti sia per i richiami espliciti alle Gerarchie ecclesiali, in particolare verso coloro che hanno responsabilità di governo di una *porzione del Popolo di Dio*, sia per il richiamo alla responsabilità ed alla purificazione delle coscienze che Benedetto XVI rivolge a tutti i fedeli. Fin dalle prime riflessioni del Pontefice si afferma come l'errore da imputare ad una *leadership*, venuta meno gradualmente negli anni, sia quello di avere mal interpretato il rinnovamento conciliare, in tema di Sanzioni ecclesiastiche e di finalità pastorale dell'intero sistema penale della Chiesa. La tentazione che più volte si è prospettata, come è noto, è stata infatti quella di evitare qualsiasi tipo di «approccio penalistico nei confronti di situazioni canoniche irregolari» (n. 4). Ciò non significa, a mio avviso, un richiamo alla logica retributiva come finalità principale o addirittura unica della Pena, bensì un accorato appello all'utilizzo delle modalità sanzionatorie canoniche sempre permeate da spirito di *carità* e, segnatamente, anche all'ausilio dei Rimedi penali e delle Penitenze (ex Can. 1312 CIC), in particolare nell'affrontare vicende umane frutto spesso di gravi patologie comportamentali.

Ulteriore errore commesso negli anni è stato quello, sempre a carico di coloro che avevano responsabilità più dirette e di governo, di avere confuso un genuino interesse (attitudine che è peculiare di ogni Ministro ordinato che svolga il proprio apostolato con i giovani) verso gli adolescenti e verso la loro armonica crescita con una attenzione morbosa e spasmodica verso di loro; molte volte infatti si è prestata scarsa attenzione all'importanza delle relazioni personali ed affettive da parte dei chierici le quali se vissute in modo arido o addirittura inesistente possono portare alla assunzione di comportamenti devianti nella sfera personale<sup>37</sup>. Nella maggioranza dei casi le attenzioni eccessive rivolte ai minori sfociavano in comportamenti delittuosi inquadrabili nell'ambito della efebofilia, cioè nell'avere rapporti sessuali con soggetti post-puberi e quindi di una età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni;

---

37 Per approfondimenti sul piano psicologico e relazionale, con una analisi sui fattori comportamentali che possono avere influito nella commissione di Delitti sessuali a danno di minori, cfr. G. CUCCI - H. ZOLLNER, *Chiesa e pedofilia. Una ferita aperta*, Milano, 2010, 15-38; J. MARTIN, *Come è stato possibile? Per una analisi dello scandalo degli abusi sessuali nella Chiesa cattolica*, in M. FRAWLEY O'DEA - V. GOLDNER (CURR.), *Atti impuri. La piaga dell'abuso sessuale nella Chiesa cattolica*, Milano, 2009, 161-169; T.P. DOYLE, *Clericalismo e abuso sessuale*, in M. FRAWLEY O'DEA - V. GOLDNER (CURR.), *Atti impuri*, 171-190, dove l'autore, sacerdote americano, terapeuta e perito che è intervenuto in molti casi di abuso, parla di "narcisismo clericale" (p. 179) come di una causa di devianza comportamentale e sessuale da parte di molti sacerdoti colpevoli di violenza sessuale su minorenni; T.P. DOYLE, *Roman catholic clericalism, religious duress, and clergy sexual abuse*, in *Pastoral Psychology*, LII (2003), 189-231.



l'assunzione libera e consapevole di atti con soggetti di minore età ma al di sopra dei quattordici anni non configurerebbe, secondo alcuni studiosi<sup>38</sup>, di per sé una vera e propria patologia.

Ulteriore segno di evoluzione e di innovazione è stato quello di favorire un serio impegno prospettato da una collaborazione leale tra le Autorità civili e quelle ecclesiastiche nel combattere la dolorosa piaga degli abusi sui fanciulli, monito peraltro già espresso da Giovanni Paolo II nel discorso pronunciato il 23 aprile del 2002, in occasione della riunione interdicasteriale con i Cardinali americani<sup>39</sup>. La *Lettera* sottolinea, altresì, gli sforzi posti in essere per limitare i danni provocati dagli abusi sui bambini ed invita tutti coloro che hanno responsabilità dirette a mettere «pienamente in atto le Norme del Diritto canonico» (n. 11) esistenti in tema di crimini sessuali a danno di soggetti minorenni. Riassumendo si potrebbe affermare quindi che la rigorosa e corretta applicazione della Normativa canonica, unitamente alla collaborazione con le Autorità civili preposte sono gli strumenti giuridici e pastorali da prediligere nel caso in cui ci si trovi di fronte alla commissione di crimini sessuali a danno di minori; tali concetti sono ribaditi altresì da Benedetto XVI nell'incontro privato con alcune vittime di abusi, svoltosi nell'isola di Malta il 18 aprile dello stesso anno. Stabilire la *verità* ed adottare le *misure necessarie* affinché non si ripetano i tragici comportamenti passati ed assicurare il reale utilizzo dei principi di *giustizia* presenti nella Normativa canonica, con una speciale attenzione verso gli interessi legittimi delle *vittime*<sup>40</sup>, favorirà un impegno della Chiesa nel tutelare i più piccoli, nel solco dell'insegnamento evangelico che li definisce *prediletti* (Mt 18, 3-4).

In tema di collaborazione con le Autorità civili si deve inoltre riaffermare che la modalità di cooperazione può variare a seconda della Legislazione propria di ogni singolo Stato, così come rammentato dall'allora Promotore di Giustizia della Congregazione per la Dottrina della Fede (di seguito denomi-

---

38 Cfr. G. VERSALDI, *Aspetti psicologici degli abusi sessuali perpetrati da chierici*, in *Periodica*, XCI (2002), 49-61.

39 Giovanni Paolo II utilizzò espressioni molto dure e di totale condanna verso gli abusi sui minorenni affermando: «non c'è posto nel sacerdozio e nella vita religiosa per chi potrebbe fare male ai giovani» (n. 3); cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, in *AAS*, CIII (2011), 407. Da ricordare che la riunione interdicasteriale dei Cardinali americani fu convocata a Roma proprio in seguito allo scandalo scatenato dal *Global Globe* sugli abusi commessi a danno di minori, in particolare da chierici della Diocesi di Washington D.C.

40 Si consenta, in proposito, il rinvio a: M. RIONDINO, *Giustizia riparativa e mediazione nel Diritto penale canonico*, 2 ed., Città del Vaticano, 2012, 155-156.



nata “CDF”) Charles J. Scicluna il quale afferma come in alcuni Paesi, per esempio la Francia, i Vescovi sono obbligati, qualora venissero a conoscenza al di fuori del sigillo sacramentale di crimini sessuali commessi da chierici a danno di minori, a denunciare questi ultimi alla competente Autorità giudiziaria. Il Promotore di Giustizia ribadisce altresì come l’indicazione della CDF sia quella di rispettare la Legge e gli Accordi di cooperazione vigenti tra i diversi Stati e la Chiesa cattolica. Spesso accade, inoltre, che sia lo stesso Dicastero competente (la CDF) a consigliare di adire alle Autorità civili, naturalmente nell’interesse superiore delle vittime e della comunità e nell’ottica di evitare la commissione di *medesimi* Reati o di natura analoga<sup>41</sup>.

### 3.2 La revisione del m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*

Il secondo punto, fedele a quanto prospettato in apertura, è quello relativo alla revisione del m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*<sup>42</sup> sui *Delicta graviora* riservati alla CDF, recante la data del 21 maggio del 2010. Nell’economia della presente riflessione, e per coerenza cronologica rispetto alla Convenzione di Lanzarote del 2007 e alla Ratifica da parte dell’Italia, tralascio le modifiche apportate (nel corso degli anni) al precedente m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*<sup>43</sup> di Giovanni Paolo II del 2001. Valga solo ricordare che, tra i molteplici documenti delle numerose Conferenze episcopali, una particolare menzione merita la *Carta per la protezione dei bambini e dei giovani*, approvata nel 2002 dalla Conferenza episcopale degli USA (di seguito denominata USCCB) e composta da diciassette Articoli dove si evidenzia la priorità pastorale dei Vescovi nel seguire ed accompagnare i sacerdoti incardinati nelle loro Diocesi, a norma del Can. 384 del CIC, e dove si afferma come nel corso degli anni siano stati compiuti numerosi passi in avanti e siano state adottate

41 Per il testo integrale dell’intervista, cfr. URL: < [http://www.vatican.va/resources/resources\\_mon-sci-cluna-2010\\_it.html](http://www.vatican.va/resources/resources_mon-sci-cluna-2010_it.html) > (in data 09/08/2013); per ulteriori approfondimenti cfr., altresì, CH.J. SCI-CLUNA, *Delicta graviora. Ius processuale*, in AA.VV., *Questioni attuali di Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2012, 79-81.

42 CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Normæ: *De gravioribus Delictis*, in *AAS*, CII (2010), 419-434.

43 IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quibus Normæ de gravioribus Delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis promulgantur: *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, in *AAS*, XCIII (2001), 737-739; tra i primi contributi pubblicati, cfr. V. DE PAOLIS, *Norme de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Periodica*, XCI (2002), 273-312; T. BERTONE, *La competenza e la prassi della Congregazione per la Dottrina della Fede. Procedure speciali*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, XI (2001), 25-45. Dal momento che il m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* ha natura principalmente processuale, sono state proprio le Norme procedurali ad essere oggetto negli anni di modifiche al fine di velocizzare i Processi in questione; per ulteriori approfondimenti cfr. D. CITO, *Il Diritto canonico di fronte*, 253-273.

molteplici misure per controllare e limitare, oltre che punire, i crimini sessuali a danno di soggetti minorenni. Da ricordare altresì che la USCCB fu tra le prime Conferenze episcopali ad impegnarsi nella redazione ed approvazione delle *Essential Norms* a livello diocesano ed eparchiale per trattare le Cause di abusi perpetrati da chierici che, dopo l'approvazione da parte della Sede Apostolica, sono entrate in vigore (limitatamente al territorio degli USA) il 1 marzo del 2003<sup>44</sup>.

Per quanto attiene alle modifiche introdotte nel 2010 il m.p. di Benedetto XVI, che si compone di trentuno Articoli suddivisi in due parti rubricate rispettivamente *Norme sostanziali* e *Norme procedurali*, dopo avere ricordato che i *Delicta graviora* riguardano i Delitti compiuti sia nella celebrazione dei Sacramenti sia quelli compiuti contro i costumi, elenca le fattispecie delittuose suddividendole in quattro gruppi: in primo luogo le quattro condotte illecite poste in essere contro la santità dell'augustissimo Sacramento; in seguito vengono elencate le tre fattispecie delittuose contro la santità del Sacramento della Penitenza per giungere all'unico Delitto tipizzato contro il Sacramento dell'Ordine (l'attentata Ordinazione di una donna) e per concludere, nell'Art. 6, alla fattispecie che, ai nostri fini, è degna di particolare menzione: i *Delitti più gravi contro i costumi*. Stante la Norma in questione ci troviamo di fronte ad una duplice fattispecie criminale: il *Delitto contro il sesto comandamento* del Decalogo commesso da un chierico con un soggetto avente età minore agli anni diciotto, con un innalzamento di due anni rispetto alla precedente Normativa che prevedeva i minori di anni sedici, e *l'acquisizione o la detenzione o la divulgazione*, a fine libidinoso, di materiale pedopornografico in cui sono ritratti o soggetti attivi minori al di sotto dei quattordici anni. La modifica in oggetto si è resa necessaria anche in virtù della considerazione, sempre maggiore, da parte della Chiesa circa i mezzi di comunicazione sociale unitamente al loro utilizzo; infatti, al momento della promulgazione del CIC nel 1983, l'avvento di *internet* era pressoché circoscritto e non oggetto di particolare attenzione da parte della Chiesa. Già da parecchi anni l'utilizzo del WEB è entrato a pieno titolo a fare parte dei nuovi mezzi di frontiera, nonché strumenti

---

44 Il testo ufficiale è consultabile in UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential Norms for diocesan and eparchial policies dealing with allegations of sexual abuse of minors by priests or deacons*, Washington (DC), 2002; per una analisi dettagliata delle *Norme*, cfr. R.H. OLIVER, "Sacramentorum Sanctitatis Tutela": overview and implementation of the Norms concerning more grave Delicts, in AA.VV., *Proceedings of the 65<sup>th</sup> annual Convention of the Canon Law Society of America*, Washington (DC), 2004, 151-172; T.J. GREEN, *Clerical sexual abuse of minors: some canonical reflections*, in *The Jurist*, LXIII (2003), 366-425; W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the penal Process*, 2 ed., Ottawa, 2003, 148-149; 338-360.

privilegiati di comunicazione, all'interno della comunità ecclesiale; il ricorso ad un uso leale e corretto dell'informatica avviene per molteplici finalità ed è oggetto di considerazione positiva da parte del Magistero<sup>45</sup>.

In merito a queste due tipologie di condotte è doveroso fare una precisazione: per quanto concerne l'età del soggetto con cui il chierico ha un rapporto sessuale (diciotto anni), il m.p. equipara al minore anche la persona che manchi abitualmente dell'uso della ragione (Art. 6, n. 1) aumentando, in tale modo, il ventaglio di soggetti che possono risultare vittima di Reato e ampliando il dettato normativo previsto dal precedente m.p. di Giovanni Paolo II. Circa la seconda tipologia, quella relativa alla acquisizione, detenzione o divulgazione di materiale pedopornografico, il m.p. specifica che tali condotte possono porsi in essere in “*qualunque modo e con qualunque strumento*” (Art. 6, n. 2), ampliando anche in questo caso la tipologia con cui l'autore del Delitto sia venuto in possesso di immagini o *videoclip* con soggetti infraquattordicenni<sup>46</sup>.

Da notare che già in seguito alla emanazione del m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* del 2001 vigeva, in seno alla CDF, la prassi di poter considerare Delitto contro i costumi anche le attività di *downloading* contenenti materiale pedopornografico e ciò a riprova di una tutela anticipata di un bene giuridico considerato irrinunciabile; in seguito alla fattispecie criminale introdotta *ex novo* le *Norme* si configurano così più complete e maggiormente finalizzate alla tutela dei minori nonché alla loro dignità.

Altra sottolineatura degna di nota è quella relativa ai termini della Prescrizione<sup>47</sup>; i Delitti canonici, come è noto, si prescrivono generalmente in tre

---

45 Sul valore, sempre crescente, attribuito ai mezzi di comunicazione sociale e, segnatamente, all'uso di *Internet* nel Magistero ecclesiale, cfr. *La Chiesa e internet* (Editoriale), in *La Civiltà cattolica*, 152 (2001-III), 108.

46 Cfr. C. PAPAIE, *I Delitti contro la Morale*, in AA.VV., *Questioni attuali*, 55-65; P. LO IACONO, *La tutela della personalità dei minori nell'Ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi da chierici*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVIII (2009), 1429-1487 (con ampia bibliografia e numerosi riferimenti a Linee Guida di varie Conferenze episcopali). Il Reato di *pornografia minorile* ha subito, anche nell'Ordinamento penale italiano a seguito della riforma introdotta con la L. n. 38 del 2006, un ampliamento delle condotte tipiche finalizzate a tale illecito allo scopo di tutelare anticipatamente la libertà sessuale del minore sanzionando i comportanti che minano il libero sviluppo della personalità del minore; così l'Art. 600-ter, 1 co., C.p. prevede anche la c.d. *pornografia domestica* indipendentemente dalla divulgazione o meno del materiale pornografico. Cfr. M. BERTOLINO, *Il minore vittima*, 123.

47 Per una analisi sulla evoluzione della Prescrizione, dal *Codex* fino al m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* del 2001, cfr. D. CITO, *La Prescrizione in materia penale*, in D. CITO (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005, 209-233.

anni, a norma del Can. 1362 §1, ad eccezione di alcune fattispecie criminali come, per esempio, le due tipologie presenti nel tit. VI del libro VI sui Delitti contro la vita e la libertà umana (Cann. 1397-1398), così come l'attentato matrimonio (anche solo civilmente) da parte di un chierico, secondo il disposto del Can. 1394 §1, nonché la fattispecie, sempre inserita nel tit. V sui Delitti contro gli obblighi speciali, che prende in considerazione il chierico concubinario (Can. 1395 §1) e colui che abbia commesso altri Delitti contro il sesto precetto del Decalogo (§2). L'Art. 7 delle *Norme* prevede che, fatto salvo il diritto della CDF di derogare dai termini della Prescrizione, l'azione criminale relativa ai Delitti riservati si estingua in venti anni: aumentando, in tal modo, ciò che si prevedeva nel m.p. di Giovanni Paolo II in cui la Prescrizione era fissata nel termine di dieci anni. Ulteriore sottolineatura deve essere fatta in tema di calcolo della Prescrizione; il computo del tempo decorre dal giorno in cui il minorenni raggiunge la maggiore età e non dalla data in cui è stato commesso il crimine. Infine la diffusione mediatica che volutamente è stata realizzata, in modo particolare con la scelta di pubblicare *on-line* le *Norme*, manifesta il desiderio di non offuscare o di voler evitare di fuggire da un problema particolarmente insidioso nella vita attuale della Chiesa, bensì favorire una conoscenza piena della Normativa canonica in tema di abusi sui minori, così come i progressi giuridici avvenuti nell'ottica di una tutela anticipata di alcuni beni come quelli inerenti alla persona umana e alla sua dignità.

### 3.3 *La Lettera Circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede*

A distanza di un anno dalla revisione delle *Norme* contenute nel m.p. *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* del 2010 la CDF ha provveduto ad inviare a tutti i Vescovi una *Lettera*<sup>48</sup>, al fine di aiutare le Conferenze episcopali nella predisposizione di linee guida per il trattamento dei chierici che abbiano abusato sessualmente di minorenni; i contenuti della *Lettera* costituiscono, rispetto ai precedenti documenti, una evoluzione in tema di attenzione e di sostegno alle vittime, anche qualora i Delitti commessi dai chierici non siano tipizzati come crimini veri e propri dall'Ordinamento canonico.

Prima di prendere in considerazione i c.d. aspetti generali la *Lettera* si apre con il richiamo alle prime e più importanti responsabilità che ricadono sul Vescovo diocesano, quelle cioè di curare e di mantenere il bene comune

---

48 Cfr. nota n. 39.

di tutti i fedeli e di proteggere, in modo particolare, i bambini ed i giovani invitando gli Ordinari a dare una risposta adeguata nei casi in cui all'interno di una Diocesi vi sia stato un crimine sessuale commesso a danno di minori. Importante notare come si sottolinei che il Vescovo o un suo delegato, a nome della Chiesa, non si esima mai dall'ascoltare le vittime di tali Delitti, così come i loro familiari, a non lasciarli soli e soprattutto ad impegnarsi per una loro assistenza spirituale e psicologica. Si sottolinea inoltre, come già è stato ricordato in precedenza, che il Delitto di abuso sessuale sui minori non sia esclusivamente da annoverarsi tra i Delitti canonici, ma anche tra i Delitti perseguiti dalle Autorità statuali; a tale proposito si raccomanda e si invita ad una leale collaborazione con gli Stati, pur sempre nel rispetto delle proprie competenze. Si precisa altresì che la cooperazione non si deve limitare solo ai casi di abusi commessi da chierici ma anche nei casi in cui vi fossero stati abusi perpetrati da parte di religiosi o personale laico operante all'interno di determinate strutture ecclesiastiche<sup>49</sup>. Si ricorda, inoltre, come le Sanzioni canoniche da applicare ad un chierico riconosciuto colpevole del Reato di abuso sessuale a danno di un minorenne sono di due tipi: le prime riguardano modalità sanzionatorie finalizzate al restringimento del ministero pubblico del chierico o, quantomeno, alla esclusione da contatti con soggetti di minore età per mezzo di un Precetto penale per arrivare, nei casi più gravi, alla Pena massima prevista per un sacerdote che è la dimissione dallo stato clericale. Tale Sanzione, come è noto, non può mai essere comminata, a norma del Can. 1342 CIC, attraverso Decreti penali extragiudiziali. Infine si rammenta come la *previa Investigatio* (ex Can. 1717 CIC e Can. 1468 CCEO) così come l'intero Processo penale debbano essere svolti con il dovuto rispetto proteggendo la riservatezza delle persone coinvolte evitando, in tale modo, di ledere la buona fama altrui; tutelare la buona fama è infatti un principio sancito nel Can. 220 CIC (con formulazione pressoché identica nel Can. 23 CCEO). Risulta infine superfluo ricordare, anche se vi è un esplicito richiamato nella *Lettera*, che il chierico accusato gode della presunzione di innocenza, fino a prova contraria, sebbene il Vescovo possa in via cautelativa limitare l'esercizio ministeriale nell'attesa che le accuse siano chiarite e che si provi la non responsabilità dei crimini imputati al medesimo chierico.

---

49 Sui profili riguardanti doveri ed eventuali responsabilità attribuibili ai Vescovi, così come sui rapporti con la Normativa penale italiana, cfr. il pregevole studio di L. EUSEBI, *Responsabilità morale e giuridica del governo ecclesiale*, in P. GHERRI (cur.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 104; si consenta, inoltre, il rinvio a: M. RIONDINO, *Connessione tra Pena canonica e Pena statale*, in AA.Vv., *Questioni attuali*, 199-225.

Senza dubbio vi è stato uno sforzo notevole, in particolare nel tentativo di uniformare le Normative presenti nelle diverse Conferenze episcopali<sup>50</sup> su di un tema così delicato e non facile da analizzare non solo dal punto di vista giuridico e psicologico ma anche nella sua rilevanza ecclesiale. Ciò nonostante l'auspicio che emerge nelle conclusioni della *Lettera* circa la necessità di armonizzazione gli «sforzi dei singoli Vescovi nel salvaguardare i minori» viene percepito dalla comunità ecclesiale, in particolare in questo momento storico in cui il mistero del male e del peccato interpella la Chiesa nel dare risposte sempre più precise ed adeguate, come una urgenza che se non arginata porterebbe a danni sociali e di credibilità della Chiesa purtroppo irreversibili.

## CONCLUSIONI

L'analisi condotta in merito alle modifiche introdotte nel Codice di rito, in seguito alla Ratifica della Convenzione di Lanzarote, ha messo in luce come il Legislatore statale abbia provveduto ad una attenta revisione della Normativa circa l'abuso sessuale, peraltro già condotta nelle precedenti riforme<sup>51</sup>; l'encomiabile ma doveroso sforzo volto a tutelare i soggetti di minore età si inserisce infatti nell'ottica legata ad un impegno, intrapreso anche a livello transfrontaliero, finalizzato a limitare il più possibile l'aumento di crimini di natura sessuale. Ora però risulta necessario un ripensamento delle modalità legate alla detenzione in quanto, a mio avviso, caratterizzare l'esecuzione della Pena per una forte programmazione in senso rieducativo e risocializzativo, così come ribadito solennemente nell'Art. 27 della Costituzione italiana, permetterebbe a coloro che hanno commesso un crimine di avviare un processo graduale e faticoso in vista di un futuro reinserimento nella comunità sociale da cui si sono allontanati. Ricorrere alla Pena detentiva, quale *extrema ratio*,

---

50 Le *Linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte dei chierici* della Conferenza Episcopale Italiana sono state approvate dal Consiglio permanente della C.E.I. nella sessione del 23-26 gennaio del 2012 e rese pubbliche poco più di un anno fa (22 maggio 2012), cfr. URL: < [http://www.chiesacattolica.it/chiesa\\_cattolica\\_italiana/news\\_e\\_mediacentro/00030389\\_Abusi\\_sessuali\\_ecco\\_le\\_Linee\\_guida.html](http://www.chiesacattolica.it/chiesa_cattolica_italiana/news_e_mediacentro/00030389_Abusi_sessuali_ecco_le_Linee_guida.html) > (in data 09/08/2013).

51 In concreto ci si riferisce alla riforma in tema di violenza sessuale, approvata con la L. n. 66/1996 e alla successiva riforma approvata attraverso la L. n. 269/98; per una attenta ed esaustiva analisi, cfr. M. ROMANO, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXV (1996), 1133ss.; M. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella Legge 269/88*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXVII (1998), 1543ss.; per un sintetico approfondimento su ulteriori interventi normativi in tema di tutela della libertà sessuale, cfr. A.C. MORO, *Manuale di Diritto minorile*, (L. FADIGA, cur.) 4 ed., Bologna, 2008, 435-450.

dovrà aiutare ad una reale presa di coscienza dei gravi errori commessi in modo da non ripetere più il male ingiustamente arrecato nel passato. Validi e personalizzati percorsi che intendono la Pena non solo come una *mera privazione e una sofferenza* ma come un *faticoso progetto di bene da seguire* e da riconquistare, saranno di ausilio affinché si possano prevenire eventuali recidive. In caso contrario se la società, che pure dovrebbe interrogarsi su quanto abbia fatto per non favorire anche solo indirettamente dinamiche comportamentali che intendono la sfera sessuale come unica fonte di piacere e di manifestazione di potere, non garantirà a colui che *dinnanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*<sup>52</sup> ha compiuto un crimine contro la dignità umana perderà purtroppo e per sempre la possibilità di restituire a coloro che sono colpevoli la libertà di riconquistarsi un *ruolo preventivo* futuro.

Per ciò che attiene alla analisi sulla Normativa canonica, che si è notevolmente evoluta in materia, l'elemento che risulta maggiormente debole è quello relativo ad un superamento dell'intervento penale come «mera risposta a posteriori nei confronti dell'offesa già determinatasi di un certo bene giuridico»<sup>53</sup>, in modo tale da poter prevedere misure di politica criminale fondate su interventi *ante Delictum* più che su risposte solo di carattere retributivo. Inoltre non appare coerente che nell'attuale Normativa canonica il Delitto di abuso sui minori sia inserito esclusivamente tra i Delitti contro gli obblighi speciali (*ex* Can. 1395), e non tra quelli previsti nel tit. VI contro la vita e la libertà umana.

L'invito recentemente rivolto da Papa Francesco, di impegnarci con chiarezza affinché «ogni persona umana, specialmente i bambini, sia sempre difesa e tutelata»<sup>54</sup>, si trasformi da subito in concreto impegno per tutti gli operatori del diritto e della politica criminale che operano a contatto con i soggetti più vulnerabili al fine di favorire, senza alcuna eccezione, la reale attuazione giuridica di ciò che le Normative statuali e canoniche prevedono. In caso contrario non sarà facile poter guardare negli occhi i nostri bambini, senza avere la sensazione di doverci rimproverare imperdonabili e gravi offese arrecate loro.

---

52 Cfr. L. EUSEBI, *Fragilità, crimine, giustizia*, in *Il Regno - Documenti*, LI (2006), 564-575.

53 L. EUSEBI, *Responsabilità morale*, 104.

54 FRANCISCUS PP., *Regina Caeli*, in *L'Osservatore romano*, CLIII (2013), n. 104, 6-7 maggio, 8.



**La Convenzione di Lanzarote.  
Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori**

MICHELE RIONDINO

**Abstract**

Obiettivo della riflessione è presentare sinteticamente i principi guida della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minorenni contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (c.d. Convenzione di Lanzarote), adottata il 12 ottobre 2007.

Di seguito sono indicati i tardivi adattamenti predisposti nell'Ordinamento penale italiano, mostrando i progressi e i punti da ritenere meno riusciti nell'ottica di un Diritto penale coerentemente orientato alla difesa dei più piccoli.

Sono poi segnalati alcuni elementi del Diritto penale canonico, anch'esso evolutosi in materia, pur con alcune carenze che "*de iure condendo*" potrebbero essere oggetto di attenzione nella annunciata revisione del Libro VI del CIC.

**Parole chiave:**

Sfruttamento e abuso sui minori; Convenzione di Lanzarote; Istigazione alla pedofilia e alla pedopornografia; Adescamento di minore; tutela dei minori nel Diritto canonico; lettera ai cattolici d'Irlanda; *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*

**Abstract**

*The aim of this reflection is to present a summary of the guiding principles of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (also known as "the Lanzarote Convention"), adopted on October 12<sup>th</sup> 2007.*

*The following are the belated adaptations prepared for this purpose in the Italian criminal justice System, showing the progress and the points to be considered as less successful in view of a criminal Law consistently oriented towards the defense of the youngest.*

*Finally, some elements of penal canon Law are indicated, also evolved on the subject, though with some deficiencies that "*de iure condendo*" could be the subject of attention in the announced revision of Book VI of the CIC.*

**Keywords:**

*Exploitation and abuse of minors; Lanzarote Convention; Incitement to paedophilia and child pornography; Solicitation of minor; protection of minors in canon Law, letter to the Catholics of Ireland; Sacramentorum Sanctitatis Tutela*



## **IV. EXCERPTA**



# ***L'ignorantia Iuris poenalis sine Culpa* nel CIC '83. Aspetti problematici e cenni comparativi<sup>1</sup>**

FRANCESCO CAPONNETTO

**SOMMARIO** Premessa. 1. L'inquadramento dogmatico dell'ignoranza di Diritto *sine Culpa*. 2. Coscienza dell'antigiuridicità penale ed imputabilità dolosa. 3. La condizione soggettiva di operatività dell'esimente dell'*ignorantia Iuris poenalis*. 4. La "formalizzazione" dell'illecito penale quale presupposto irrinunciabile dell'ignoranza incolpevole. 5. La mancanza di Colpa: contenuto e situazioni tipiche.

**SUMMARY** *Introduction. 1. The dogmatic framework of ignorance of law sine Culpa. 2. Consciousness of the penal wrongfulness and malicious penal responsibility. 3. The subjective condition for the application of the exemption ignorantia Iuris poenalis. 4. The "formalization" of the offence as a necessary prerequisite of innocent ignorance. 5. The lack of guilt: content and typical situations.*

## **PREMESSA**

Il titolo è già esplicativo dell'indagine che si intende compiere. L'obiettivo non è l'esposizione sistematica della disciplina dell'*ignorantia Iuris poenalis* nel Diritto della Chiesa: i numerosi studi esistenti offrono già un quadro sufficientemente esaustivo sull'argomento<sup>2</sup>. In questa sede, al contrario, si

---

1 Note sviluppate a partire dalla Tesi di dottorato in Diritto canonico: "*Il diritto del fedele alla legalità della Pena. Profili comparativi*", discussa nel giugno 2012 presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense.

2 Oltre ai tradizionali manuali di Diritto canonico ed ai commentari al Codice, si segnala la pregevole monografia di M. JASONNI, *Contributo allo studio della "ignorantia Iuris" nel Diritto penale canonico*, Milano, 1983, citata a più riprese anche in questo breve studio.

preferisce riflettere criticamente sull'ignoranza di Diritto incolpevole prevista dal Can. 1323, 2° del Codice di Diritto canonico latino, Norma che ha suggerito a chi scrive una diversa lettura rispetto a quella tradizionalmente accolta dalla dottrina.

I contributi della Canonistica, con un occhio rivolto anche a quelli della Scienza laica in una prospettiva comparativa finalizzata a cogliere elementi utili allo studio svolto, hanno guidato la stesura di queste pagine e costituito la linea di partenza per maturare valutazioni personali.

Il presente lavoro può essere idealmente suddiviso in tre tematiche principali fra loro non necessariamente correlate.

Nella prima si rifletterà sull'inquadramento dogmatico che la Canonistica prevalente riserva alla disciplina dell'*ignorantia Iuris pœnalis* incolpevole contenuta nel Can. 1323, 2°.

Ad onta del dettato normativo che non sembra lasciar dubbi sulla natura di causa esimente dalla Pena, gli studiosi sono pressoché concordi nell'affermare che l'ignoranza incolpevole della Legge tolga la stessa imputabilità e, quindi, faccia venir meno oltre alla Sanzione anche lo stesso Delitto. Prendendo spunto da questo orientamento dottrinale si cercherà di verificarne la compatibilità con la categoria dell'imputabilità, soffermandosi in particolare sull'*imputabilità dolosa* per studiare se quest'ultima, alla luce della vigente Codificazione, debba avere ad oggetto la coscienza dell'antigiuridicità penale della violazione commessa (§§1-2). Rappresenta, viceversa, un'ipotesi marginale l'imputabilità a titolo di Colpa qualora l'*ignorantia Iuris* sia stata inescusabile; il Legislatore del 1983 ha infatti tipizzato solo la fattispecie di abuso colposo d'autorità o d'Ufficio con danno altrui (cfr. Can. 1389 §2).

Ciò premesso, il passo successivo sarà quello di indagare a quali condizioni l'*ignorantia Iuris* sia operativa nell'ordine giuridico. Il che offrirà l'occasione per confrontare il Sistema canonico con altre aree normative ed accertare se la scusabilità dell'ignoranza di Diritto segni, come autorevolmente sostenuto, una linea di confine fra il Diritto della Chiesa ed i Diritti statali (§3).

C'è di più. La regola della scusabilità dovrà fare i conti anche con il *proprrium* dell'Ordinamento canonico nel senso che, diversamente dalle realtà statali, nella Chiesa Diritto divino ed umano si compenetrano a vicenda formando un unico sistema giuridico. Di conseguenza occorrerà riflettere se, ed in che limiti, l'esimente dell'ignoranza di Diritto sia invocabile qualora la violazione abbia ad oggetto la Legge divina. Il che significa porre la questione della cogenza diretta del Precetto religioso nel sistema penale (§4).

L'ultimo tema investirà, infine, la possibilità (oppure no) per il fedele di ignorare senza Colpa il Delitto canonico istituito per via amministrativa.

È noto che ai fini della produzione di una Norma criminale il Diritto della Chiesa contempla accanto alla Legge anche il Precetto, vale a dire un Atto transitorio e personale.

Si tratta di una peculiarità che non trova riscontro nella maggior parte delle esperienze giuridiche statali di *civil Law* le quali, di regola, riservano le Fonti di produzione penale solo ad Atti generali ed astratti. Né è paragonabile alle incriminazioni di matrice giudiziale dei Sistemi di *common Law* i quali si contraddistinguono per la regola, estranea però al Diritto canonico, della vincolatività del Precedente giudiziario.

In questa sede, movendo dall'obbligo della comunicazione personale del Precetto penale al fedele-delinquente, si porrà la questione se costui possa invocare anche in tal caso l'esimente dell'ignoranza incolpevole (§5).

## 1. L'INQUADRAMENTO DOGMATICO DELL'IGNORANZA DI DIRITTO *SINE CULPA*

Il Primo Libro del CIC '83, disciplinando nel primo titolo la Legge ecclesiastica (promulgazione, irretroattività, Organi competenti, destinatari, e via dicendo) contiene una Norma che interessa direttamente il tema qui scelto: il Can. 15.

Questo Canone si occupa dello stato di ignoranza o di errore in cui eventualmente si sia trovato il fedele circa le Leggi o i fatti.

Il Can. 15 §1 mostra un certo rigore per le Leggi irritanti ed inabilitanti stabilendo che la loro mancata o falsa conoscenza da parte del fedele non ne impediscono gli effetti. Un tale rigore non è comunque assoluto; sono possibili eccezioni purché espressamente previste<sup>3</sup>.

Se invece l'ignoranza o l'errore vertono su Leggi diverse da quelle irritanti ed inabilitanti, sulla Pena o su un fatto personale o fatto notorio di altri il Can. 15 §2 sancisce una presunzione di conoscenza; mentre quando si tratti di un fatto non notorio di altri, una presunzione di ignoranza e di errore. Ne segue che solo nella prima ipotesi fatti e Leggi conservano la loro efficacia alla quale il fedele non può sottrarsi. L'anzidetta regola è però mitigata dalla possibilità per l'interessato di vincere tale presunzione offrendo la prova contraria (c.d. presunzione *Iuris tantum*).

---

3 Un'eccezione al Can. 15 è, per esempio, contenuta nel noto principio "*supplet Ecclesia*" sancito dal Can. 144 (cfr. J. GARCÍA MARTÍN, *Le Norme generali del Codex Iuris canonici*, 5 ed., Roma, 2006, 104).

Circoscrivendo l'oggetto dell'indagine alla sola Legge penale, la Norma in parola onera dunque il fedele, accusato di aver commesso un Delitto, della prova in Giudizio del proprio stato di ignoranza o di errore circa la Pena senza però indicare i presupposti sostanziali in presenza dei quali l'ignoranza o l'errore acquistano rilevanza giuridica nella materia criminale.

Si tratta di una disposizione di Diritto processuale che deve necessariamente essere coordinata con la disciplina sostanziale contenuta nell'intervallo di Norme compreso dal Can. 1323 al Can. 1325 del Libro VI del Codice.

Ad ogni modo, non va taciuta l'importanza del Can. 15, giacché rivela l'attenzione del Legislatore per il tema dell'*ignorantia Iuris pœnalis* fin dal primo libro del *Codex* dedicato alle Norme generali.

Qualora su questo punto si volesse confrontare il Diritto canonico con il Diritto italiano emergerebbe con evidenza che le disposizioni sulla Legge in generale premesse al "Codice civile italiano" del 1942, introdotte con R.D. 262/1942<sup>4</sup>, in cui sono dettate Norme vevoli per qualsiasi settore dell'Ordinamento, non contengono alcun riferimento diretto all'Istituto dell'ignoranza di Diritto. Certamente la diversa impostazione sistematica del CIC vigente che anticipa il tema dell'ignoranza di Diritto, collocandola all'interno dell'architettura del Sistema giuridico canonico descritta nel Primo Libro, risponde ad una logica che trova fondamento nella stessa essenza della comunità ecclesiale:

«se quello della Chiesa è l'universo della carità essa non può disinteressarsi della situazione soggettiva di ignoranza in cui sia eventualmente avvenuta la violazione della Norma giuridica»<sup>5</sup>.

La regola generale dell'*ignorantia Iuris pœnalis* è, dunque, contenuta nel Can. 1323 che al n. 2 esclude la punibilità del fedele che «*sine Culpa ignoravit se Legem vel Præceptum violare*». La Norma riproduce in buona sostanza il Can. 2202 §1 del Codice del 1917 per cui «*violatio Legis ignoratæ nullatenus imputatur, si ignorantia fuerit inculpabilis*».

In entrambi i Canoni all'ignoranza incolpevole del comando penale consegue la non punibilità del fedele.

A parità di effetto giuridico, la dottrina ha tuttavia desunto un cambiamento di rotta dell'attuale disciplina rispetto alla precedente.

Le sette fattispecie in cui si articola il Can. 1323 –nella precedente Codificazione disseminate in sei distinti Canoni (Cann. 2201 §1; 2202; 2203 §2;

---

4 Cfr. REGNO D'ITALIA, *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile, in Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, LXXXIII (1942), n. 79, 4 aprile 1942.*

5 M. JASONNI, *Contributo*, 168.

2204; 2205 §§1-4; 2230)– sono oggi tutte introdotte dalla locuzione «*nulli poenae est obnoxius*». Di conseguenza l'*ignorantia Iuris*, da momento di teoria generale dell'imputabilità nel vecchio Codice, è degradata a mera condizione di non punibilità nel nuovo.

«L'*ignorantia* che era, nel vecchio quadro, un modo d'essere dell'*imputabilitas Delicti* diviene altra cosa, e precisamente una figura strutturalmente nuova che attende di essere inquadrata nell'ambito del Sistema centrato non più sulla fattispecie criminosa, ma sull'effetto sanzionatorio»<sup>6</sup>.

La conferma di questa diversa impostazione dogmatica è avvalorata dal confronto del Can. 1321 §1, che *ex professo* si occupa del tema dell'imputabilità, con il parallelo Can. 2199 del vecchio Codice. Il primo, collocandosi in una prospettiva sanzionatoria desumibile dall'*incipit* “*Nemo punitur*”, si riferisce genericamente all'imputabilità per Dolo o per Colpa senza menzionare l'ignoranza<sup>7</sup>; il secondo stabiliva invece un intimo legame fra *imputabilitas Delicti* e *Culpa in ignorantia Legis violatae*<sup>8</sup>.

Detto altrimenti, la specifica Normativa in tema di *ignorantia Iuris poenalis* si sarebbe adeguata all'innovativa impostazione sistematica del CIC '83 che alla trattazione incentrata sul Delitto, la quale fino a quel momento aveva caratterizzato il Diritto penale della Chiesa, ha sostituito una disciplina che ruota intorno al sistema sanzionatorio; come mostra anche la diversa titolazione del Libro dedicato alla materia penale: non più “*De Delictis et de Poenis*”, ma “*De Sanctionibus in Ecclesia*”<sup>9</sup>.

La manualistica prevalente non sembra però aver colto alcuna innovazione nel Codice attuale, dal momento che non considera decisiva la collocazione dell'*ignorantia Iuris* incolpevole fra le cause esimenti della Pena, piuttosto ravvisando in essa una circostanza che esclude l'imputabilità e quindi il Delitto. D'altra parte, è interpretazione costante fra i canonisti che la maggior parte delle fattispecie previste dal Can. 1323 configurano circostanze esimenti dalla Pena solo in senso improprio.

A parere della dottrina, se si fa eccezione per i casi del minore infrasedicenne che delinque (Can. 1323, 1°) e della violazione commessa per timore

6 Ivi, 144.

7 Can. 1321 §1: «*Nemo punitur, nisi externa Legis vel Præcepti violatio, ab eo commissa, sit graviter imputabilis ex Dolo vel ex Culpa*».

8 Can. 2199 CIC '17: «*Imputabilitas Delicti pendet ex Dolo delinquentis vel ex eiusdem Culpa in ignorantia Legis violatae aut in omissione debite diligentiae; quare omnes causæ quæ augent, minuunt, tollunt Dolum aut Culpam, eo ipso augent, minuunt, tollunt Delicti imputabilitatem*».

9 Cfr. M. JASONNI, *Contributo*, 144.

grave, per necessità o per grave incomodo (Can. 1323, 4°)<sup>10</sup>, nelle altre esimenti ciò che viene meno sarebbe la stessa *gravis imputabilitas*, richiesta dal Can. 1321 §1 affinché possa esservi il Delitto canonico, così che la ragione di fondo della loro non punibilità è la non imputabilità<sup>11</sup>.

Un'indagine sulle singole esimenti varcherebbe i confini del presente studio; in questa sede l'attenzione sarà rivolta esclusivamente all'*ignorantia Iuris* incolpevole cercando di approfondire il legame con l'*imputabilitas* a cui la dottrina non sembra disposta a rinunciare.

Il civilista avvezzo a riferire l'imputabilità alla capacità di intendere e di volere del soggetto agente<sup>12</sup> potrebbe rimanere disorientato dall'inquadramento dell'ignoranza incolpevole all'interno della categoria dogmatica dell'imputabilità, dal momento che la mancata conoscenza della Norma non necessariamente ha come causa un vizio di mente, sicché difetto di conoscenza e sanità mentale del soggetto dovrebbero rimanere concettualmente distinti.

L'anzidetta difficoltà è presto superata non appena si ponga mente al fatto che l'*imputabilitas* nel Diritto della Chiesa è un concetto ampio capace di abbracciare sia l'imputabilità causale, vale a dire il nesso eziologico intercorrente fra condotta ed evento; sia l'imputabilità psicologica da intendersi in senso lato, comprensiva cioè delle categorie (per usare il linguaggio del civilista) della colpevolezza e dell'imputabilità *stricto sensu*<sup>13</sup>.

In effetti, si deve riconoscere che il vigente *Codex* recepisce una nozione ampia di imputabilità comprensiva sia dell'imputabilità in senso stretto, come si desume dal Can. 1322 (per il quale sono incapaci a delinquere coloro che non hanno abitualmente l'uso della ragione); sia dell'elemento psicologico del Reato, come chiaramente mostra il Can. 1313 §1 che parla di violazione «*imputabilis ex Dolo vel ex Culpa*».

10 Il fedele infrasedicenne, se ricorrono le condizioni di cui al Can. 11, è “capace” di delinquere e quindi è imputabile. Parimenti il timore grave (ma anche la necessità ed il grave incomodo) non toglie all'agente, benché coartato, la libertà dell'agire secondo l'assioma giuridico “*coacta voluntas est semper voluntas*”. In questo senso, per citare alcuni autori soltanto, si vedano: V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto canonico - Libro VI*, Città del Vaticano, 2000, 159; B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Venezia, 2008, 168-170; Z. SUCHECKI, *Le Sanzioni penali nella Chiesa. 1. I Delitti e le Sanzioni penali in genere (Cann. 1311-1363)*, Città del Vaticano, 1999, 74-77, 84-88; A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 1996, 57-58, 59-64.

11 A. MARZOA, *Sub Can. 1323*, in A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRIGUEZ-OCAÑA (edd.), *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, IV/1, 2 ed., Pamplona, 1997, 307.

12 L'Art. 85 del Codice penale italiano definisce l'imputabilità come capacità di intendere e di volere. La formula legislativa esprime la sintesi delle condizioni fisio-psichiche di normalità che consentono l'ascrizione della responsabilità all'autore di un fatto previsto come Reato (cfr. M.T. COLLICA, “Imputabilità [Dir. pen.]”, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, VII, Milano, 2007, 523-524).

13 Cfr. M. JASONNI, *Contributo*, 157-158.



In questa sede non importa indagare sulle ragioni che hanno portato il Diritto canonico ad unificare nella nozione di imputabilità categorie tradizionalmente distinte nei Sistemi laici<sup>14</sup>; nondimeno, appare tecnicamente più corretto tenere distinti gli stati psicologici del Dolo e della Colpa dalla sanità mentale del soggetto, se non altro perché alla stregua della concezione normativa della colpevolezza, di cui si dirà più avanti,

«per potersi rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa occorre che essa si sia formata in un soggetto capace di intendere e di volere: rispetto all'*infans* o all'*amens* non è possibile ravvisare una volontà "colpevole"»<sup>15</sup>.

Meno convincente è, poi, l'opinione secondo cui

«la formula canonistica della *moralis imputabilitas* sta per imputabilità *causale*, ovvero si rapporta al nesso eziologico che deve intercorrere tra condotta ed evento, affinché l'evento stesso possa penalmente essere attribuito al soggetto agente»<sup>16</sup>.

Per contro, sembra giusto riferire l'imputabilità solo al rapporto psicologico fra il soggetto agente e l'azione a prescindere dall'evento, il quale potrebbe anche mancare nella tipizzazione del fatto criminale senza che l'imputabilità venga meno; si pensi, a mo' di esempio, al tentativo di Matrimonio anche solo civile da parte di un chierico o di un religioso non chierico di Voti perpetui punito dal Can. 1394.

Ma, anche a prendere atto della varietà dei casi psicologici e delle varie situazioni personali in cui si articola la nozione di imputabilità nel Diritto canonico, non convince appieno l'inquadramento in essa anche dell'*ignorantia Iuris* incolpevole contemplata dal Can. 1323, 2<sup>o</sup><sup>17</sup>.

A chi scrive non sfugge certamente che fra ignoranza incolpevole dell'obbligo legale ed imputabilità dolosa possa esservi una reciproca interferenza. Sennonché il nodo della questione è proprio questo: l'intenzione dolosa del soggetto agente, oltre alla rappresentazione e volontà del fatto tipico, abbraccia anche la consapevolezza del suo disvalore giuridico?

14 Per un approfondimento: *ivi*, 158-164.

15 F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Padova, 1992, 303.

16 M. JASONNI, *Contributo*, 157.

17 Cfr. *ivi*, 163.

## 2. COSCIENZA DELL'ANTIGIURIDICITÀ PENALE ED IMPUTABILITÀ DOLOSA

Nell'Ordinamento canonico il Dolo costituisce una delle due fonti dell'imputabilità. Il Can. 1321 §1 per la punibilità del fedele esige che la violazione sia «*graviter imputabilis ex Dolo vel ex Culpa*».

Ciò premesso, occorre domandarsi –lo si è già anticipato– se ai fini dell'imputabilità dolosa sia sufficiente la rappresentazione e volontarietà del fatto considerato nella sua dimensione naturalistica oppure se sia richiesta anche la coscienza –generica o specificamente penale– del suo disvalore.

In caso di risposta affermativa l'ignoranza incolpevole del comando penale toglie l'imputabilità per mancanza dell'elemento soggettivo del Delitto, ossia il Dolo.

È intuitivo che la questione qui sollevata è persino oziosa se riferita alle violazioni il cui disvalore penale è immediatamente percepibile da tutti i consociati (c.d. Delitti naturali). Si pensi alle aggressioni contro l'incolumità fisica.

Il problema si pone invece per le fattispecie delittuose di creazione legislativa (c.d. Delitti artificiali). È il caso, solo per citarne uno, dell'Alienazione di beni ecclesiastici senza la debita Licenza, la cui antigiuridicità penale, se non fosse prevista dal Legislatore con l'istituzione di uno specifico Delitto (cfr. Can. 1377), non sarebbe desumibile dai contrassegni naturalistici e normativi che lo caratterizzano. Così, a mo' di esempio, l'Alienazione di un bene ecclesiastico priva di Licenza potrebbe costituire un fatto giuridicamente rilevante solo sul piano amministrativo-disciplinare.

Invero, il legame fra Dolo e coscienza dell'offesa ha da sempre rappresentato una *vexata quaestio* anche in ambito secolare.

In merito, è nota la contrapposizione tra la teoria del Dolo (“*Vorsatztheorie*”) e la teoria della colpevolezza (“*Schuldtheorie*”). Mentre la prima, ai fini della responsabilità dolosa, richiede nel soggetto agente la conoscenza attuale della illiceità penale del fatto; la seconda, ai fini del giudizio di consapevolezza, si accontenta della possibilità di conoscenza della Legge<sup>18</sup>.

Con l'affermarsi della *Schuldtheorie* –culminante nel pensiero del giurista e filosofo tedesco *Hans Welzel* (1904-1977) il quale alla conoscenza dell'illiceità sostituisce la conoscibilità potenziale– si determina la trasformazione dell'imputazione da psicologica in normativa. Il che segna la rottura fra la nozione di Dolo e quella di colpevolezza, riformulata come giudizio di rim-

---

18 Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 327.

proverabilità (se ne parlerà più avanti) nella cui orbita gravitano le situazioni di ignoranza incolpevole della Legge. Queste, dunque, non rappresentano più l'elemento negativo del Dolo<sup>19</sup>.

Eppure, ad un primo approccio si potrebbe dire che solo la *Vorsatztheorie* colga nel segno. Dal momento, infatti, che a caratterizzare il Dolo non è solo la componente volitiva ma anche quella rappresentativa, benché la prima sia assolutamente prevalente<sup>20</sup>, la conseguenza indeclinabile è che un "autentico" Dolo deve esigere anche la conoscenza attuale della Norma che si intende violare, non bastando quella potenziale<sup>21</sup>.

Ma, questa conclusione urta contro l'impossibilità per il reo di invocare a propria scusa l'ignoranza della Legge penale secondo un principio recepito dalla maggior parte delle esperienze giuridiche. In altre parole, l'irrelevanza ai fini della punibilità dell'ignoranza di Diritto, purché evitabile, presuppone la coesistenza dell'intenzione dolosa con la possibile mancata conoscenza del comando penale.

Sul tormentato dibattito circa l'oggetto del Dolo penale può essere utile richiamare qui l'esperienza giuridica italiana. L'Art. 43 del Codice penale italiano<sup>22</sup> pone ad oggetto del Dolo «l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la Legge fa dipendere l'esistenza del Delitto».

Non a torto, la dottrina etichetta la scelta legislativa come poco felice perché equivoca. Non è chiaro se la Norma si riferisca all'evento in senso naturalistico, inteso come modificazione della realtà; oppure a quello in senso giuridico, inteso come lesione o messa in pericolo del bene protetto. Considerato che ad accogliere l'accezione di evento in senso naturalistico rimarrebbero fuori dal Dolo –senza ragione– i Reati di mera condotta, si è argomentato che oggetto del Dolo sia l'evento in senso giuridico, giacché

19 Cfr. G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009, 99-100. Secondo la *Schuldtheorie* solo l'ignoranza inevitabile esclude la colpevolezza mentre l'ignoranza evitabile –non escludendo la colpevolezza– è compatibile con la responsabilità dolosa. Di conseguenza, accanto alle tradizionali categorie del Dolo e della Colpa la conoscibilità della Legge penale è un ulteriore presupposto della punibilità dogmaticamente pertinente alla autonoma categoria della colpevolezza (cfr. F.C. PALAZZO, "Ignoranza della Legge penale", in *Digesto delle discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992, 124).

20 Il momento della rappresentazione non è comunque una caratteristica esclusiva del Dolo. La Colpa cosciente, prevista dall'Art. 61, n. 3 del Codice penale italiano come circostanza aggravante, dimostra che un evento pur se previsto può non essere voluto dal reo.

21 Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 327.

22 REGNO D'ITALIA, *Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXXI (1930), n. 251, 26 ottobre 1930; d'ora in poi abbreviato in: "C.p."

l'aggressione al bene giuridico è presente in ogni Reato, pur se privo di un evento in senso naturalistico. Ma, anche questa tesi si scontra con il dato di Diritto positivo, difficilmente superabile, secondo cui l'ignoranza evitabile della Legge non scusa, come dispone oggi l'Art. 5 C.p. a seguito dell'intervento correttivo del 1988 della Corte costituzionale<sup>23</sup> sul quale si avrà occasione di tornare più avanti<sup>24</sup>. Stando così le cose, la dottrina non ha esitato ad affermare che:

«esso [il riferimento è all'Art. 5 C.p.] rende evidente che l'illiceità del comportamento, intesa come sua contrarietà a una Norma penale, non entra tra le note costitutive dell'oggetto del Dolo, nemmeno nei Reati a condotta neutra»<sup>25</sup>.

La questione è comunque tutt'altro che sopita, gli studiosi sono ancora divisi fra chi sostiene che la conoscibilità (non la conoscenza effettiva) dell'illiceità penale del fatto sia richiesta ai fini del Dolo<sup>26</sup> e chi, al contrario, circoscrive l'oggetto del Dolo al solo fatto tipico, assegnando alla coscienza dell'illiceità penale un ruolo autonomo all'interno della concezione normativa della colpevolezza<sup>27</sup>.

Non solo sul versante dottrinale, ma anche su quello delle Codificazioni nazionali, l'inquadramento dogmatico dell'errore di Diritto sembra ancora lontano dal ricevere soluzioni uniformi, oscillando fra la *Schuldtheorie* (che comunque rimane la teoria accolta dalla maggioranza delle Codificazioni) e la *Vorsatztheorie*.

23 Cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 24-3-1988, n. 364*, in URL: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0364s-88.html>> in data 10/08/2013.

24 *Infra* §3.

25 F. GIUNTA - V. MAGNINI, "Dolo (Dir. pen.)", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V, Milano, 2007, 563.

26 In questo senso sembra orientato F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 326-327, che indica fra i requisiti del Dolo anche la conoscibilità dell'illiceità penale del fatto, ma la sua posizione appare sfumata giacché egli non esclude la possibilità che la coscienza dell'offesa possa essere considerata come un requisito della colpevolezza. Nettamente contrario a riconoscere che il Dolo abbracci anche la coscienza dell'antigiuridicità penale è invece F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 10 ed. agg. e int. (L. CONTI, cur.), Milano, 1985, 303. Occupa invece una posizione a sé la tesi di A. PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, 300-301 che tenta di superare le difficoltà incontrate dalla dottrina a proposito dell'oggetto del Dolo e legate alla controversa interpretazione del termine "evento", riformulandone la relativa nozione. Per l'anzidetto autore *evento* è solo quello "significativo", vale a dire «l'accadere esteriore nel suo significato umano e sociale [...] Esso è la modificazione del mondo umano in cui si sostanzia l'aspetto esteriore del Reato». L'evento significativo, in quanto alterazione dei rapporti umani, è presente, diversamente da quello naturalistico, in ogni Reato e pur costituendo il nucleo dell'evento giuridico non ne possiede la scorza, rappresentata dalla valutazione penale.

27 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2 ed., Bologna, 1989, 294-299.

Per esempio, l'Art. 16 del Codice penale portoghese sotto l'epigrafe «errore sulle circostanze del fatto» al n. 1 dispone:

«l'errore sugli elementi di fatto o di Diritto di una fattispecie di Delitto, o sopra il divieto la cui conoscenza era ragionevolmente indispensabile perché l'agente potesse avere conoscenza dell'illiceità del fatto, esclude il Dolo»<sup>28</sup>.

Il Legislatore portoghese ai fini della responsabilità dolosa esige che l'agente non solo si rappresenti correttamente il fatto tipico (vale a dire gli elementi di fatto e di Diritto costitutivi della fattispecie penale) ma abbia anche l'esatta conoscenza dell'antigiuridicità della violazione commessa. Ciò si deduce dalla espressa menzione dell'errore sul divieto, accomunato dall'Art. 16 all'errore sul fatto ai fini dell'esclusione della responsabilità dolosa.

Si tratta di un'opzione legislativa che, legando la coscienza dell'antigiuridicità al Dolo, sembra recepire la *Vorsatztheorie*.

Senonché, i dubbi maggiori sorgono dalla lettura del successivo Art. 17, n. 1 il quale sotto la rubrica “errore sull'illiceità” esclude la colpevolezza dell'agente che agisce «*sem consciência da ilicidade do facto se o erro lhe não for censurável*». L'*erro censurável* è punito a titolo di responsabilità dolosa, la quale può essere attenuata<sup>29</sup>.

L'Art. 17 non diversamente dalla Norma contenuta nel *StGB* (=“*Strafgesetzbuch*”: Codice penale tedesco), di cui si dirà appresso, sembra dunque accogliere la *Sculdtheorie*.

Ebbene, la questione ardente relativa all'interpretazione delle Norme innanzi citate, che accolgono sia la teoria del Dolo (cfr. Art. 16) sia quella della colpevolezza (cfr. Art. 17), è data dalla difficoltà di cogliere le differenze sul piano applicativo (ma non mancano dubbi anche su quello dogmatico) fra errore sul divieto «la cui conoscenza è ragionevolmente indispensabile perché l'agente possa prendere coscienza dell'illiceità del fatto» (cfr. Art. 16) ed errore sull'illiceità del fatto (cfr. Art. 17).

Il §17 *StGB* non lascia invece dubbi: l'errore (evitabile) è coesenziale alla colpevolezza ma estraneo al Dolo. La Norma in parola stabilisce infatti:

28 Per la traduzione in lingua italiana si è fatto riferimento a: J. DE FARIA COSTA, *Caso VII - Errore di Diritto. Portogallo*, in J. PRADEL - A. CADOPPI (CURT.), *Casi di Diritto penale comparato*, Coll. *Quaderni di Diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Milano, 2005, 167.

29 Art. 17 (errore sull'illiceità): «1. Non è colpevole chi agisce senza la coscienza dell'illiceità del fatto, se l'errore non può essergli rimproverato. 2. Se l'errore può essergli rimproverato, l'agente è punito con la Pena applicabile al rispettivo delitto doloso, la quale può essere specialmente attenuata» (per la traduzione italiana si è fatto riferimento a: S. VINCIGUERRA, *Il Codice penale portoghese*, Padova, 1997, 73).

«se all'autore, nel commettere il fatto, manca la consapevolezza di tenere una condotta illecita, egli agisce senza colpevolezza, se non poteva evitare tale errore. Nel caso in cui l'autore sia in grado di evitare l'errore, la Pena può essere diminuita ai sensi del §49 comma 1»<sup>30</sup>.

In buona sostanza, il Codice penale tedesco, in caso di errore evitabile, lascia in piedi l'imputazione per Dolo, prevedendo solo una diminuzione facoltativa della Pena.

Ciò conferma che la coscienza dell'antigiuridicità penale non può appartenere al nucleo del Dolo. Qualora, infatti, la coscienza dell'antigiuridicità fosse costitutiva dell'atteggiamento doloso, la mancanza della prima farebbe venir meno anche il secondo e quindi la stessa punibilità del soggetto-agente per mancanza dell'elemento soggettivo del Reato. In tal caso, non ci sarebbe spazio per una diminuzione della Pena (cfr. §17), residuando, al massimo, una responsabilità colposa del soggetto agente, sempre che la violazione sia punibile a titolo di Colpa.

Ritornando sul versante del Diritto penale della Chiesa, il primo paragrafo del Can. 1321 dopo aver indicato nel Dolo una delle due fonti dell'imputabilità, nel secondo sancisce la punibilità del fedele «*qui Legem vel Præceptum deliberate violavit*». La formulazione normativa, se confrontata con quella innanzi riferita usata dal Codice penale italiano, quantomeno ad un primo sguardo, sembra più chiara individuando la radice dell'intenzione dolosa nella deliberata violazione dell'obbligo legale. La Canonistica ha pertanto concluso che per integrare l'elemento soggettivo del Reato doloso sia richiesta la specifica conoscenza della Legge penale<sup>31</sup>.

Eppure, la Norma in parola presenta qualche zona d'ombra. Premesso che la coscienza dell'illiceità connota l'intenzione dolosa, non è chiaro se basti nel fedele la generica consapevolezza di compiere un'azione vietata dall'Ordinamento canonico o, al contrario, sia necessario che l'autore della violazione sappia di compiere un'azione "penalmente" vietata.

La circostanza che il Can. 1321 §2 ponga ad oggetto del Dolo la deliberata violazione della Legge e del Precetto, vale a dire i due strumenti con i quali si istituiscono i Delitti nella Chiesa (cfr. Cann. 1315 e 1319), mentre il Can. 2200 CIC '17 riferiva la violazione solo alla Legge, sembra far propendere per la seconda interpretazione così che la conoscenza dell'obbligo specificamen-

---

30 Per la traduzione in lingua italiana del §17 *StGB* si è fatto riferimento a: M. MAIWALD, *Caso VII - Errore di Diritto. Germania*, in J. PRADEL - A. CADOPPI (CURT.), *Casi*, 158.

31 Cfr. A. BETTETINI, *L'errore in Diritto canonico*, Torino, 2009, 204.

te penale da parte dell'intelletto insieme alla volontà della violazione della Norma sono gli elementi costitutivi del Dolo. Un settore della Canonistica si è spinto oltre sostenendo che ai fini dell'imputazione dolosa l'agente deve avere

«la previa cognizione della Legge o del Precetto in maniera globale e specifica insieme, cioè si richiede che si conosca non soltanto che un'azione o un'omissione sono vietate, ma anche che a tale azione od omissione è annessa una Pena determinata»<sup>32</sup>.

In senso contrario, prendendo le mosse dal Can. 1324 §1, 9° che sancisce l'attenuazione della Pena qualora il reo abbia ignorato senza Colpa la punibilità della propria condotta, un altro settore della dottrina ha concluso che ai fini dell'imputabilità dolosa è sufficiente la conoscenza generica dell'illiceità della propria condotta<sup>33</sup>. Detto altrimenti, secondo quest'ultima interpretazione, il Can. 1324 §1, 9° –tenendo ferma la responsabilità penale e mitigandone solo il trattamento sanzionatorio– mostra che la coscienza dell'antigiuridicità specificamente penale non è un elemento costitutivo del Dolo.

Ricapitolando, il punto nodale attiene alla possibilità di riferire la coscienza dell'antigiuridicità penale alla componente dolosa del fatto delittuoso. Una parte della dottrina, lo si è appena visto, è favorevole, altri si accontentano della generica consapevolezza del fedele di agire illecitamente.

Entrambe le interpretazioni lasciano però insoddisfatti.

In primo luogo, non convince la tesi secondo cui per punire il fedele è sufficiente la generica coscienza di costui di violare una Norma. La funzione preventiva assegnata alla Pena<sup>34</sup> presuppone difatti la conoscenza nell'agente della minaccia della futura punibilità e, quindi, del disvalore specificamente penale della sua azione.

In secondo luogo, se la cognizione (generica o specifica) dell'illiceità dell'azione fosse veramente un elemento costitutivo dell'intenzione dolosa si dovrebbe concludere che la mancata conoscenza dell'obbligo legale –a prescindere dalla buona o mala fede del soggetto agente– sarebbe di per sé

32 A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, 42. La parola "*Pœnam*" presente nel Can. 1324 §1, 9° in tal caso è interpretata come "la Pena", ossia come Pena determinata stabilita dal Codice (cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, 43, nota 2). Si tratta dunque di un'interpretazione che presuppone sempre la determinatezza delle Pene canoniche. Il che è vero però solo per quelle *late Sententiae*.

33 Cfr. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni*, 140.

34 La funzione "preventiva" della *Sanctio canonica* emerge con chiarezza dal Can. 1399 che giustifica il potere punitivo in via d'urgenza con la necessità di prevenire gli scandali.

sufficiente ad escludere la responsabilità del fedele per mancanza del Dolo. Il che contraddice la Norma contenuta nel Can. 1323, 2° che, escludendo la punibilità a condizione che l'ignoranza sia scusabile, tutela solo la buona fede dell'autore della violazione.

In realtà, la mancata conoscenza della Norma penale, se incolpevole, non sembra decisiva ai fini dell'esistenza dell'imputabilità dolosa, ma solo a quelli della punibilità.

È opinione di chi scrive che nel Diritto penale canonico *imputabilità dolosa e ignoranza incolpevole* dell'obbligo legale non stanno e cadono insieme. Entrambe guardano alla *violatio Legis vel Præcepti*, come lascia intendere l'identica formulazione legislativa adottata dai Cann. 1321 §1 e 1323, 2°, ma da versanti differenti.

Ciò apparirà più chiaro richiamando gli elementi essenziali del Delitto canonico, vale a dire: la violazione esterna della Legge o del Precetto (elemento materiale); l'imputabilità grave per Dolo o Colpa (elemento soggettivo); la Sanzione canonica (elemento legale)<sup>35</sup>.

Ebbene, mentre l'intenzione dolosa ha ad oggetto l'elemento materiale, vale a dire il fatto tipizzato dalla Legge o dal Precetto; l'*ignorantia Iuris* attiene all'elemento legale.

Si ritiene, inoltre, che all'anzidetta ricostruzione dei rapporti fra Dolo e coscienza dell'antigiuridicità non osta la formulazione linguistica «*qui Legem vel Præceptum deliberate violavit*» usata dal Can. 1321 §2 e dalla quale gli studiosi ricavano *in obliquo* la definizione del Dolo. Stando all'interpretazione corrente, il Dolo esigerebbe un duplice elemento: «la conoscenza, da parte dell'intelletto, dell'obbligo legale e la libertà da parte della volontà, nella violazione della Norma»<sup>36</sup>.

35 L'elemento oggettivo e soggettivo sono indirettamente desumibili dal Can. 1321, mentre l'elemento legale discende dal diritto del fedele alla legalità della Pena sancito dal nuovo Can. 221 §3 (cfr. anche Z. SUCHECKI, *Le sanzioni*, 53-60).

Il Codice del 1917, a differenza di quello attuale, definiva il delitto nel Can. 2195 §1 in cui erano espressamente richiamati gli anzidetti tre elementi costitutivi.

Si noti, infine, che anche nella dottrina secolare con l'affermarsi della concezione tripartita del Reato si ha una scomposizione analoga del fatto di Reato, concepito come fatto umano tipico, colpevole e antigiuridico (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 138-140).

36 V. DE PAOLIS, "Dolo nel Diritto penale", in C.C. SALVADOR - V. DE PAOLIS - G. GHIRLANDA (CURT.), *Nuovo dizionario di Diritto canonico*, Cinisello Balsamo (MI), 1996, 426. La definizione ricalca sostanzialmente quella dell'insigne canonista F. ROBERTI, *De Delictis et Pænis. I. Pars I. De Delictis in genere*, Romæ, 1944, 89-90 che, nella vigenza del vecchio Codice, descriveva gli elementi del Dolo penale nei seguenti termini: «*elementa Doli alia sunt ex parte intellectus alia ex parte voluntatis (cfr. C. 2200 §1). Ex parte intellectus requiruntur cognitio Legis et prævisio effectuum: ex parte voluntatis requiruntur libertas eligendi et voluntas agendi*».



In questa sede interessa riflettere soprattutto sul momento rappresentativo del Dolo.

Ebbene, contro l'opinione dominante si deve replicare che la violazione della Legge e del Precetto che il Canone pone ad oggetto dell'intenzione dolosa deve essere riferita solo al fatto "materiale" tipizzato dai suddetti atti, spogliato però del suo disvalore penale. Quest'ultimo è infatti direttamente preso in considerazione dal Legislatore là dove nel Can. 1323, 2° pone la violazione della Legge e del Precetto a base dell'ignoranza scusabile.

Paradigmatica è la fattispecie delittuosa dell'Alienazione di un bene ecclesiastico senza Licenza, citata qualche pagina addietro. L'alienante, pur rappresentandosi e volendo tutti gli elementi descrittivi e normativi che compongono la fattispecie criminale descritta dal fatto tipizzato dal Legislatore (Alienazione, natura ecclesiastica del bene, mancanza della Licenza), potrebbe ignorarne la natura delittuosa.

In tal caso, benché la violazione commessa sia imputabile per Dolo ai sensi del Can. 1321 §2, tuttavia la punibilità non dipenderà più dall'elemento soggettivo, bensì dalla scusabilità, oppure no, della mancata conoscenza del disvalore penale della violazione commessa, come sancisce il Can. 1323, 2° per il quale solo l'*ignorantia sine Culpa* esime dalla Pena.

Certamente nell'esempio sopra ricordato è difficile affermare la buona fede del fedele, dal momento che il Delitto, essendo previsto dal *Codex*, difficilmente può essere ignorato senza Colpa dai suoi destinatari. Ma si tratta di una questione diversa che attiene alla scusabilità dell'ignoranza, non ai rapporti di quest'ultima con l'imputabilità dolosa.

Ad ogni modo non si può escludere nell'intenzione dolosa anche la volontà deliberata di violare una Norma specificamente penale, il che si verificherà soprattutto per i Delitti naturali, come quelli contro l'incolumità personale, in cui la corrispondenza fra elemento oggettivo ed elemento legale è, secondo il sentire comune, immediatamente percepibile.

Circoscrivere il momento conoscitivo del Dolo solo agli elementi (descrittivi e normativi) della fattispecie delittuosa consente di cogliere appieno anche la distinzione fra *errore sul fatto* ed *errore sul divieto*. Mentre infatti quest'ultimo attiene alla rappresentazione dell'illiceità penale del fatto, l'errore sul fatto rappresenta il rovescio della componente intellettuale del Dolo, giacché cade sulle circostanze (di fatto o di Diritto) della fattispecie penale<sup>37</sup>.

---

37 Cff. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 279. Bisogna avvertire che a fronte di questa chiara distinzione fra errore di fatto ed errore di Diritto non mancano zone grigie quando l'errore cade su un elemento normativo della fattispecie penale come accade per la qualifica di "bene ecclesiastico" nel Delitto di cui al

Tirando le fila, nella ricostruzione dogmatica qui proposta, muovendo dalla premessa che il Dolo ha ad oggetto solo l'elemento materiale (non quello legale) del Delitto, si è cercato di assegnare all'*ignorantia Iuris* incolpevole una posizione autonoma rispetto all'imputabilità, ravvisando nella prima e contrariamente all'interpretazione in atto dominante una causa esimente della Pena in senso proprio.

Tale conclusione è suggerita non tanto (o, comunque, non solo) dalla diversa impostazione sistematica che il nuovo Codice assegna alla categoria dell'*ignorantia Iuris*, secondo l'idea di Jasonni<sup>38</sup>, quanto piuttosto dalla difficoltà di includere fra gli elementi soggettivi del Delitto –l'allusione è alla categoria dell'imputazione dolosa– anche la conoscenza del divieto penale.

Il Can. 1323, 2° toglie la punibilità, non l'imputabilità dolosa (qualora si accolgano le acquisizioni fin qui maturate), a condizione che al soggetto-agente non si possa muovere alcun rimprovero per aver ignorato la natura criminale del comando violato. Viceversa, l'autore del Delitto potrà essere chiamato a rispondere della sua condotta solo quando la mancata conoscenza del comando violato sia inescusabile. Da questo differente versante, se ne parlerà più avanti (cfr. §3), gioca un ruolo decisivo l'imputazione per Colpa. Bisogna però anche avvertire che la responsabilità per Colpa ha una rilevanza assai modesta nel Diritto penale canonico, come testimonia il CIC '83 che contempla solo l'abuso colposo d'autorità o d'Ufficio (cfr. Can. 1389 §2).

La ragione della non punibilità nell'ipotesi in cui il soggetto-agente abbia ignorato l'antigiuridicità penale della sua violazione è presto spiegata. Qualora il fedele fosse punito anche in caso di ignoranza incolpevole del comando penale violato, costui avvertirebbe come ingiusta ed arbitraria la Pena inflittagli, a prescindere dalle finalità che con essa si vogliono raggiungere.

---

Can. 1377. In tal caso per evitare confusione con l'errore di Diritto si parla di errore su Legge extrapenale o su Legge diversa da quella penale. Non di rado questa specie di errore è menzionata dal Legislatore espressamente in occasione della disciplina dell'errore sul fatto. Si pensi, a titolo esemplificativo all'Art. 47/3 dell'attuale Codice penale italiano che esclude la punibilità se l'errore su una Legge diversa dalla Legge penale ha cagionato un errore sul fatto che costituisce Reato. Inoltre l'errore su Legge extrapenale è stato utilizzato per mitigare il rigore della prassi giudiziaria inglese la quale, contraria a riconoscere la *defence del mistake of Law*, mostra viceversa una maggiore apertura al *mistake of civil Law* (cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, 357).

Altre volte l'errore in parola ha generato una vera e propria *querelle*. Paradigmatica la questione vivacemente discussa nel Diritto penale tedesco attinente alla punibilità del Reato di costruzione abusiva in caso di errore sull'esistenza dell'obbligo delle autorizzazioni della pubblica Amministrazione. Si dibatte se l'assenza del permesso di costruire più che un errore sul divieto sia parte integrante del Delitto di costruzione abusiva così da venire meno lo stesso fatto doloso; ma non la responsabilità per Colpa, se prevista: cfr. M. MAIWALD, *Caso VII - Errore di Diritto*, 158-160.

38 Cfr. M. JASONNI, *Contributo*, 144.

È persino superfluo insistere sull'intimo legame esistente fra mancata conoscenza di un Reato e responsabilità penale, sintetizzato dalla Canonistica nei seguenti termini:

«se, infatti, la punibilità dipende principalmente da una responsabilità di ordine morale e personale ed il soggetto rappresenta, sempre e comunque, il fulcro del Sistema penale, è evidente che la conoscenza della Norma e dei valori che ad essa sono sottesi acquista una pregnanza particolare ed un significato urgente ed indifferibile»<sup>39</sup>.

Sul piano comparativo può invece essere utile ricordare come la dottrina secolare non rinunci a configurare la conoscibilità dell'illiceità penale quale autonomo requisito della colpevolezza senza però confonderla né con l'imputabilità riferita alla sanità mentale del soggetto, né con l'intenzione dolosa riferita alla rappresentazione del fatto materiale<sup>40</sup>. Bisogna tuttavia intendersi sul significato da assegnare alla categoria penalistica della "colpevolezza" per evitare di confinarla solo agli stati psichici del Dolo e della Colpa.

Premesso che allontanerebbe troppo dal tema scelto un approfondimento su questo punto, qui basterà ricordare che alla concezione c.d. psicologica (dominante nella seconda metà dell'800) che teorizzava la colpevolezza come "nesso psichico fra tra l'agente ed il fatto", si sostituì (all'inizio del secolo scorso) la concezione c.d. normativa che trasformò la colpevolezza in un "giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà"<sup>41</sup>. Quest'ultima teorizzazione nasceva dalla necessità di superare i limiti presenti nella concezione psicologica, ritenuta inadatta a graduare e quindi ad individualizzare la colpevolezza in rapporto alla "qualità" dell'elemento psicologico che lega il fatto al suo autore<sup>42</sup>.

La colpevolezza intesa come rimprovero personalizzato assume una configurazione più complessa i cui elementi costitutivi sono: imputabilità, Dolo o Colpa, conoscibilità del divieto penale, assenza di cause di esclusione della colpevolezza<sup>43</sup>.

39 M. JASONNI, *Contributo*, 163-164.

40 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 294.

41 *Ivi*, 235-238. Si veda anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 293-295.

42 Secondo la concezione psicologica il nesso psichico fra autore e fatto non è graduabile ma fisso, restando così indifferente al Diritto i motivi del delinquere. Viceversa ciascuno si avvede bene che un furto commesso per bisogno non ha lo stesso disvalore sociale di un furto commesso per cupidigia. Tuttavia la concezione psicologica si adattava bene ad un sistema penale incentrato sulla funzione retributiva della Pena in cui ciò che conta è solo ripagare il male commesso: cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 236.

43 *Ivi*, 243; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 302. Il processo di sganciamento della categoria della colpe-

Di conseguenza, ai fini della punibilità, oltre alle tradizionali categorie del Dolo e della Colpa è richiesta anche la conoscibilità della Legge penale, evitando nello stesso tempo una pedissequa identificazione dell'oggetto del Dolo con la conoscibilità dell'obbligo penale. Lo scenario ideologico è quello della *Schuldtheorie* secondo cui (lo si ricorderà) solo l'ignoranza inevitabile esclude la colpevolezza<sup>44</sup>.

Conclusivamente, la rilevanza scusante dell'ignoranza incolpevole ha arricchito i presupposti soggettivi della responsabilità penale.

Così, in Italia, se il principio di colpevolezza ha trovato una prima espressione nel Dolo e nella Colpa, esso si è reso progressivamente indipendente dagli anzidetti stati psichici per divenire una categoria autonoma comprensiva dell'imputabilità, della conoscenza-conoscibilità dell'antigiuridicità e della (incerta) categoria dell'esigibilità<sup>45</sup>.

Ai fini della ricerca che si sta svolgendo non interessa però stabilire se il Diritto della Chiesa abbia accolto la concezione normativa della colpevolezza, benché non ostino ragioni per escluderlo; ciò che conta è sottolineare come la tesi qui sostenuta che difende l'autonomia dogmatica dell'esimente dell'ignoranza incolpevole dalla categoria dell'imputabilità (dolosa) trovi un preciso riscontro anche sul versante comparativo.

Ad ogni modo, non sfugge che l'interpretazione qui proposta, secondo cui l'ignoranza incolpevole di Diritto lascia in piedi il Dolo, se da un lato trova un sicuro ancoraggio nel dato formale, vale a dire nel Can. 1323, 2° che colloca l'ignoranza in parola fra le cause di non punibilità; dall'altro (non senza ragione) può suscitare qualche dubbio sulla correttezza di escludere dal momento rappresentativo del Dolo la conoscenza dell'antigiuridicità penale della condotta.

Invero, l'attenzione dell'Ordinamento canonico per la persona<sup>46</sup> dovrebbe suggerire che, nella materia penale, ogni profilo attinente allo *status* soggettivo dell'agente, ivi compresa la conoscenza (o meno) dell'antidoverosità della

---

volezza dal Dolo è stato merito soprattutto della dottrina tedesca del secondo dopoguerra che ha distinto fra errore sugli elementi del fatto ("*Tatbestandsirrtum*"), il quale esclude il Dolo, ed errore sul divieto ("*Verbotsirrtum*"), il quale esclude la colpevolezza. Al lume di questo orientamento il Dolo è spogliato di ogni connotazione di valore con la conseguenza che esso prescinde dalla conoscenza della Legge penale ed è ridotto alla rappresentazione e volizione degli elementi costitutivi del fatto. Al contrario, la colpevolezza –intesa come atteggiamento contrario ai doveri imposti dall'Ordinamento– è integrata dalla conoscenza della Legge violata, cfr. M. RONCO, "Ignoranza della Legge (Dir. pen.)", in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, 5.

44 Cfr. F.C. PALAZZO, "Ignoranza", 124.

45 *Ivi*, 128.

46 *Supra* nota 5.

condotta realizzata, debba operare preferibilmente sul terreno dell'imputabilità. In merito, l'orientamento tradizionale della Canonistica che teorizza la conoscenza dell'antigiuridicità penale come requisito di imputabilità, piuttosto che come condizione di punibilità, si mostra più rispettoso del dato sostanziale nel senso dinanzi precisato.

Nondimeno, il dato formale spinge verso l'interpretazione opposta che, lo si è visto nelle pagine addietro, considera irrilevante ai fini dell'esclusione del Dolo l'ignoranza incolpevole della Legge penale violata.

*De Iure condendo* l'auspicio è che il Legislatore sappia ritrovare fra ordine formale ed ordine sostanziale quella corrispondenza la quale sembra essere stata smarrita *in subiecta materia* ma che è irrinunciabile se si vuole che il primo rispecchi sempre e pienamente il secondo.

### 3. LA CONDIZIONE SOGGETTIVA DI OPERATIVITÀ DELL'ESIMENTE DELL'IGNORANTIA IURIS PENALIS

Riaffermata la natura di esimente in senso proprio dell'*ignorantia Iuris*, il passo successivo attiene alle condizioni di operatività della stessa.

Prima può giovare un accenno agli stati soggettivi che sono alla base dell'esimente in parola.

Il significato del termine "ignoranza" lo si intuisce facilmente attingendo al linguaggio comune, sicché non necessita di particolari approfondimenti.

«L'ignoranza della Legge si ha quando non si è a conoscenza dell'esistenza della Legge o quando si ha dell'esistenza di una Legge un'idea sbagliata. L'ignoranza è la mancanza della necessaria conoscenza di una cosa da parte di chi è capace di conoscere»<sup>47</sup>.

All'ignoranza il Legislatore ecclesiastico equipara l'inavvertenza e l'errore (Can. 1323, 2°, seconda proposizione).

Sul piano meramente concettuale si tratta di stati cognitivi distinti rispetto all'ignoranza.

«L'inavvertenza è la mancanza di attenzione.  
L'errore è un giudizio sbagliato riguardo ad una determinata cosa, da parte di chi è capace di conoscere»<sup>48</sup>.

47 Z. SUCHECKI, *Le sanzioni*, 79.

48 *Ibidem*.

Benché distinti, non si può concludere che inavvertenza ed errore siano concetti indipendenti da quello di ignoranza. Inavvertenza ed errore, a ben vedere, indicano cause possibili della mancata conoscenza della realtà.

La scelta del Legislatore ecclesiastico di equiparare all' esimente dell' ignoranza incolpevole anche quelle dell' inavvertenza ed errore incolpevoli potrebbe dunque sembrare superflua (cfr. Can. 1323, 2°, seconda proposizione). Tant'è che il Can. 1324 §1, 9°, attenuando la responsabilità del fedele, ignaro senza Colpa della Pena annessa al comando violato, non menziona l'errore e l' inavvertenza.

In effetti, com'è stato acutamente osservato,

«se si muove dalla premessa che ciò che è risolutivo ai fini della colpevolezza è la possibilità o meno di pervenire da parte del soggetto alla esatta conoscenza del Precetto, è chiaro che a tali fini risulta sostanzialmente indifferente la specifica natura psichica assunta di volta in volta dalla mancata conoscenza del Precetto»<sup>49</sup>.

Ad ogni modo la clausola di equivalenza fissata dal Can. 1323, 2° si lascia apprezzare se non altro perché evita possibili confusioni interpretative che invece nelle Legislazioni civili sono legate a proposizioni normative talvolta equivoche.

Così, per esempio, mentre l' Art. 14 del Codice penale spagnolo sembra voler accordare rilevanza solo all' errore (di fatto o di Diritto)<sup>50</sup>, il Codice penale italiano non brilla per chiarezza perché mentre l' Art. 5 menziona l' ignoranza di Diritto<sup>51</sup>, invece l' Art. 47 dà rilevanza solo all' errore sul fatto<sup>52</sup>.

Premesso che fra errore ed ignoranza nel sistema penale italiano esiste un rapporto di causa-effetto dal momento che l' errore genera sempre un' ignoranza della realtà vera, ma non viceversa, come quando il soggetto non abbia semplicemente attivato le facoltà intellettive<sup>53</sup>, potrebbe sorgere il dubbio se

---

49 Cfr. F.C. PALAZZO, "Ignoranza", 130.

50 Per un commento sull' Art. 14, cfr. F. MORALES PRATS, Sub *Artículo 14*, in G.Q. OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2 ed., Pamplona, 2001, 105-113.

51 Art. 5 (Ignoranza della Legge penale): «Nessuno può invocare a propria scusa l' ignoranza della Legge penale».

52 Art. 47 (Errore di fatto): «L' errore sul fatto che costituisce il Reato esclude la punibilità dell' agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da Colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla Legge come Delitto colposo.

L' errore sul fatto che costituisce un determinato Reato non esclude la punibilità per un Reato diverso. L' errore su una Legge diversa dalla Legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il Reato».

53 Cfr. M. RONCO, "Ignoranza", I.

il Legislatore menzionando solo l'errore abbia inteso riferirsi anche alla mancanza di conoscenza a prescindere dalla sua causa (c.d. ignoranza in senso ampio o pura).

Secondo una parte della dottrina, ai fini penali, rileva solo l'ignoranza determinata da errore, giacché nella mera ignoranza mancherebbe un convincimento che spinge il soggetto ad agire, di conseguenza è indifferente che la Legge parli di ignoranza o di errore, in quanto ciò che rileva è solo l'errore<sup>54</sup>.

Invero, contro questa interpretazione che nega la rilevanza giuridica dell'ignoranza pura si potrebbe replicare che l'autore della violazione è spinto ad agire perché per disattenzione (non per errore) è convinto di non commettere un illecito penale.

Per questa ragione si ritiene più convincente l'interpretazione di chi conserva la distinzione fra ignoranza ed errore con la conseguenza che la disciplina specificamente disposta per le situazioni designate con il termine di errore non è estensibile anche alle situazioni di pura ignoranza<sup>55</sup>.

D'altra parte (se ne accennerà fra breve) esistono Sistemi penali come quello americano in cui ignoranza ed errore sono nettamente distinti, accordando efficacia scusante solo al secondo.

Sul terreno del Diritto della Chiesa, lo si è detto a più riprese, solo l'ignoranza "*sine Culpa*" esime dalla Pena.

La Canonistica che si è occupata di questo tema ha ravvisato nella scusabilità dell'ignoranza un elemento di discordanza sostanziale dell'Ordinamento canonico rispetto ai Diritti penali statali. Il dato della divaricazione e della diversità si coglierebbe nell'inescusabilità dell'ignoranza della Legge, affermato come dogma indiscusso dalla scuola penalistica classica. Per giungere alla condanna penale il Giudice civile farebbe applicazione del seguente sillogismo: fattispecie legale (premessa maggiore), fatto storico (premessa minore) e qualificazione giuridica (risultato). Nell'Ordinamento canonico, invece, la sequenza sillogistica si arricchisce di un'ulteriore passaggio perché il Giudice dovrà anche verificare se il soggetto abbia o no e per quali ragioni ignorato la Norma canonica violata<sup>56</sup>.

L'opinione innanzi riferita individua le ragioni di questa diversità nella certezza del Diritto che rappresenta lo scopo dell'Ordinamento statale a garanzia del valore sostanziale della pace sociale, così che a tutti i costi deve valere la volontà dello Stato. Nella Chiesa, al contrario, la certezza non può essere disgiunta dalla giustizia in forza della carità che anima tutta la società

---

54 Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 362.

55 Cfr. M. RONCO, "Ignoranza", 1.

56 Cfr. M. JASONNI, *Contributo*, 167-168.

ecclesiastica sicché il Giudice deve aver riguardo anche per la situazione soggettiva di ignoranza del fedele<sup>57</sup>.

È indubbio che le radici ideologiche dell'inescusabilità dell'ignoranza siano da ricercare nella concezione di matrice illuministica della Legge la quale, in virtù della sua razionalità, certezza e neutralità, non tollera deroghe alla sua applicabilità<sup>58</sup>.

A prima vista potrebbe sembrare che l'affermazione dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza sia fin troppo ed irragionevolmente severa. In realtà occorre anche tener conto del fatto che per gli illuministi le Leggi dello Stato debbono rispecchiare la semplicità delle Leggi naturali, pertanto un'ignoranza incolpevole delle medesime appariva pressoché impossibile.

Rinviando il lettore ai contributi che *ex professo* hanno studiato gli sviluppi storici della disciplina dell'*ignorantia Iuris* all'interno dei Sistemi nazionali<sup>59</sup>, qui è sufficiente ricordare che il dogma dell'inescusabilità dell'*ignorantia Iuris*, consolidatosi nell'epoca delle codificazioni fino a divenire uno dei pilastri portanti dei Sistemi penali, è stato successivamente eroso dalla maggior parte dei Legislatori statali che hanno iniziato ad introdurre nei loro Sistemi la regola della scusabilità dell'ignoranza inevitabile della Legge penale<sup>60</sup>. Altre volte ed in assenza di una esplicita scelta normativa in questa direzione è intervenuta la Giurisprudenza a colmare la lacuna<sup>61</sup>.

Per cogliere il progressivo avvicinamento delle Codificazioni civili a quella canonica su questo specifico tema, si può richiamare, esemplificando, il Codice penale italiano del 1930.

---

57 *Ivi*, 168-169.

58 Cfr. M. RONCO, "Ignoranza", 3.

59 Per le linee essenziali circa lo sviluppo storico dell'Istituto dell'*ignorantia Iuris* è sufficiente il rinvio alle molteplici voci enciclopediche esistenti sul tema.

60 Su una breve ma completa rassegna delle principali Codificazioni che hanno introdotto il diverso principio della scusabilità dell'ignoranza inevitabile si rinvia a: F.C. PALAZZO, "Ignoranza", 124-125.

61 Nel Diritto penale belga, p.e., secondo una Giurisprudenza costante, l'errore è inevitabile se qualunque uomo ragionevole e prudente l'avrebbe commesso (cfr. H.D. BOSLY, *Caso VII - Errore di Diritto. Belgio*, in J. PRADEL - A. CADOPPI [curr.], *Casi*, 155-156, che cita la Sentenza del 10 giugno 1946 della Corte di Cassazione in cui si riconosce che l'errore inevitabile di Diritto esclude la colpevolezza dell'agente).

Ad analoghi risultati è giunta anche la Giurisprudenza olandese che alla regola per cui a nessuno è consentito ignorare la Legge ha introdotto alcune eccezioni sotto forma di errore di Diritto scusabile, sviluppato dai Giudici come una variante della causa di non punibilità non scritta (non prevista, cioè, dalla Legge). Le pronunce giudiziali riguardavano principalmente i casi di informazioni errate fornite da esperti sulle Norme in vigore tali da indurre un'altra persona a commettere un errore di Diritto, cfr. J. DE HULLU - M.I. VELDT-FOGLIA, *Caso VII - Errore di Diritto. Olanda*, in J. PRADEL - A. CADOPPI (curr.), *Casi*, 163-164.



Il lapidario Art. 5, sancendo che «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della Legge penale», segnava certamente una distanza incolmabile con il Codice pio-benedettino che nel Can. 2202 §1 riconosceva la non imputabilità del fedele in caso di *ignorantia inculpabilis*. Bisogna tuttavia ricordare che già all'indomani della sua entrata in vigore l'Art. 5 fu oggetto di serrate critiche da parte della dottrina<sup>62</sup>, fino a quando, con qualche decennio di ritardo, il principio dell'assoluta inescusabilità dell'ignoranza della Legge penale fu definitivamente spazzato via dalla Sentenza 24-3-1988, 364 della Corte Costituzionale con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'Articolo in parola «nella parte in cui non esclude dall'inexcusabilità dell'ignoranza della Legge penale l'ignoranza inevitabile»<sup>63</sup>.

Fra le ragioni di questo mutato clima culturale ha influito soprattutto la progressiva “amministrativizzazione” del Diritto penale susseguente alla sempre maggiore complessità delle società contemporanee, per cui si assiste alla proliferazione dei reati artificiali nei Sistemi penali statali<sup>64</sup>.

Per trovare una qualche divergenza fra Diritto canonico e Diritti civili occorre volgere lo sguardo ai Sistemi di *common Law*. Le Corti inglesi, benché sollecitate dalla dottrina, non mostrano difatti alcuna apertura verso l'accoglimento della *defence* generale dell'ignoranza inevitabile<sup>65</sup>, anche se non mancano i primi segnali in controtendenza<sup>66</sup>.

62 Fra i tanti si è scelto qui di ricordare F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto*, 304, il quale auspicava una riforma dell'Art. 5 del Codice penale affinché il rigido principio dell'inexcusabilità assoluta dell'ignoranza venisse attenuato sull'esempio delle altre Legislazioni vigenti compresa quella canonica.

63 Cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 24-3-1988, n. 364*, in URL: < <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0364s-88.html> > (in data 10/08/2013). Per un primo commento alla Sentenza, cfr. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della Legge penale: prima lettura della Sentenza n. 364/88*, in *Il Foro italiano*, CXIII (1988), coll. 1385-1395.

64 Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: F.C. PALAZZO, “Ignoranza”, 125 ed alla bibliografia ivi riportata.

65 Cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*, 356, il quale avverte che comunque non mancano correttivi a questo rigoroso orientamento della Giurisprudenza. È il caso degli *Acts of Parliament*. Per essi non è prevista la promulgazione, né la loro entrata in vigore è subordinata alla pubblicazione, nondimeno esistono Precedenti nel senso che deve essere concesso un periodo di tempo ragionevole per consentire la cessazione delle attività lecite in corso quando entra in vigore la Norma penale che le vieta sotto minaccia di Sanzione penale. Più in generale bisogna dire che in Inghilterra la regola dell'inexcusabilità dell'ignoranza di Diritto è applicabile solo quando lo Stato abbia reso effettivamente conoscibile la Norma penale.

66 Benché, per esempio, diversamente dai Sistemi di *civil Law*, non è riconosciuta alcuna *defence* se il reo è stato indotto in errore da un parere sbagliato di un funzionario, tuttavia non mancano le prime Decisioni di segno contrario. È questo il caso di una ditta che aveva eretto i cartelloni pubblicitari senza però richiedere il permesso di costruire a causa di erronee informazioni ricevute dai funzionari amministrativi comunali. La *Divisional Court*, a seguito della denuncia penale del Consiglio comunale, stabilendo che i cittadini devono potersi fidare delle indicazioni fornite dai Funzionari decise di bloccare l'Azione penale, cfr. A. ASHWORTH, *Caso VII - Errore di Diritto. Inghilterra*, in J. PRADEL - A. CADOPPI (CURT.), *Casi*, 161.

Nel Sistema penale americano l'ignoranza della Legge penale non scusa mai, ma diversamente dal Diritto inglese l'errore di Diritto (*mistake of Law*) può essere una *defence*<sup>67</sup>.

Tirando le fila, anche i Diritti penali laici (quantomeno quelli di *civil Law*) non rimangono insensibili all'efficacia scusante dell'*ignorantia Iuris*, così da pretendere un rispetto assoluto delle loro Norme in ragione della certezza del Diritto.

In conclusione, deve ritenersi superata la tesi sostenuta in dottrina per cui l'inescusabilità dell'ignoranza sia un principio divenuto patrimonio della cultura giuridica degli Stati contemporanei ai quali si oppone l'Ordinamento canonico<sup>68</sup>.

Ad un esame più attento della disciplina canonistica potrebbe persino vacillare la certezza di quanti credono che la regola della scusabilità dell'*ignorantia Iuris* abbia trovato nella Chiesa la sua più compiuta realizzazione. La regola in parola sembra offuscata dalla prescrizione normativa della mera attenuazione del trattamento punitivo (ferma restando in ogni caso la responsabilità penale) quando ad essere ignorata è solo la *sanctio canonica*.

Precisando meglio, i dubbi più consistenti in materia di *ignorantia Iuris pœnalis* attengono alla differente disciplina codiciale a seconda che l'ignoranza incolpevole abbia ad oggetto la Legge o il Precetto (cfr. Can. 1323, 2°), oppure solo la Pena (cfr. Can. 1324 §1, 9°). In particolare, l'autore della violazione non sarà punito nella prima ipotesi; beneficerà invece di un trattamento punitivo più mite nella seconda che configura una circostanza attenuante<sup>69</sup>.

La distinzione rispetto all'esimente dell'ignoranza incolpevole di cui si è parlato qualche pagina addietro è chiara:

«non si tratta di ignorare senza Colpa che si sta violando una Legge come nell'ipotesi prevista dal Can. 1323, 2°, bensì di ignorare sempre incolpevolmente [...] non la Legge o il Precetto bensì che all'una o all'altro sia annessa una Pena»<sup>70</sup>.

È indubbio che la consapevolezza dell'illiceità della propria condotta rappresenta un'ipotesi più grave rispetto all'ipotesi in cui il soggetto agente ignori addirittura di violare una qualsivoglia Norma, ma è opinione di chi scrive che ciò non basti per punire, anche se meno duramente.

---

67 Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America (Substantive criminal Law)*, Milano, 1985, 261.

68 Cfr. M. JASONNI, *Contributo*, 167.

69 Il Codice anteriore esplicitava la *mens Legis* dell'attenuante in parola, statuendo: «*ignorantia solius Pœnæ imputabilitatem Delicti non tollit sed aliquantum minuit*» (cfr. Can. 2202 §2).

70 R. BOTTA, *La Norma penale nel Diritto della Chiesa*, Bologna, 2001, 154.

Il soggetto-agente, ignorando la Pena annessa alla violazione della Legge o del Precetto, potrebbe essere spinto a delinquere proprio dalla falsa convinzione di commettere un illecito rilevante solo sul piano amministrativo; mentre, se ne conoscesse le conseguenze penali, potrebbe scegliere di desistere dall'azione criminale.

Il principio di colpevolezza esige, infatti, la conoscenza (o, quanto meno, la sua possibilità) dell'antigiuridicità specificamente penale della violazione commessa.

Senza entrare nel merito del dibattito dottrinale, ancora aperto, sulle finalità della Pena, incentrato sulle tre linee-guida dell'intimidazione, della retribuzione e dell'emenda<sup>71</sup>, è intuitivo che il reo potrà essere chiamato a rispondere penalmente dei suoi atti a condizione che egli sappia (o sia nelle condizioni di sapere) non di aver violato un qualsiasi comando, ma un comando specificamente penale. In caso contrario, avvertirà la Pena come ingiusta ed arbitraria, a prescindere dalle finalità che con essa si vogliono perseguire.

Stando così le cose, la previsione codiciale dell'attenuazione della Pena allorché l'ignoranza incolpevole sia caduta solo sulla Pena è censurabile dal momento che la colpevolezza può mancare non solo quando il soggetto agente, senza Colpa, crede di agire lecitamente, ma anche quando egli violi –dolosamente o colposamente– un comando, ignorando le sanzioni penali connesse al suo inadempimento.

Rappresenta dunque una forzatura ingiustificata distinguere sul piano della disciplina dell'*ignorantia Iuris* ciò che invece sul piano della struttura del Delitto è unitariamente considerato, vale a dire la violazione della Legge e la Pena annessa, rispettivamente indicati dalla dottrina come elemento oggettivo ed elemento legale. Questi, unitamente all'elemento soggettivo (Dolo o Colpa), sono gli elementi costitutivi del Delitto canonico<sup>72</sup>.

71 Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto*, 588-598. Più recentemente, per un quadro generale sui profili critici allo schema tradizionale di risposta al Reato e sulla necessità di superare il ruolo centrale assegnato al carcere, si veda: L. EUSEBI, "Pena", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, XI, Milano, 2007, 80-94.

Anche nell'Ordinamento canonico potrebbe sorgere il dubbio su quale sia la finalità (se non esclusiva, quantomeno) principale da assegnare alla Pena. L'interrogativo nasce dall'ambigua disciplina del *Codex*. Mentre il Can. 1341 non sembra fissare una gerarchia fra "riparazione dello scandalo", "ristabilimento della giustizia" ed "emendamento del reo"; la *Norma generalis* contenuta nel Can. 1399 attribuisce all'Autorità ecclesiastica il (discutibile) potere di punire in via eccezionale il fedele se «*necessitas urget scandala preveniendi vel reparandi*». Alla stregua della Norma in parola, con cui si chiude il Libro VI del *Codex*, la funzione preventiva e riparativa della Pena sembrerebbe dunque assumere, nella *mens Legis*, una posizione preminente rispetto a quella emendativa.

72 Cfr. L. CHIAPPETTA, *Sub Can. 1321*, in *Il Codice di Diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, II, Napoli, 1988, 596, n. 4811.

Più condivisibile è la scelta del Legislatore tedesco che ha previsto una diminuzione facoltativa della Pena allorché l'errore sull'illiceità penale del fatto sia evitabile (cfr. §17 *StGB*). In tal caso la mancata coscienza dell'anti-giuridicità si riflette sul rimprovero della colpevolezza così da giustificare un trattamento punitivo più mite.

Ci si potrebbe interrogare se anche nel Diritto penale canonico, applicando l'attenuante generica di cui al Can. 1324 §2, il fedele che abbia colpevolmente ignorato il comando penale possa beneficiare di un trattamento più mite. La questione non è priva di importanza dal momento che all'errore evitabile corrisponde un grado di colpevolezza ridotto al quale un sistema penale fondato sulla responsabilità soggettiva non può restare indifferente.

Sebbene nel CIC '83 manchi una Norma corrispondente al §17 *StGB*, si ritiene che la Pena possa comunque essere diminuita dal Giudice. L'*ignorantia Iuris* evitabile potrebbe rientrare fra quelle circostanze attenuanti generiche di cui al Can. 1324 §2. Nondimeno, si deve riconoscere che l'omissione della debita diligenza da parte del fedele nel conoscere la Legge si traduce molto spesso in un'ignoranza crassa o supina (per usare il linguaggio legislativo) ossia in quegli stati soggettivi consistenti in pigrizia o disinteresse completo che il Can. 1325 esclude possano essere presi in considerazione ai fini dell'applicazione delle circostanze esimenti ed attenuanti.

#### 4. LA "FORMALIZZAZIONE" DELL'ILLECITO PENALE QUALE PRESUPPOSTO IRRINUNCIABILE DELL'IGNORANZA INCOLPEVOLE

Posto che la regola della scusabilità dell'*ignorantia Iuris pœnalis* non segna un vero discrimine fra Diritto della Chiesa e Diritti statali, non si può trascurare che l'Ordinamento canonico costituisce un *unicum* dal momento che in esso «il Diritto naturale ed il Diritto positivo si integrano in unico sistema giuridico, che è in parte naturale e in parte positivo»<sup>73</sup>.

Appartiene agli studi di teoria generale l'approfondimento del legame esistente fra diritto divino ed umano; qui giova richiamare l'attenzione sui riflessi della stretta compenetrazione fra la componente religiosa ed ecclesiastica nella materia penale.

Il CIC vigente non definisce il Delitto, lasciando questo compito all'interprete. Con il termine "Delitto" la Canonistica intende «la violazione esterna

---

73 J. HERVADA, *Introduzione critica al Diritto naturale*, Milano, 1990, 179.

e moralmente imputabile della Legge, alla quale sia annessa una Sanzione canonica almeno indeterminata»<sup>74</sup>.

Dell'anzidetta definizione interessa il riferimento alla Legge. La dottrina sottolinea che «si tratta non solo della Legge positiva della Chiesa, ma anche delle Leggi divine, sia naturali che positive, che sono parte dell'unico Ordinamento canonico»<sup>75</sup>.

Benché i principali testi normativi da cui si desume *in obliquo* la definizione di Delitto (cfr. Can. 1321 §1 CIC '83; Can. 2195 §1 CIC '17) menzionano solo la Legge senza qualificarla ulteriormente, un sicuro aggancio legislativo all'interpretazione dinanzi riferita potrebbe essere offerto dal Delitto a-tipico contemplato dalla *Norma generalis* con cui si chiude il Libro VI del nuovo Codice. Il Can. 1399 attribuisce all'Autorità ecclesiastica il potere di punire in via d'urgenza il fedele che abbia violato una Legge divina o canonica (*divinae vel canonicae Legis externa violatio*)<sup>76</sup>.

Ciò è sufficiente per domandarsi se l'esimente dell'ignoranza incolpevole della Legge sia riferibile oltre che a quella ecclesiastica, anche alla Legge divina.

*Nulla questio* se ad essere ignorata sia la Sanzione canonica annessa alla violazione della Legge divina così che il fedele in buona fede, potrà beneficiare di un trattamento punitivo più mite in virtù dell'attenuante di cui al Can. 1324 §1, 9°.

Se, però, l'ignoranza concerne l'esistenza della Legge divina la prospettiva muta. Senza tema di smentite si può affermare che nei confronti della Legge divina esiste a carico del fedele una presunzione assoluta di conoscenza, sicché egli non potrà mai invocare l'esimente dell'ignoranza incolpevole. Il che si desume (se mai ce ne fosse bisogno) dal *Codex* che introduce la regola della presunzione relativa solo in occasione della disciplina delle Leggi ecclesiastiche (cfr. Can. 15).

In realtà la questione qui sollevata è più generale, destinata cioè a varcare i confini della materia penale.

In altre parole si tratta di indagare sui rapporti esistenti fra Diritto divino e Diritto umano per capire se il primo sia direttamente cogente nell'ordine giuridico o se, viceversa, necessiti della mediazione del secondo.

74 V. DE PAOLIS, "Delitto", in C.C. SALVADOR - V. DE PAOLIS - G. GHIRLANDA (CURT.), *Nuovo dizionario*, 336.

75 *Ibidem*.

76 La questione non si pone, viceversa, per la Codificazione orientale dal momento che non solo è assente nel CCEO una Norma corrispondente al Can. 1399, ma soprattutto perché l'esistenza del Delitto è fatto dipendere dalla violazione di una Legge o di un Precetto che il Can. 1414, diversamente dal Can. 1321 del Codice latino, qualifica espressamente come penale, lasciando così intendere l'irrinunciabile mediazione del Legislatore ecclesiastico nella tipizzazione delle fattispecie punibili.

Che il problema non sia meramente accademico è confermato dal dibattito sorto intorno alla natura giuridica della già citata *Norma generalis* contenuta nel Can. 1399.

La Norma in parola, lo si è anticipato, attribuisce all'Autorità ecclesiastica la potestà di punire il fedele per la speciale gravità della violazione di una Legge divina o canonica, ancorché sprovvista di Pena, se urge la necessità di prevenire o riparare gli scandali.

Per salvare il Canone in parola dall'accusa di violare diritto del fedele alla legalità della Pena (cfr. Can. 221 §3) –perché sospettato (non senza ragione) di aver introdotto una Norma penale in bianco visto che l'individuazione della condotta punibile è lasciata all'autorità procedente piuttosto che al Legislatore– una parte della dottrina afferma che le Leggi divine e canoniche a cui fa riferimento il Can. 1399 sono disposizioni direttamente cogenti per il fedele, pur in assenza di una contestuale previsione di una sanzionabilità penale. Di conseguenza, il Canone in esame conterrebbe non una Norma penale in bianco, bensì una Norma di rinvio che, non introducendo un nuovo comando penale, lascerebbe integro il principio di legalità penale<sup>77</sup>.

Secondo la tesi in parola, dunque, l'illiceità penale può riferirsi a parametri non solo giuridici ma anche morali ed etici.

È intuitivo che questa conclusione è inaccettabile per gli Ordinamenti laici in cui non c'è alcuna identificazione fra Norma morale e Norma giuridica in quanto la prima è solo ispiratrice della seconda, anche se talvolta non sono mancate incertezze sulla riferibilità dell'illiceità penale a parametri meta-giuridici. È il caso dell'esperienza giuridica tedesca in cui, nonostante la molteplicità delle opzioni interpretative sul §17 *StGB*, è prevalsa la scelta esegetica ancorata al dato giuridico, con la conseguenza che la coscienza del carattere immorale di una condotta non è decisiva ai fini della conoscibilità della coscienza dell'illiceità, ma può essere valutata solo come possibile indizio dell'evitabilità dell'errore<sup>78</sup>.

Tornando al Diritto della Chiesa, nell'asserita coerenza diretta delle Leggi divine nell'ordine giuridico si annida il rischio di credere che il Sistema penale canonico possa fare a meno della formalizzazione (o tipizzazione) del fatto delittuoso<sup>79</sup> giacché, quando ad essere violate sono le Leggi divine, esiste

---

77 Cfr. G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel Diritto penale canonico*, in *Angelicum*, LXXXV (2008), 277-278.

78 Cfr. G. FORNASARI, *I principi del Diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 349.

79 Con tale locuzione si fa riferimento a quella tecnica attraverso cui il Legislatore penale ritaglia e

la tentazione di ritenerle immediatamente efficaci in seno all'Ordinamento canonico.

In questa prospettiva peccato e Delitto finiscono per confondersi. Sebbene la violazione di una Norma penale rechi in sé anche una responsabilità davanti a Dio –così che ad un Delitto corrisponde sempre un peccato o, se si vuole, l'imputabilità morale è la premessa necessaria dell'imputabilità giuridica<sup>80</sup>– non bisogna cadere nell'errata convinzione che ad ogni peccato corrisponda per ciò stesso un Delitto canonico. Paradigmatica è la depenalizzazione operata dal nuovo *Codex* che ha ridotto il numero di Delitti contemplati dal vecchio. Ne segue che un fatto penalmente illecito nella vecchia Legislazione non lo è più nella nuova, benché continui ad essere censurabile sul piano morale.

È stato merito di Hervada il riconoscimento dell'irrinunciabile mediazione del Legislatore umano affinché il Diritto divino abbia effettiva applicazione in qualsiasi settore dell'Ordinamento canonico. Con acutezza di pensiero, lo studioso ha individuato due fasi: la “positivazione” con cui la Chiesa prende coscienza dei contenuti concreti del Diritto divino e la successiva “formalizzazione” con cui si realizza l'inserimento e l'efficacia giuridica del precetto divino nell'ordine ecclesiale<sup>81</sup>.

La derivazione della Legge positiva da quella naturale è il presupposto di questo processo<sup>82</sup>. Senonché, tale derivazione da sola non dà piena ragione della necessaria mediazione del Legislatore umano.

Il pensiero corre al sistema penale islamico in cui –a causa della perfetta identità fra precetto religioso e giuridico di modo che la violazione del primo implica automaticamente anche la violazione del secondo<sup>83</sup>– non è essenziale

circoscrive specifiche forme di aggressione ai beni giuridici che per le forme e modalità di offesa esigono una tutela penale (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 140-141).

80 Cfr. R. BOTTA, *La Norma penale*, 134.

81 J. HERVADA, *Introduzione critica*, 183. È intuitivo che questa impostazione dei rapporti fra Diritto divino e Diritto umano ha notevoli ripercussioni sulla problematica legata alla natura giuridica della *Norma generalis* con cui il Can. 1399 chiude il Libro VI del CIC '83. Il Canone in parola –attribuendo in via d'urgenza all'Autorità ecclesiastica la *potestas puniendi* in caso di violazione della Legge divina– più che una “Norma di rinvio” sicché il diritto del fedele alla legalità della Pena sancito dal Can. 221 §3 sarebbe salvo, deve essere più correttamente qualificato come “Norma penale in bianco”, perché affida all'Autorità competente l'individuazione della concreta azione vietata dal precetto divino.

82 L'unità fra Diritto naturale e divino ha una triplice origine. In primo luogo la Legge positiva si genera a partire dalla Legge naturale così che il Diritto naturale è la base del Diritto positivo. In secondo luogo il potere di emanare Norme positive è di origine naturale, perché dal Diritto naturale derivano sia il potere sociale che la capacità di stipulare patti. Infine le relazioni giuridiche fondamentali, da cui derivano le altre, sono naturali (*Ivi*, 179).

83 La commistione di precetti religiosi e giuridici rappresenta l'originalità del Sistema islamico rispetto agli altri Sistemi giuridici. Sotto il termine “*Sharia*” che letteralmente significa “via da seguire” sono



la tipizzazione del fatto delittuoso da parte del Legislatore (come dimostra l'esistenza dei Reati *tazir* di matrice giudiziale<sup>84</sup>).

Stando così le cose, si ritiene che nel Diritto penale della Chiesa la necessità della formalizzazione del fatto delittuoso sia desumibile dal rifiuto da parte del Legislatore ecclesiastico della regola dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza della Legge. Se infatti ogni peccato fosse per sua natura anche un Delitto, senza che occorra la mediazione del Legislatore umano, il fedele non potrebbe invocare l'esimente dell'ignoranza incolpevole di cui al Can. 1323, 2°, visto che nei confronti del precetto divino violato esiste sempre una presunzione assoluta di conoscenza<sup>85</sup>.

Per contro, attribuendo rilevanza giuridica all'*ignorantia Iuris sine Culpa*, il Legislatore ecclesiastico non esclude *a priori* che nel fedele possa mancare la consapevolezza di violare il comando penale, ponendone però a suo carico l'onere della relativa prova (cfr. Can. 15).

Ciò è possibile a condizione che si presupponga come irrinunciabile la formalizzazione del precetto divino in un precetto umano, perché solo nei confronti del secondo è ipotizzabile una possibile ignoranza la quale, alle condizioni che appresso si diranno, potrà anche esimere il fedele dalla Pena.

Concludendo l'uso del termine "Legge" contenuto nel Can. 1323, 2° deve essere interpretato nel senso di "fatto formalizzato dal Legislatore". Ciò vale evidentemente per le Leggi ecclesiastiche, ma anche per quelle divine le quali non esistono nell'Ordinamento canonico "allo stato puro" ma grazie al processo di positivazione e formalizzazione lucidamente descritto da Hervada.

contenute regole teologiche, morali, rituali e quelle che negli altri Sistemi giuridici sono Norme di Diritto privato, penale, processuale, fiscale e di Diritto bellico (cfr. M.G. LOSANO, *I grandi Sistemi giuridici. Introduzione ai Diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, 327). Nei modelli europeo-continentale e anglo-americano, religione e Morale sono, al contrario, le ispiratrici delle Leggi positive senza mai identificarsi con queste. Di conseguenza, "peccato", "vizio" e "delitto" hanno ciascuno un oggetto distinto: il precetto divino, il precetto morale ed il precetto civile. Nel sistema islamico, peccato, vizio e morale coincidono e meritano una Pena già in questa terra: cfr. G. VASSALLI, *In margine al Diritto penale islamico*, in *La giustizia penale*, XXXV (1980), col. 134.

84 Diversamente dai Reati "*hudud*" e "*qisas*", previsti dal Corano e dalla *Sunna*, l'individuazione e la punizione dei Reati "*tazir*" sono affidati all'Organo giudicante, il quale gode della più ampia discrezionalità, divenendo unico arbitro sia dei Reati, sia delle Pene. Invero, lo stesso termine *tazir* significa "discrezionalità conferita per finalità correzionali". Gli studiosi islamici sottolineano che nella punizione *tazir* occorre che la condotta sia effettivamente pericolosa per gli interessi generali e l'ordine pubblico e che la Pena inflitta dal Giudice risponda ad una repressione appropriata (*ivi*, col. 140).

85 La piena consapevolezza ed il deliberato consenso, che nell'insegnamento del Magistero ecclesiale concorrono unitamente alla materia grave a valutare il peccato come mortale (cfr. *Catechismo della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1992, nn. 1857 e 1859), sul piano della responsabilità penale si traducono nell'imputazione del Delitto a titolo di Dolo. Resta inteso che dalla gravità del peccato non è, comunque, possibile inferire direttamente, vale a dire senza la mediazione del Legislatore, l'esistenza della corrispondente incriminazione giuridica.



Per completezza bisogna aggiungere che nell'Ordinamento canonico il fatto punibile può essere formalizzato oltre che mediante un Atto legislativo anche con un Atto amministrativo singolare: il Precetto penale (cfr. Can. 1319).

Il che crea non poco imbarazzo circa la "tenuta" del Sistema penale della Chiesa, perché la transitorietà e personalità che caratterizzano il Precetto penale lo rendono difficilmente conciliabile con il diritto del fedele ad essere punito «*nisi ad normam Legis*», vale a dire mediante un atto, per sua natura, generale ed astratto (cfr. Can. 221 §3).

L'accennata questione attiene al dibattito ancora aperto in dottrina sulla piena ricezione (oppure no) del principio di legalità penale nella Chiesa. Ma, la costituzione "in via amministrativa" del Delitto canonico investe anche la disciplina della *ignorantia Iuris* perché invita a riflettere sulla possibilità per il fedele – a cui sia stato direttamente notificato il Precetto penale – di invocare l'ignoranza incolpevole.

Quest'ultimo argomento sarà discusso nel prossimo paragrafo.

## 5. LA MANCANZA DI COLPA: CONTENUTO E SITUAZIONI TIPICHE

Le ultime riflessioni che si è scelto di sottoporre all'attenzione del lettore riguardano il criterio su cui valutare la scusabilità dell'ignoranza. Il Can. 1323, 2° lo indica nella mancanza di Colpa.

Confrontando su questo punto il CIC '83 con il Codice penale tedesco o quello italiano, solo per citarne alcuni, è facile accorgersi immediatamente che nelle esperienze giuridiche statali il parametro per giudicare la scusabilità dell'ignoranza non è l'assenza di Colpa ma la sua evitabilità. Ad ogni modo, salvo qualche isolata voce contraria<sup>86</sup>, il giudizio sull'evitabilità coincide con il giudizio sulla Colpa.

In merito, basterà qui ricordare che le circostanze soggettive indicate dalla Giurisprudenza italiana per accertare l'inescusabilità dell'ignoranza si sostanziano principalmente nella mancanza di informazione da parte del soggetto agente sull'esistenza e contenuto della Legge proporzionata alla diversa complessità dei tipi di attività ed ai diversi tipi di soggetti. In sintesi, ai fini del giudizio di evitabilità dell'ignoranza, si applica il criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, originariamente elaborato sul terreno della Colpa<sup>87</sup>.

86 La questione è sorta, per esempio, nella Giurisprudenza tedesca in cui è talvolta affiorato un orientamento secondo cui ai fini dell'evitabilità dell'errore si dovrebbe utilizzare un criterio di accertamento più rigoroso rispetto a quello usato per la Colpa, cfr. G. FORNASARI, *I principi*, 354.

87 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 298.

La scelta del Legislatore ecclesiastico di menzionare espressamente l'assenza di Colpa nella causa esimente di cui al Can. 1323, 2° non deve però trarre in inganno facendo ritenere che la Colpa per ignoranza della Legge coincida con la Colpa quale fonte di imputabilità menzionata dal Can. 1321 §1.

Per interpretare la parola “*Culpa*” utilizzata dal Can. 1323, 2° non ci si deve fermare ad una lettura isolata del Can. 1321 §2, per cui il nucleo della Colpa è semplicemente l'*omissio debita diligentiae*.

Ai fini del giudizio di scusabilità dell'ignoranza di Diritto non rileva infatti qualsiasi omissione tant'è che il Can. 1325 enumera due ipotesi in cui l'ignoranza, benché colpevole, non scusa: quella che deriva dal non aver fatto nulla per conoscere la Legge (c.d. ignoranza crassa o supina) e quella che sia stata volontariamente mantenuta per non osservare gli obblighi imposti dalla Legge (c.d. ignoranza affettata)<sup>88</sup>.

Ricapitolando, il criterio su cui giudicare la scusabilità dell'ignoranza è più stringente di quello richiesto per accertare la responsabilità colposa del fedele-delinquente.

Spetta all'interprete individuare le situazioni-tipo in cui il fedele, nonostante l'impiego della dovuta diligenza, non abbia avuto conoscenza del comando penale.

In merito è necessario distinguere a seconda che oggetto della violazione sia la Legge o il Precetto. Il Can. 1323, 2°, riferisce infatti l'*ignorantia Iuris* ad entrambi gli Atti.

Finché il comando penale è contenuto in un Atto legislativo, soggetto a pubblicazione e destinato ad entrare in vigore dopo un periodo di *vacatio* affinché tutti i suoi destinatari possano prenderne conoscenza (cfr. Can. 8), appare improbabile un'ignoranza incolpevole da parte dei fedeli, anche se questa non può essere esclusa completamente. Oltre all'ambiguità della formulazione normativa e sempre che non ci sia stata un'interpretazione autentica, si può verosimilmente ipotizzare un contrasto giurisprudenziale che impedisce ai fedeli di avere un'esatta conoscenza dei confini applicativi della Legge. Questa eventualità è tutt'altro che remota considerato che l'Art. 126 della Costituzione apostolica “*Pastor Bonus*”<sup>89</sup> indica fra le funzioni della Rota Romana anche quella di provvedere “*unitati Iurisprudentiae*”<sup>90</sup>.

88 Cfr. R. BOTTA, *La Norma penale*, 142-143.

89 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Constitutio apostolica de Romana Curia: Pastor Bonus*, in *AAS*, LXXX (1988), 841-934.

90 Ad avviso della dottrina la funzione di garanzia interpretativa, attraverso l'unità della Giurisprudenza, rappresenta «una sfida che incombe, in via principale, sugli stessi Giudici rotali» (M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006, 170).

D'altra parte anche sul versante comparativo, a seguito del citato intervento correttivo della Corte Costituzionale italiana, fra le ipotesi di ignoranza scusabile si ammette la possibilità che Sentenze fra loro contrastanti possano precludere la comprensione della regola di condotta da seguire nel caso concreto<sup>91</sup>.

Nella Chiesa il *punctum pruriens* è rappresentato piuttosto dai Delitti creati *hic et nunc* dall'Autorità procedente attraverso il Precetto penale. In effetti la notifica personale dell'anzidetto Atto amministrativo al destinatario non sembra lasciar spazio ad un'ipotesi di ignoranza incolpevole di costui.

La questione, in verità, non riguarda solo il Diritto canonico, ma si ripresenta anche nei Sistemi di *common Law* a proposito dei Reati di fonte giudiziale con i quali, secondo la dottrina, avrebbe molte affinità il Precetto penale istitutivo di un nuovo Delitto canonico. Per valutare appieno l'asserita corrispondenza non basta però affermare che

«il Diritto canonico si avvicina notevolmente al *common Law* nella misura in cui ammette, anche nella materia penale, una apertura alla Giurisprudenza come Diritto del caso concreto e non (solo) come applicazione di una regola generale ed astratta predisposta dal Legislatore»<sup>92</sup>.

In realtà le due aree normative, pur affidando (anche) all'Autorità giudicante la formalizzazione del fatto punibile, divergono profondamente sul versante della conoscibilità del fatto punibile. Senza alcuna pretesa di esaurire in poche righe un tema che richiederebbe un approfondimento maggiore, può giovare un rapido cenno al modo con cui nei Sistemi anglosassoni si cerca di tutelare il soggetto agente che in buona fede abbia commesso un illecito penale per vedere successivamente se le acquisizioni maturate dalla Scienza laica siano esportabili nell'Ordinamento canonico.

Tenendo presente che i Sistemi dell'area anglo-sassone sono caratterizzati dalla prevalenza dei formanti giudiziale e dottrinale rispetto a quello legislativo, che invece contraddistingue gli Ordinamenti di *civil Law*, il problema si pone soprattutto per gli improvvisi mutamenti giurisprudenziali con cui vengono introdotti nuovi illeciti penali (o aggravati quelli esistenti) e quindi investe la loro conoscibilità da parte del soggetto agente.

91 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, 297-298.

92 Cfr. G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione*, 274.

Il criterio della “ragionevole prevedibilità”, teorizzato dai Giudici di Strasburgo nella Sentenza del 1995<sup>93</sup>, in realtà, solo in parte mitiga l’impatto negativo che questi mutamenti hanno sul versante della conoscibilità del Diritto. In effetti se, come accade presso le Corti inglesi, la nuova regola di giudizio è applicata oltre che ai casi futuri anche a quello da decidere, limitatamente a quest’ultimo esso non sarebbe ragionevolmente prevedibile, rappresentando per l’imputato una novità inaspettata.

La scusabilità dell’*ignorantia Iuris* potrebbe senza dubbio rappresentare un efficace strumento di tutela per l’imputato a fronte di improvvisi cambiamenti di rotta della Giurisprudenza che siano a costui sfavorevoli. Tuttavia, le Corti inglesi sono restie ad accogliere la *defence* generale dell’ignoranza inevitabile o dell’errore incolpevole di Diritto.

Il Sistema penale statunitense si mostra, viceversa, più sensibile alla situazione soggettiva dell’autore della violazione. La regola dell’inescusabilità dell’ignoranza patisce così una serie di eccezioni dettate da situazioni di assoluta impossibilità di prendere conoscenza della Legge o riferibili ai casi di mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*. Secondo questo Sistema, chiunque deve poter far affidamento sulla disciplina giurisprudenziale esistente al momento del fatto. Di conseguenza, la modificazione *in peius* del Precedente

---

93 La Decisione in parola è molto celebre ed ha ad oggetto l’abolizione nel 1992 del c.d. *marital rape immunity*, cioè la causa di non punibilità a favore del marito che commette violenza sessuale in danno della moglie. È una pronuncia particolarmente interessante per gli sviluppi successivi che essa ha avuto nell’ambito della giustizia europea. Qualche anno più tardi, nel 1995, l’anzidetta Decisione della *House of Lords* era destinata a varcare i confini nazionali per approdare alla Corte di Strasburgo.

Questo, in breve, il caso deciso: un marito dopo aver abbandonato la moglie, successivamente, tentò di avere un rapporto sessuale con questa contro la sua volontà. A seguito dell’accusa di tentata violenza, la difesa, richiamandosi alla Decisione del 1736 di *Sir Matthew Hale*, secondo cui la moglie con il Matrimonio presta un consenso generale ai rapporti carnali con il proprio marito, sostenne la tesi della non punibilità dell’imputato. Sia il primo Giudice, sia (in sede di Ricorso) la *House of Lords*, affermarono invece la sussistenza del Reato.

Il punto che qui giova sottolineare è che il Giudice d’Appello, nel confermare la Decisione di primo Grado, precisò che la *common Law* poteva e doveva interpretarsi in senso evolutivo tale da riflettere i mutamenti della posizione della donna nella società, il che avrebbe legittimato l’eccezione alla regola “*Hale*”. Uscito soccombente dalla Decisione della Corte inglese, il marito fece Ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando, questa volta, la violazione del principio di legalità sancito dall’Art. 7 della “Convenzione europea dei diritti dell’uomo”. In quell’occasione la Corte europea, dopo aver ribadito che il canone della legalità è rispettato quando l’interessato è in grado di conoscere dall’espressione testuale della Norma –anche alla luce della relativa interpretazione giurisprudenziale– quali comportamenti sono riconducibili alla previsione in questione, ha concluso che l’interpretazione giudiziale non viola il principio in parola se non è incompatibile con l’essenza del Reato e possa ragionevolmente essere prevista (cfr. ECHR. COURT [CHAMBER], *Case of C.R. v. the United Kingdom*, [Application no. 20190/92], Judgment, Strasbourg, 22 november 1995, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57955> > in data 10/08/2013).

giurisprudenziale produce effetti, non sul caso deciso, al quale continuerà ad applicarsi la vecchia regola di giudizio, ma solo su quelli futuri<sup>94</sup>.

Le Corti statunitensi, dunque, riconoscendo l'efficacia esimente del *mistake of Law*, impediscono la retroattività della nuova Decisione anche al caso in giudizio, consentendo di sottrarre l'imputato alla punibilità<sup>95</sup>.

Nella Chiesa, la costituzione amministrativa dei Delitti pone problemi che attengono soprattutto alla previa conoscibilità da parte del fedele del comando (positivo o negativo) contenuto nel Precetto penale.

A prima vista la notifica o l'intimazione del Precetto penale (cfr. Can. 54) rappresenta un sufficiente elemento di garanzia per il fedele, così da escludere che egli lo possa ignorare senza Colpa. In ragione della comunicazione personale del Precetto, sarebbe impossibile per il fedele non avere conoscenza delle conseguenze penali della sua violazione, con la conseguenza che egli non potrebbe invocare a propria scusa l'esimente dell'ignoranza incolpevole.

Per uscire dall'*impasse* un settore della dottrina ha affermato che il Precetto penale può essere oltre che singolare (cfr. Can. 49) anche generale. L'anzidetta interpretazione del Precetto penale muove dall'idea secondo cui alcuni Canoni si adattano meglio al Precetto penale generale piuttosto che a quello singolare. In merito è richiamata l'attenuante dell'ignoranza incolpevole della Pena annessa al comando penale (Can. 1324 §1, 9°) per concludere che l'attenuante in parola

*«parece más fácilmente verificable en el Precepto general, ya que el Precepto singular está sometido a las Normas de forma y notificación personal de los Cc. 37, 51, 54 §2, 55 y 56, que hacen muy difícil la ignorancia inculpable»<sup>96</sup>.*

L'ammissibilità del Precetto penale generale –di cui non c'è traccia nel *Codex*– rimane una questione irrisolta fra gli studiosi perché, secondo alcuni, l'Atto in parola finirebbe per identificarsi con la Legge penale e, quindi, sarebbe sostanzialmente un inutile doppione<sup>97</sup>.

Tralasciando tale problematica perché esorbitante dall'indagine qui svolta, in questa sede preme soprattutto mettere in evidenza come la tesi dell'irri-

94 Cfr. G. FORNASARI - A. MENGHINI, *Percorsi europei di Diritto penale*, 2 ed., Padova, 2008, 29.

95 Cfr. F.C. PALAZZO, "Ignoranza", 124.

96 E. LABANDEIRA - J. MIRAS, *El Precepto penal en el CIC 83*, in *Ius Ecclesiae*, III (1991), 680.

97 Per una rapida rassegna sulle diverse posizioni dottrinali con utili rimandi bibliografici si veda: J. SANCHIS, *La Legge penale e il Precetto penale*, Milano, 1993, 168-170. Sul problema dell'inquadramento dei Precetti penali all'interno degli Atti amministrativi generali si veda anche: I. ZUANAZZI, *Præsis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Napoli, 2005, 498-509.

levanza giuridica dell'ignoranza incolpevole –allorché questa cada sul Precetto penale singolare– sia in realtà condizionata da una particolare concezione sulla struttura dei Provvedimenti penali, oltre a presupporre una violazione “in atto” da cui il suo autore può sempre scegliere di desistere.

Iniziando dalle componenti del Provvedimento penale, l'insegnamento tradizionale individua nella Legge e nel Precetto, in quanto penali, una comune struttura essenziale: il comando o il divieto di una determinata condotta, cui consegue che la trasgressione sia lesiva dell'ordine sociale (c.d. Precetto primario); la minaccia di una Pena come conseguenza giuridica, per il soggetto che violi il comando, positivo o negativo, determinato dal Precetto primario (c.d. Precetto secondario)<sup>98</sup>.

È bene precisare che, sebbene Legge e Precetto condividano la medesima struttura, differente è lo schema con cui tale struttura è rappresentabile: «se c'è A, ci deve essere B» a causa della generalità ed astrattezza della Legge; «poiché c'è A, ci deve essere B» a causa del carattere transitorio e personale del Precetto.

Ciò premesso non può sfuggire al lettore che la conoscibilità della futura punizione minacciata con Precetto penale è assicurata, e quindi l'ignoranza sarà sempre inescusabile, allorché il Precetto penale, notificato al suo destinatario, contenga un obbligo (positivo o negativo) che, se inadempito, diverrà delittuoso secondo lo schema sopra illustrato. Il che presuppone però che l'inadempimento, ritenuto meritevole di punizione da parte dell'Autorità ecclesiastica, sia destinato a perdurare nel tempo ed il reo, avvisato delle conseguenze penali della condotta illecita mantenuta, sia ancora in tempo per ritornare sui suoi passi.

Ricapitolando, la comunicazione del Precetto penale garantisce la prevedibilità della punizione nei limiti in cui la violazione commessa configuri un Delitto permanente o abituale, vale a dire un'aggressione in atto o suscettiva di reiterazione contro il bene giuridico da tutelare penalmente<sup>99</sup>.

Nell'ipotesi poc'anzi menzionata la conoscibilità del Delitto è fuori discussione. Ma, in caso di reiterazione futura della medesima violazione da parte dello stesso fedele o di altri, il criterio della ragionevole prevedibilità formulato dai Giudici di Strasburgo è esportabile nell'Ordinamento canonico così da escludere l'applicazione dell'esimente dell'ignoranza incolpevole?

98 Cfr. J. SANCHIS, *La Legge penale*, 76-77.

99 Il Delitto permanente o abituale è espressamente menzionato dal Can. 1362 §2, che fissa il *dies a quo* della Prescrizione dell'Azione criminale dalla cessazione della condotta criminale.

Si tenga presente che l'anzidetto criterio ha già fatto il suo ingresso nello Stato della Città del Vaticano che, com'è noto, è un Ordinamento *sui generis* rispetto ai Sistemi statali per il nesso strumentale che lo lega alla Chiesa<sup>100</sup>. In particolare, in presenza di un vuoto di tutela i Giudici –trovandosi a dover decidere su un caso di detenzione ed uso di droga– nella Sentenza del 5 maggio 2007<sup>101</sup> non esitarono ad affermare che

«all'imputato non poteva risultare imprevedibile la illiceità del comportamento e la reazione dell'Ordinamento, tanto da tenere ben nascosta la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti»<sup>102</sup>.

Tuttavia, il criterio in parola può funzionare solo nei Sistemi giuridici incentrati sulla regola della vincolatività del Precedente, estranea però al Diritto canonico.

Il che significa che il Provvedimento contenuto nel Precetto penale non è vincolante rispetto ai casi simili futuri<sup>103</sup>. La sua efficacia è circoscritta ad

100 Cfr. PIUS PP. XI, Sermo ad Parochos Urbis et Concionatores sacri temporis quadragesimalis: *Il No-stro*, 11 februarii 1929, in *AAS*, XXI (1929), 105.

101 Cfr. TRIBUNALE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Sentenza del 5 maggio 2007*, in *Ius Ecclesiae*, XX (2008), 227-242. Il caso sottoposto alla decisione del Collegio giudicante concerne un cittadino italiano, impiegato all'interno dello Stato della Città del Vaticano, accusato di aver acquistato e rivenduto un telefono cellulare proveniente da un Reato di furto, di aver proferito frasi minacciose nei confronti di un collega ed, infine, di aver detenuto considerevoli quantità di sostanza stupefacente ai fini della successiva cessione. Compiuta l'Istruttoria, l'imputato, assolto (per insufficienza di prove) per il Reato di ricettazione, è stato invece condannato per quello di minacce e di detenzione di sostanza stupefacente. Non essendo punibile dal Codice penale italiano del 1889 (tutt'ora recepito e vigente nell'Ordinamento vaticano) la detenzione e l'uso della droga, i Giudici vaticani, su richiesta del Promotore di giustizia, hanno applicato l'Art. 23 della Legge n. II/1929 (cfr. PIUS PP. XI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto*, n. II, 7 giugno 1929, in *AAS Suppl.*, I (1929), 5-13) che consente al Giudice di colmare vuoti di tutela punendo quei fatti che comunque offendono i principi della religione o della Morale, l'ordine pubblico o la sicurezza delle persone o delle cose.

102 *Ivi*, 239.

103 In termini più generali occorre tener presente che nell'Ordinamento processuale canonico fra i Tribunali superiori e quelli che si pongono in un grado gerarchico inferiore non esiste un vincolo di subordinazione dottrinale o giurisprudenziale, anche perché, in assenza di una carriera giudiziale, i primi non possono ritenersi più qualificati dei secondi (cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 152-153). Né deve trarre in inganno la formulazione legislativa «*unitati Iurisprudentiae consulti*» con cui l'Art. 126 della *Pastor Bonus* indica una delle tre funzioni della Rota Romana, giacché si tratta di una funzione di garanzia interpretativa non obbligatoria a causa dell'indipendenza che ogni Tribunale ha nelle proprie decisioni le quali sono vincolanti solo per le parti in Causa (cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 170).

Viceversa, nei Sistemi di *common Law* vige la regola dello “*stare decisis*”, benché non in modo assoluto. Una Corte superiore può, infatti, decidere di non attenersi al precedente formulato dalla Corte inferiore, in tal caso il precedente verrà *overruled* e sostituito da quello diverso di livello superiore. La Corte inferiore potrà, invece, svincolarsi dal Precedente a condizione che individui differenze di fatto tra il caso in esame e quello oggetto del Precedente (cfr. M.G. LOSANO, *I grandi Sistemi*, 274).



un caso specifico e solo nei confronti di uno o più fedeli da esso individuati. Il resto della *communitas fidelium* continua a confidare sulla liceità penale di quella condotta ed, in ogni caso, la conoscenza del Precetto penale da parte degli altri fedeli non gioverebbe ai fini della prevedibilità delle condotte punibili in futuro. Il Precetto essendo privo delle note della generalità ed astrattezza esaurisce i suoi effetti *hic et nunc*.

Cosa accadrebbe invece se, attraverso il Precetto, fosse punita una violazione in cui l'offesa al bene giuridico viene ad esistenza e si conclude nello stesso istante, cioè sia incapace di protrarsi nel tempo?

L'Autorità ecclesiastica, per esempio, potrebbe decidere di punire con Precetto la condotta del fedele consistente nella distruzione di embrioni fecondati *in vitro*.

È evidente che nell'anzidetta esemplificazione ci si trova di fronte alla punizione di un Delitto istantaneo non previsto dalla Legge. La dottrina tende infatti ad escludere che la distruzione di embrioni fecondati *in vitro* integri il Delitto di Aborto di cui al Can. 1398, se non altro per la necessità di interpretare in senso restrittivo la fattispecie in esso considerata<sup>104</sup>.

Quando oggetto della punizione è un Delitto istantaneo e, dunque, l'offesa al bene giuridico si è già esaurita con il compimento della condotta materiale, non avrebbe allora molto senso affermare che il fedele ha avuto la possibilità di prevedere le conseguenze penali della sua condotta. Egli fino alla comunicazione del Precetto confida in buona fede sulla liceità penale dell'azione, benché questa sia censurabile sul piano morale.

È logico che, se la violazione punita in via amministrativa configuri un Delitto istantaneo, lo schema del Provvedimento penale è diverso rispetto a quello innanzi riferito consistente nel dovere del reo di astenersi dalla condotta materiale (Precetto primario) minacciato sotto la comminazione di una Pena, se inadempito (Precetto secondario).

L'articolazione del Precetto penale in un comando (positivo o negativo) a cui è annessa una *Sanctio canonica* in caso di inadempimento del primo, in realtà non è essenziale (come ritiene la dottrina<sup>105</sup>) ma, semmai, eventuale alla struttura del Precetto penale.

Ciò che è veramente essenziale nel Precetto è solo la sua indole imperativa (cfr. Can. 49).

---

In quest'ultima ipotesi si parla di *distinguishing*, per indicare lo strumento per svincolarsi dai Precedenti (cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, 91).

104 Cfr. R. BOTTA, *La Norma penale*, 233.

105 *V. supra* nota 98.



Considerato che nei Delitti istantanei l'illecito penale si consuma nel momento stesso in cui viene realizzato, ne segue che il dovere imposto al reo con il Precetto non può essere quello di porre fine alla condotta incriminata, la quale nel momento in cui è notificato il Precetto ha esaurito la sua carica offensiva (salvo il permanere degli effetti lesivi). In tal caso l'unico contenuto imperativo ipotizzabile è quello nascente dall'applicazione della Pena. Si pensi, per esempio, ai doveri imposti allo scomunicato (Can. 1331) o alle numerose proibizioni contenute nelle Pene espiatorie (Can. 1336).

Né sarebbe azzardato ritenere che proprio nell'ipotesi in cui si contesti al fedele un Delitto istantaneo istituito con Precetto penale, la scusabilità dell'ignoranza da parte del fedele sia *in re ipsa*, esonerando costui dall'onere della relativa prova.

**L'ignorantia iuris poenalis sine Culpa nel CIC '83.  
Aspetti problematici e cenni comparativi**

FRANCESCO CAPONNETTO

**Abstract**

L'ignoranza incolpevole del comando violato presenta nel Diritto penale della Chiesa aspetti problematici. Innanzitutto, secondo un'interpretazione diffusa, l'inevitabilità di tale ignoranza non sarebbe una causa di non-punibilità in senso stretto, ma una circostanza che escluderebbe la stessa imputabilità per mancanza di Dolo e quindi il Delitto. Tuttavia, secondo una lettura confermata anche sul piano comparativo, il dato formale offerto dal Codice, il quale detta una disciplina autonoma per l'ignoranza incolpevole di Diritto, lascia intendere che il momento rappresentativo del Dolo rimane circoscritto solo al fatto materiale tipizzato, pertanto Dolo e coscienza dell'offesa non stanno e cadono insieme. Il problema più spinoso concerne, comunque, l'accertamento della scusabilità dell'ignoranza di Diritto la quale nell'Ordinamento canonico pone questioni estranee agli altri Sistemi giuridici. Nonostante l'intimo legame esistente nell'Ordinamento giuridico della Chiesa fra Diritto divino e Diritto umano, la possibilità di conoscenza del divieto penale deve essere riferita solo alle Leggi ecclesiastiche perché la "tipizzazione" dei Delitti è imposta dall'irrinunciabile mediazione del Legislatore umano affinché i precetti divini diventino operativi nel mondo giuridico. Infine, è inevitabile e, pertanto, sempre scusabile, l'ignoranza su un divieto istituito con un Atto amministrativo transitorio e personale come il Precetto penale, giacché, se il Delitto si consuma nel momento in cui viene realizzato, il fedele non può ragionevolmente prevedere una punizione *hic et nunc*.

**Parole chiave:** imputabilità, non-punibilità, scusabilità, tipizzazione, Precetto penale

**Abstract**

*The guiltless ignorance of the violated command presents problematic aspects in the penal law of the Church. Above all, according to a widespread interpretation, the unavoidable of such ignorance would not be a cause for exclusion of penal liability in the narrow sense, but rather a circumstance which would even exclude the penal liability itself for lack of intentional wrongdoing and, consequently, also the offence. However, according to a reading confirmed also at the comparative level, the formal element offered by the Code, which provides for an autonomous discipline for the guiltless ignorance of law, means that the representative moment of the intentional wrongdoing only remains circumscribed to the typified material fact, therefore intentional wrongdoing and conscience of the offence do not stay and fall together. The thorniest problem concerns, anyway, the verification of the "excusability" of the ignorance of law, which in the canonical system puts forward issues unfamiliar to the other juridical systems. Despite the intimate link existing in the church's legal system between human and divine law, the possibility of knowledge of the penal prohibition must be only referred to the ecclesiastical laws because the "typification" of the offences is imposed by the necessary mediation of the human legislator so that the divine precepts become operating in the juridical world. At last, the ignorance of a prohibition established through an administrative transitory and personal act, as the penal precept, is unavoidable and, therefore, always excusable because, if the offence is brought to perfection in the moment in which is realized, the faithful cannot reasonably expect a punishment "hic et nunc".*

**Keywords:** penal liability, exclusion of penal liability, excusability, typification, penal precept

## Alcuni aspetti sull'iter redazionale relativo alla disciplina “*de diebus festis et poenitentiae*” nella codificazione orientale del CCEO (Cann. 880-881)<sup>1</sup>

CRISTIAN CRISAN

**SOMMARIO** Premessa. 1. I tempi festivi e penitenziali nelle due Codificazioni canoniche. Aspetti generali. 2. I tempi sacri all'inizio della codificazione canonica orientale. 3. I tempi sacri nel m.p. *Cleri Sanctitati*. 4. *De diebus festis et poenitentiae*. Il cammino verso il CCEO. 5. Sinossi testuale dei Cann. 880-883 CCEO. Conclusione.

**SUMMARY** *Premise. 1. The timing holidays and penitential in the two canonical encodings. General aspects. 2. Sacred times codification of canon Law at the beginning of Eastern Europe. 3. Sacred times in m.p. Cleri Sanctitati. 4. De diebus festis et poenitentiae. The journey to the CCEO. 5. Synopsis textual Cann. CCEO 880-883. Conclusion.*

### PREMESSA

La Normativa della temporalità sacra è stata sempre una costante della disciplina ecclesiale. A partire dai *sacri Canones*, nel valutare l'evoluzione della disciplina lungo i due millenni, la Chiesa ha rielaborato tali contenuti proponendo sempre ai fedeli Norme che regolino la dimensione festiva e quella penitenziale della propria esistenza. Tuttavia, una tale distinzione tra momenti sacri e non sacri, non costituisce l'appannaggio esclusivo del cristia-

---

1 Note sviluppate a partire dalla Tesi di dottorato in Diritto canonico: “I tempi sacri nella Legislazione canonica. La ricezione del Diritto particolare della Chiesa Greco-Cattolica Romana”, discussa il 25 giugno 2012 presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense.

nesimo; secondo il grande storico delle religioni Mircea Eliade, l'*homo religiosus* da sempre distingue attraverso riti specifici momenti e spazi temporali di una "qualità" diversa, che riconosce come *sacri*, e che esprimono la propria risposta alla proposta della divinità<sup>2</sup>. Tale sacralizzazione di varie "porzioni temporali", individuate nei momenti di festa e di penitenza, è un denominatore comune a tutte le religioni.

L'interpretazione sacra della realtà temporale nella Rivelazione cristiana, fa comprendere che la storia non obbedisce alla legge di un "ritorno ciclico" del "tempo cosmico" che tutto divora e consuma inesorabilmente e ineluttabilmente, ma è orientata fundamentalmente dal disegno di Dio che si svolge e si manifesta in essa. La storia è costellata di eventi che hanno un carattere unico e non si ripetono, ma che si depositano nella "memoria-anàmnesis" con la propria virtualità ed efficacia salvifiche. In questo senso il paradigma del tempo sacro nel cristianesimo ricalca lo schema seguente: pone l'accento sul fatto epifanico del Signore come inizio della "pienezza del tempo" ed ha il suo vertice nell'evento storico della passione-morte di Cristo, collaterale al *kairós* storico-metastorico della sua risurrezione e dell'invio dello Spirito alla "Ecclesia", cioè nel mistero pasquale. Pertanto, l'originalità del *Dominicum* (=primo giorno dopo il sabato), viene costitutivamente fondata e motivata dalla risurrezione del Signore. Inoltre, anche l'origine del *riposo*, pur con motivazioni teologico-bibliche più remote, si comprende storicamente in relazione alla possibilità giuridica offerta per partecipare alla celebrazione del *Dominicum*.

L'Ordinamento ecclesiastico traduce in termini giuridici l'incontro tra tempo<sup>3</sup> e religione attraverso un complesso di valori normativi codificati dal-

---

2 Difatti, «ogni festa religiosa, ogni periodo liturgico consistono nella riattualizzazione di un evento sacro avvenuto in un passato mitico, "al principio". Partecipare religiosamente a una festa, significa uscire dalla "normale" durata temporale e reintegrare il Tempo mitico riattualizzato dalla festa stessa. Ad ogni festa periodica ritroviamo lo stesso Tempo sacro, lo stesso di cui alla festa dell'anno precedente, o di un secolo prima: è il Tempo creato e santificato dagli dèi dall'epoca delle loro gesta, che sono infatti riattualizzate dalla festa. In altre parole, ritroviamo nella festa la prima apparizione del Tempo sacro, così come avvenuto *ab origine, in illo tempore*» (M. ELIADE, *Il sacro e il profano*, [tr. it.] Torino, 1976, 47-48). La disputa provocata dalle ricerche di Mircea Eliade da una parte, e dalle teorie che "i teologi della morte di Dio" pretendevano di imporre tra gli anni '50 e '70 del Novecento, hanno suscitato varie prese di posizione in merito, concretizzate in ricerche storico-antropologiche sull'evento sacrale e sulla sua incidenza nell'esistenza umana (cfr. J. RIES, *Il sacro nella storia religiosa dell'umanità*, Milano, 1990, 37-47).

Fra le opere dell'autore, vanno ricordate principalmente: M. ELIADE, *Aspects du mythe*, Paris, 1963; M. ELIADE, *La nostalgia delle origini. Storia e significato nella religione*, (tr. it.) Brescia, 1972; M. ELIADE, *Il mito dell'eterno ritorno*, (tr. it.) Milano, 1975; M. ELIADE, *Mito e realtà*, (tr. it.) Roma, 1985; M. ELIADE, *Immagini e simboli. Saggi sul simbolismo magico-religioso*, (tr. it.) Milano, 1981; M. ELIADE, *Storia delle credenze e delle idee religiose*, (tr. it.) 3 voll., Firenze, 1979-1983.

3 Sul concetto di "tempo" esiste una vastissima letteratura, si veda: "Tempo/temporalità" in *Enciclo-*

la competente Autorità ecclesiastica nella Legislazione canonica. La Chiesa, pellegrina nel mondo, mentre continua nel tempo l'opera di salvezza, propone ai fedeli i momenti privilegiati dell'incontro salvifico con Cristo nella celebrazione dei Sacramenti, ma anche attraverso una serie di realtà umane che in vari modi rinviano a Dio e alla sua azione. Su questa scia si iscrive anche la determinazione di quelle porzioni di tempo ricavate dall'asse temporale e ritenute come "diverse", in quanto permettono "una esperienza del divino", e denominati "tempi sacri": festivi e penitenziali. Tuttavia, la formulazione della disciplina dei giorni di festa e di penitenza comporta delle differenze nelle due codificazioni canoniche, latina ed orientale, costituendosi come una prova del fatto che il CIC 1983 e il CCEO non sono altro che il punto d'arrivo di una lunga storia delle Chiese d'Occidente e d'Oriente, della loro vita e della loro disciplina, confluite in maniera organica e sistematica in tali raccolte di Leggi.

## 1. I TEMPI FESTIVI E PENITENZIALI NELLE DUE CODIFICAZIONI CANONICHE. ASPETTI GENERALI

Nella sistematica della duplice Legislazione, l'esposizione *De temporibus sacris* (Cann. 1205-1253 CIC) e *De diebus festis et pœnitentiæ* (Cann. 880-883 CCEO) si trova collocata coerentemente con la peculiare disposizione di ciascun Codice: nel CIC 1983 si trova nella Parte conclusiva, la III, del Libro IV-

---

*pedia Einaudi*, XIV, Torino, 1982, 24-101; "Tiempo", in *Diccionario enciclopédico Espasa*, LXI, Madrid-Barcellona, 1928, 851-882; "Time", in *Encyclopaedia britannica*, XVIII, London, 1975, 410-424; "Time", in *New catholic encyclopedia*, Washington (DC), 1967, 155-164. Dal punto di vista antropologico-religioso cfr. "Heiligen Zeiten. I. Religionsgeschichtliche", in K. GALLING (ed.), *Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, III, Tübingen, 1963, 162-163; "Tempo" in *Enciclopedia delle religioni*, V, Firenze, 1973, 1689-1702; "Time", in *Encyclopedia of religion and ethics*, XII, Edinburgh, 1925, 334-345; J. CAMPBELL, *Man and time. Papers from the Eranos-Yearbooks*, New York (NY), 1957. Tra i contributi più specifici: G. BACHELARD, *L'intuizione dell'istante. La Psicoanalisi del fuoco*, (tr. it.) Bari, 1973; S.G.F. BRANDON, *History, time and Deity. A historical and comparative study of the conception of time in religious thought and practice*, New York (NY), 1965; W. BOGORAS, *Ideas of space and time in the conception of primitive religion*, in *American Anthropologist*, XXVII (1925), 205-266; H. HUBERT, *Etude sommaire de la représentation du temps dans la religion et la magie*, Paris, 1905; J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante e altri saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo*, Torino, 1977; G. DE SANTILLANA - H. VON DECHEND, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, (tr. it.) 2 ed., Milano, 1984; D.S. LANDES, *Storia del tempo*, (tr. it.) Milano, 1984; N. ELIAS, *Saggio sul tempo*, (tr. it.) Bologna, 1986; M.C. BELLONI, *Il tempo della città. Una ricerca sull'uso del tempo quotidiano a Torino*, Milano, 1984; E. ARBORIO MELLA, *La misura del tempo nel tempo. Dall'obelisco al cesio*, Milano, 1990; R. CARRETTA, *I labirinti del tempo. Storia di una imperfetta armonia*, Milano, 2004.

*De Ecclesiae munere sanctificandi*, dopo la trattazione *De Sacramentis* (Parte I) e *De ceteris actibus cultus divini* (Parte II); nel Codice orientale, diviso nei vari *Tituli*, invece, la materia in esame viene trattata nel Titolo XVI-*De cultu divino et praesertim de Sacramentis*, al Capitolo VIII-*De Sacramentalibus, de loci et de temporibus sacris, de cultu Sanctorum, de Voto et de Iureiurando*, nell'Art. III intitolato appunto “*De diebus festis et pœnitentiæ*”.

Va rilevato come il supremo Legislatore, abbia ritenuto elaborare la Normativa *de diebus festis et pœnitentiæ* in modo diverso nei due Codici, dando precedenza nel Codice comune per le Chiese orientali, al Legislatore particolare, in un spirito di decentramento e di sussidiarietà, affinché siano formulate delle Norme sempre più rispondenti alle esigenze concrete dei vari popoli.

Per quanto riguarda la formulazione della disciplina *de temporibus sacris* nella duplice Codificazione canonica, emergono subito delle opportune somiglianze e differenze che contraddistinguono la materia nella duplice Normativa canonica. Anzitutto, a differenza della Legislazione latina, per soddisfare il precetto festivo, il CCEO prevede l'alternativa della partecipazione alla divina Liturgia oppure all'Ufficio divino, a seconda delle prescrizioni e della legittima Consuetudine delle singole Chiese. La Norma della partecipazione all'Eucaristia domenicale rappresenta dunque un'attuazione ecclesiale del precetto divino, essendo tuttavia Norma ecclesiastica. Nella stessa logica, trattando della normazione dei giorni penitenziali, in cui si ribadisce il precetto *ex Lege divina* per ogni cristiano di fare penitenza e che obbliga tutti a livello individuale, la Legislazione per la Chiesa latina stabilisce con delle Norme di Diritto ecclesiastico le modalità in cui questo precetto si può attuare, e cioè nella pluralità delle forme previste nel Can. 1249 CIC 1983.

Per quanto riguarda la Normativa orientale dei tempi festivi e penitenziali, con la celebrazione del Concilio Vaticano II furono introdotte numerose modifiche disciplinari, essendo tracciate allo stesso tempo le linee guida per un rinnovamento e un ripristino delle antiche e autentiche tradizioni orientali, visto che la precedente codificazione della materia nel m.p. “*Cleri Sanctitati*”<sup>4</sup> seguiva fedelmente l'impostazione del CIC 1917, anziché recuperare e valorizzare le genuine tradizioni orientali. Tali linee guida sono state particolarmente importanti anche per evitare presso gli orientali stessi giustificati pericoli di timore o di preoccupazione di latinizzazione delle loro Chiese, cioè che il nuovo Codice latino servisse come base e modello per il nuovo Diritto canonico delle Chiese orientali, come avvenne nella Legislazione precedente<sup>5</sup>.

4 Cfr. Pius PP. XII, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ, de Ritibus orientalibus, de personis pro Ecclesiis orientalibus: *Cleri Sanctitati*, in *AAS*, IL (1957), 433-603, abbreviato in: “*Cleri Sanctitati*”.

5 In quanto dato tradizionale affermato nei primordi della Chiesa, il principio della pari dignità ed

Ragion per cui il Legislatore, prendendo le distanze dalla precedente disciplina del m.p. *Cleri Sanctitati*, ha operato un rinnovamento decisivo della Normativa orientale in materia di tempi sacri, con l'intento di recuperare la disciplina sia dei Canoni antichi che si trovano in quasi tutte le Collezioni orientali, sia delle loro tradizioni comuni, che, però, dovevano corrispondere pienamente alle odierne circostanze della vita.

## 2. I TEMPI SACRI ALL'INIZIO DELLA CODIFICAZIONE CANONICA ORIENTALE

Relativamente all'argomento in esame, nello Schema dei Canoni sulla disciplina dei tempi sacri durante l'*iter* della codificazione orientale, pubblicato dalla Sacra Congregazione Orientale nell'anno 1938, il relativo Can. 1248, recitava:

«§1. *Diebus festis de præcepto interveniendum est divinæ Liturgiæ et abstinendum ab operibus servilibus, actibus forensibus, itemque, nisi aliud ferant legitimæ Consuetudines aut peculiaria Indulta, publico mercatu, nundinis, aliisque publicis emptionibus et venditionibus.*

§2. *Nisi iusta causa excuset adsistendum est Liturgiæ integræ, fideles autem graviter peccant si non intersint a Canone ad Comunionem inclusive*»<sup>6</sup>.

Fu in quel preciso contesto che si iniziò a parlare dell'alternativa specifica per la Legislazione orientale, legata alla partecipazione dei fedeli all'Ufficio

---

uguaglianza teologico-giuridica delle Chiese subì una crisi con l'applicazione, per secoli, del principio della *præstantia Ritus latini* (cfr. N. LODA, *Uguale dignità teologica e giuridica delle Chiese sui Iuris*, in L. OKULIK [cur.], *Nuove terre e nuove Chiese. Le comunità di fedeli orientali in diaspora*, Venezia, 2008, 78-79). Questa mentalità della *præstantia Ritus latini* dominava anche in alcuni documenti pontifici diventando comune in Occidente, così che tale Rito veniva considerato prevalente su tutti i Riti, in quanto il Rito della «*sancta romana Ecclesia, quæ Mater est et Magistra aliarum Ecclesiarum, reliquis omnibus Ritibus præferri debet*» (cfr. BENEDICTUS PP. XIV, *Litteræ encyclicæ: Allatæ Sunt*, 26 iunii 1755, in *Enchiridion delle Encicliche*, I, Bologna, 1994, §20). In merito anche: I. ŽUŽEK, *Incidenza del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium nella storia moderna della Chiesa universale*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesie*. Acta Symposii internationalis Iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati, Città del Vaticano, 1994, 676-735. Tuttavia, mentre Pio IX dichiarava l'uguaglianza dei Riti così come risulta dalle direttive circa la precedenza dei Patriarchi, con Leone XIII (LEO PP. XIII, *Litteræ apostolicæ: Orientalium Dignitas*, 30 novembris 1894, in *Leonis XIII Pontificis maximi Acta*, XIV, s.l., 1894) si può parlare del superamento della teoria della «unicitas disciplinæ», mentre lo stabilimento della pari dignità delle Chiese sarà finalmente solennizzato con la celebrazione del Concilio Vaticano II.

6 SACRA CONGREGAZIONE ORIENTALE. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LA REDAZIONE DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO ORIENTALE, *Quattordicesima Plenaria. Schema dei Canoni 1154-1254 e le osservazioni dell'Episcopato orientale*, Città del Vaticano, 1938, 98; abbreviato in: «SCO-PCRDCO, *Quattordicesima*».

divino oppure alla divina Liturgia nei giorni festivi e domenicali. In questo senso, il delegato greco affermava:

*«secundum disciplinam primorum sæculorum, in universa Ecclesia orientali fideles satisfacere præcepto sanctificandi festa adsistendo aliqui parti divinorum Officiorum ab hora celebrationis Vesperarum diei solaris præcedentis usque ad initium Vesperarum diei solaris præcedentis usque ad initium Vesperarum ipsius diei festis; prouti hodie quoque tenent Byzantini disidentes. Idcirco non censet opportunum Leges condere pro Græcis catholicis quæ eosdem obligent ad adsistentiam divinæ Liturgiæ ad satisfaciendum præcepto»<sup>7</sup>.*

Tuttavia, sull'alternativa della partecipazione alle Lodi divine oppure alla divina Liturgia per soddisfare il precetto festivo, vi furono delle discussioni energiche durante l'iter di codificazione. L'Ordinario per i Cattolici di Rito bizantino in Grecia (Mons. G. Calavassy) affermava che l'Oriente "ha conservato e conserva tuttora" l'antica disciplina, secondo la quale ogni fedele è obbligato di santificare le domeniche e le feste di precetto "intervenendo ai santi Uffici, di preferenza alla santa Messa"<sup>8</sup>. In questo senso, Mons. Calavassy indicava lo "studio particolareggiato" del P. Kiril Korolevskij relativo all'obbligo di partecipare alla Liturgia o alle Lodi divine, in cui si affermava che i fedeli orientali, in conformità alle genuine tradizioni dell'Oriente, soddisfano al precetto anche partecipando ai Vespri celebrati alla vigilia delle domeniche o delle feste di precetto<sup>9</sup>.

7 Ivi, 98.

8 Ivi, 101.

9 Sempre in questo contesto, molte reazioni aveva suscitato l'articolo di K. Korolevskij (1878-1959), consultore della Congregazione Orientale e membro della Commissione "Pro Russia", nonché della Commissione per la redazione del Diritto canonico orientale, il quale criticava la disciplina greco-cattolica di esigere ai fedeli la partecipazione alla divina Liturgia nei giorni festivi e domenicali, disciplina che riteneva come "latinizzazione". Korolevskij indicava invece la prassi osservata dagli Ortodossi, per i quali tale partecipazione non è richiesta in un modo formale: *«le Droit oriental ne prescrit nullement à chaque fidèle d'être présent tous les dimanches, depuis la grands Entrée jusqu'après la Communion. Il prescrit de ne pas manquer d'assister aux Offices divins à tout le moins une fois toutes les trois semaines si l'on habite une ville et par là il faut entendre toute localité pourvus d'une église à distance raisonnable et une fois par mois environ si l'on habite une campagne éloignée. Puisque les églises anciennes sont en général petites et qu'on n'y célèbre jamais plus d'une seule Liturgie par jour, il va de soi que, dans l'esprit des Pères qui ont porté ces Lois, il était simplement prescrit de les fréquenter durant un temps raisonnable ou moins une fois toutes les trois ou quatre semaines. Ce temps raisonnable doit être estimé d'une manière convenable: celui qui entrerait simplement dans l'église, y allumerait une cierge et s'en irais aussitôt – et il y a beaucoup d'Orthodoxes qui n'en font pas plus – ne satisferait certes pas au précepte. Ce n'est pas trop d'exiger un minimum d'une demie heure, c'est-à-dire, raisonnablement, la moitié de l'Office des matines ou la moitié de la Liturgie. La prédication ne fait pas partie de culte proprement dit: il ne suffirait donc pas de venir l'entendre et de se retiré aussitôt après. Donc, le chrétien du Rite oriental qui, au*



Di conseguenza, Mons. Calavassy proponeva una nuova formulazione del Can. 1248:

«§1. *Diebus festis de praecepto interveniendum est divinae Liturgiae vel saltem divinis Officiis hanc praecedentibus et abstinendum ab operibus servilibus, actibus forensibus, itemque, nisi aliud ferant legitimae Consuetudines aut peculiariora Indulta, publico mercatu, nundinis, aliisque publicis emptionibus et venditionibus.*

§2. *Hortentur fideles ut, nisi iusta causa excuset, adsistant potius divinae Liturgiae et quidem eiusmet notabili parti et, si fieri potest, integræ. Tenentur autem fideles interesse Liturgiae, aut saltem divinis Officiis eam praecedentibus, per ad minus dimidia horæ spatium»<sup>10</sup>.*

Va comunque sottolineato che Mons. Calavassy si riferiva, a differenza di K. Korolevskij<sup>11</sup>, non ai Vespri celebrati nella vigilia, ma piuttosto alle Lodi mattutine, e soprattutto all'*Orthros*, Ufficiatura bizantina che si celebra all'aurora, precedendo la celebrazione della divina Liturgia<sup>12</sup>. In questo modo, tali

*moins une fois toutes les trois semaines ou tous les mois, selon le lieu qu'il habite, vient à l'église à n'importe quel moment du service divin (et, dans les Pays où l'on anticipe, comme par exemple en Russie, où l'Office des matines est célébré la veille, c'est-à-dire au début du jour liturgique, il suffit de venir à cette partie du service divin) est eu règle avec sa conscience, pourvu qu'il prenne part aux Offices comme il convient, c'est-à-dire en suivant attentivement les prières liturgiques et en priant à sa dévotion, et que cette présence active, et non simplement passive (ce qui est d'ailleurs condamné par l'Eglise occidentale elle aussi), dure un temps raisonnable, c'est-à-dire au moins une demie heure» (K. KOROLEVSKIJ, *Sur l'assistance à la Liturgie orientale*, in *Studium*, XXIV [1928], 111).*

10 SCO-PCRDCO, *Quattordicesima*, 103.

11 Durante l'iter della codificazione orientale, come si evince dallo Schema dei Canoni sulla disciplina dei tempi sacri pubblicati dalla Sacra Congregazione Orientale nel 1938, molte polemiche aveva suscitato il già ricordato "Studio" del P. K. Korolevskij relativo all'obbligo di partecipare alla Liturgia o alle Lodi divine, in cui si affermava che i fedeli orientali, in conformità alle genuine tradizioni dell'Oriente, soddisfano al precetto anche partecipando ai Vespri celebrati alla vigilia della domenica o della festa. In contrapposizione ad una tale visione, Mons. Kierkels, Delegato apostolico nelle Indie Orientali, affermava: «riguardo la questione dell'assistenza alla Liturgia in giorni di precetto, ammesso pure ciò che vuol dimostrare l'erudito studio particolareggiato, cioè l'influenza latina nell'introduzione di quell'obbligo presso la maggior parte dei Riti orientali, non ne segue che tale introduzione sia un "latinismo formale". Sembra piuttosto uno svolgimento logico di disciplina cattolica, sia pure sotto influenza latina, come si è verificato per altri punti disciplinari, per esempio per la pratica della frequente Confessione per il Clero a norma del Can. 125, la quale non esiste affatto per i Greci separati [...]; e pure non si vorrà deprecare la suddetta pratica come un "latinismo formale"» (ivi, 99).

12 Cfr. J. MATEOS, *Quelques problèmes de l'orthros byzantin*, in *Proche-Orient chrétien*, XI (1961), 17-35; M. ARRANZ, *Les prières presbytérales des matines byzantines*, in *Orientalia christiana periodica*, XXXVII (1971), 406-436; R.F. TAFT, *La Liturgia delle ore in Oriente e in Occidente. Le origini dell'Ufficio divino e il suo significato*, Cinisello Balsamo (MI), 1988, 363-365; M. NIN, "Orthros", in E.G. FARRUGIA (cur.), *Dizionario enciclopedico dell'Oriente cristiano*, Roma, 2000, 552.

Lodi divine, secondo Calavassy, si costituirebbero come alternativa alla divina Liturgia per soddisfare il precetto nei giorni festivi e domenicali<sup>13</sup>. Questo riferimento alla partecipazione alle Lodi divine, anche se non immediatamente, verrà accolto nelle successive formulazioni del Canone durante l'iter di codificazione, fino al Can. 881 §1 CCEO il quale prescrive l'obbligo dei fedeli di osservare il precetto domenicale e delle feste di precetto, che consiste nella partecipazione alla divina Liturgia *oppure* alla celebrazione delle Lodi divine, secondo lo *Ius particolare* e le legittime Consuetudini di ciascuna Chiesa *sui Iuris*.

### 3. I TEMPI SACRI NEL M.P. *CLERI SANCTITATI*

Relativamente alla codificazione orientale previa al CCEO<sup>14</sup> in materia *de temporibus sacris*, va ricordato che i quattro *motu proprii*, promulgati da Papa Pio XII quale Legislazione comune a tutte le Chiese orientali cattoliche, si caratterizzavano per la quasi uniformità con quella del Codice latino del 1917<sup>15</sup>. Infatti, il Codice piano-benedettino doveva servire come punto di riferimento costante per la codificazione delle Chiese orientali.

Nella pubblicazione della Sacra Congregazione per la Chiesa orientale "*Oriente cattolico. Cenni storici e statistiche*" del 1962<sup>16</sup>, dopo una sintetica descrizione dei quattro *motu proprii*, si afferma che in questo modo si era dato

---

13 «Pochissimi vanno ai Vespri e nessuno di quei che andranno penserà mai che una volta che è andato ai Vespri non occorre andare all'Ufficio del giorno. Perciò ho messo "*divinis Officiis eam præcedentibus*"». SCO-PCRDCO, *Quattordicesima*, 103.

14 Già prima del Concilio Vaticano I (1869-1870), vi fu il tentativo di unificare le varie Normative canoniche delle Chiese orientali cattoliche con la pubblicazione di *Bullaria* e di *Collectanea*, che contenevano solo Atti pontifici per gli Orientali cattolici e in genere per i cattolici in Oriente. Tuttavia, fu a partire dal Vaticano I che si pensò a una codificazione canonica comune per gli orientali (cfr. D. SALACHAS - L. SABBARESE, *Codificazione latina e orientale e Canonici preliminari*, Città del Vaticano, 2003, 95).

15 Il progetto di codificazione del Diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali inizia ad essere realizzato solo sotto il pontificato di Pio XI che, nel 1929, dopo aver consultato i Vescovi di Rito orientale, affida i lavori ad una prima *Commissione cardinalizia per gli studi preparatori della Codificazione orientale*, presieduta dal Cardinale Gasparri, poi sostituita nel 1939 da una *Pontificia Commissione per la redazione del Codice di Diritto canonico orientale*, presieduta prima dal Cardinale Sincero e poi dal Cardinale Massimi (sull'avvio di questi lavori, si veda: L. MUSSELLI, *Storia del Diritto canonico. Introduzione alla storia del Diritto e delle Istituzioni ecclesiali*, Torino, 1992, 111-115). Tuttavia, dopo la promulgazione a tappe del Codice orientale a opera di Pio XII, con l'indizione del Concilio Vaticano II, apparve chiaro che anche la codificazione del Diritto canonico orientale doveva cercare di coniugare la fedeltà alla tradizione orientale con i principi teologici e gli orientamenti pastorali della grande assise ecumenica.

16 Cfr. CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico. Cenni storici e statistiche*, Città del Vaticano, 1962.

per la prima volta un “fondamento ben definito e sicuro” alla posizione delle Chiese orientali nella compagine della Chiesa universale, “sottolineandone la cattolicità”<sup>17</sup>. Veniva inoltre indicata come imminente la promulgazione della parte rimasta del Codice orientale, esattamente 1095 Canoni conservati nell’archivio della Congregazione per la Chiesa Orientale<sup>18</sup>, tra cui anche la parte contenente la disciplina dei Sacramenti, dei luoghi e tempi sacri, e “altre parti minori”<sup>19</sup>. Tale promulgazione fu interrotta a causa dell’indizione del Vaticano II, con cui si è dato un nuovo impulso alla riscoperta delle genuine tradizioni delle Chiese orientali che dovevano permeare anche la Legislazione canonica indirizzata loro.

Tuttavia, nella Legislazione promulgata dal m.p. *Cleri Sanctitati* troviamo un breve accenno alla materia dei giorni festivi e penitenziali, ridotta ad un unico Canone generale, collocato nel Titolo IV-*De clericis in specie*, Parte I-*De suprema potestate deque iis qui eiusdem sunt canonico iure participes*, al Capitolo VI-*De Patriarchis*, Articolo II-*De iuribus et obligationibus Patriarcharum* (Can. 264):

*«Patriarchæ est dies festos de præcepto, abstinentiæ et ieiunia, in casibus extraordinariis et ad actum, indicare gravi de causa atque audita Synodo permanenti»*<sup>20</sup>.

Il Canone in questione prescriveva la competenza del Patriarca<sup>21</sup> di indire *in casibus extraordinariis et ad actum* giorni festivi e penitenziali, dopo aver previamente consultato il Sinodo permanente. Questa formulazione del Canone ribadisce la dipendenza della Legislazione orientale del m.p. *Cleri Sancti-*

17 CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico*, 55.

18 Cfr. D. SALACHAS, *Istituzioni di Diritto canonico delle Chiese Orientali cattoliche*, Bologna, 1993, 47.

19 Cfr. CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico*, 55.

20 *Cleri Sanctitati*, 514, che indica quali Fonti del Can. 264: «S.C. de Prop. Fide (O.P.), 18 sept. 1781, dub. 15; Syn. Libanen. Maronitarum, a. 1736, pars. III, cap. IV, 30; cap. VI, 2, 21» (*ibidem*).

21 Il Can. 55 CCEO con una Norma descrittiva parla dell’Istituzione patriarcale, riferendosi all’antica tradizione della Chiesa riconosciuta già dai primi Concili ecumenici, e stabilisce che i Patriarchi delle Chiese orientali presiedono ciascuno la propria Chiesa “*sicut pater et caput*”, e devono essere trattati con singolare onore. Tuttavia, per quanto riguarda l’evoluzione di tale concetto, si è avuto un cambiamento modificativo dal m.p. *Cleri Sanctitati* ad “*Orientalium Ecclesiarum*” n. 7-9 (cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de Ecclesiis orientalibus catholicis: Orientalium Ecclesiarum*, in *AAS*, LVII [1965], 76-89, abbreviato in: “*OE*”), comprese “*Lumen Gentium*” 23 (CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Ecclesia: Lumen Gentium*, in *AAS*, LVII [1965], 5-71, abbreviato in: “*LG*”) ed “*Unitatis Redintegratio*” 14 (CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de Œcumenismo: Unitatis Redintegratio*, in *AAS*, LVII [1965], 90-112, abbreviato in: “*UR*”), cfr. N. LODA, *La formula sicut pater et caput relativa al Patriarca nel Can. 55 CCEO e le sue implicazioni giuridiche*, in *Folia canonica*, V (2002), 107-124.

tati dall'impostazione del CIC 1917, laddove era prescritto per i singoli Vescovi diocesani che «*suis Diœcesibus seu locis dies festos aut dies abstinentia et ieiunii possunt, per modum tantum actus, indicare*»<sup>22</sup>. Non si nota pertanto nella formulazione del Canone del m.p. *Cleri Sanctitati* alcun riferimento alle genuine tradizioni orientali, mentre si specificava la consulta del Sinodo permanente prima che il Patriarca<sup>23</sup> procedesse all'indizione di tali giorni<sup>24</sup>. Tale Normativa, oltre l'estrema sinteticità, non riusciva a contemplare tutte le sfaccettature che caratterizzano le varie tradizioni delle Chiese orientali in materia di disciplina dei giorni festivi e penitenziali.

Dato che con l'indizione del Concilio Vaticano II da parte di Giovanni XXIII si prevedeva che anche la disciplina canonica delle Chiese orientali avrebbe dovuto essere riveduta secondo i dettati conciliari, la redazione del Codice di Diritto canonico orientale fu interrotta. Sarà Paolo VI il 19 giugno 1972 ad istituire la Commissione per la revisione del Codice di Diritto canonico orientale che, alla luce soprattutto dei Decreti del Vaticano II, doveva effettuare la revisione di tutto il Codice orientale, sia nelle parti già pubblicate, sia in quelle sezioni che, pur condotte a termine nello stadio dell'ultima stesura redazionale, non erano state ancora pubblicate.

#### 4. *DE DIEBUS FESTIS ET PœNITENTIÆ*. IL CAMMINO VERSO IL CCEO

La codificazione di un Diritto canonico completo e comune a tutte le Chiese orientali cattoliche<sup>25</sup>, prese inizio con l'istituzione del "Consiglio di

22 CIC 1917, Can. 1244 §2.

23 Sulla figura giuridica del Patriarca chiamato a guidare la propria Chiesa quale *pater et caput*, recitava in merito il Can. 216 §1 del m.p. *Cleri Sanctitati*: «*secundum antiquissimum Ecclesiæ morem, singulari honore prosequendi sunt Orientis Patriarchæ, quippe qui amplissima potestate, a romano Pontifice data seu agnita, suo cuique Patriarchatui seu Ritui tamquam pater et caput præsunt*».

24 Tuttavia, si ritiene che la specificazione e l'allargamento teologico-ecclesiologico che ha ricompreso la figura del Patriarca si sono avuti in un momento successivo, mentre la determinazione antica ecclesiale e conciliare «probabilmente riguardava il solo Pontefice ed i Vescovi» (cfr. N. LODA, *La formula sicut pater et caput*, 124).

25 Per quanto riguarda l'opera di codificazione orientale vi è una ricca bibliografia: A.G. CICOGNANI, *Prefazione sull'opera della codificazione canonica orientale*, in SACRA CONGREGAZIONE PER LA CHIESA ORIENTALE, *Fonti*, Coll. *Codificazione canonica orientale*, Serie I, Fasc. I, I-XIV, Città del Vaticano, 1930-1934; A.G. CICOGNANI, *De codificazione canonica orientali*, in *Apollinaris*, V (1932), 86-95; A. COUSSA, *De codificazione canonica orientali*, in PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRISQUE IURIS, *Acta Congressus iuridici internationalis VII sæculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice iustiniano promulgatus*. Romæ 12-17 novembris 1934, IV, Romæ, 1937, 491-532; A. COUSSA, *Codificazione canonica orientale*, in CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico*, 35-61; D. FALTIN, *La codificazione del Diritto canonico orientale*, in CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *La Sacra Congregazione per le Chiese orientali nel cinquantesimo della fondazione (1917-1967)*,

Presidenza” da parte di Pio XI il 3 agosto 1927; proseguì nel novembre 1929 con la “Commissione Cardinalizia per i lavori preparatori della codificazione orientale”, presieduta dal Cardinale Pietro Gasparri, e poi con la “Pontificia Commissione per la redazione del Codice di Diritto Canonico Orientale”, creata da Pio XI il 17 luglio 1935. Il lavoro di tale *Commissio* tendeva in primo luogo a un Codice comune per la Chiesa intera, che doveva contenere anche le peculiarità disciplinari delle Chiese orientali. Questa idea fu abbandonata a causa dell’opposizione del Papa Pio XI, tesa ad escludere qualunque ombra di latinizzazione. Anzi, Pio XI stabilì che fosse concessa ai Consultori la massima libertà per potersi rifare genuinamente alle loro Leggi e ai loro Sinodi, affinché la codificazione orientale rispondesse completamente alle esigenze e alle istanze delle loro Chiese, del loro clero e della popolazione. Ciononostante, i Delegati orientali decisero unanimemente di seguire il *Codex Iuris Canonici* della Chiesa latina come modello per l’elaborazione del Codice orientale di Diritto canonico<sup>26</sup>.

Nel marzo 1948, questa Commissione presentò al Pontefice, *ad promulgationem*, uno schema completo del *Codex Iuris Canonici Orientalis* (CICO), con 2666 Canoni. Pio XII ne promulgò alcune parti con i quattro *motu proprio* successivi: *Crebrae Allatae* (1949), *Sollicitudinem Nostram* (1950), *Postquam Apostolicis Litteris* (1952) e *Cleri Sanctitati* (1957)<sup>27</sup>, in totale 1590 Canoni, cioè circa il 60% dello Schema.

Nella Rivista “*Nuntia*” dell’anno 1978 furono pubblicati i testi iniziali per la revisione dei Canoni riguardanti i *Tempora sacra* che appartenevano al cosiddetto m.p. “*De Sacramentis*”, la cui promulgazione fu fermata dal Pontefice, in seguito all’annuncio della convocazione del Concilio Vaticano II, mentre il lavoro dello Schema fu sospeso.

---

Roma, 1969, 121-137; R. METZ, *La première tentative de codifier le Droit des Églises orientales catholiques au XX<sup>ème</sup> siècle (1927-1958)*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jean Dauviller*, Toulouse, 1979, 531-546; R. METZ, *Pouvoir, centralisation et Droit. La codification de l’Église catholique au début du XX<sup>ème</sup> siècle*, in *Archives des Sciences sociales des Religions*, XXVI (1981), 49-64; O. BUCCI, *Il Codice di Diritto canonico orientale nella storia della Chiesa*, in *Apollinaris*, LV (1982), 370-440; M. BROGI, *Codificazione del Diritto comune nelle Chiese orientali cattoliche*, in *Revista española de Derecho canonico*, XLV (1988), 7-29; D. SALACHAS, *Istituzioni*, 45-54; J. FARIS, *La storia della codificazione orientale*, in K. BHARANIKULANGARA (cur.), *Il Diritto canonico orientale nell’Ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano, 1995, 255-268; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al Diritto canonico*, Bologna, 1999, 266-271; G. FELICIANI, *Le basi del Diritto canonico. Dopo il Codice del 1983*, Bologna, 2002, 45-46; D. SALACHAS - L. SABBARESE, *Codificazione*; L. MUSSELLI, *Storia del Diritto canonico*, 115-119; N. LODA, *Diritto canonico delle Chiese orientali*, in *Ephemerides Iuris canonici*, LI (2011), 185-206.

26 Cfr. C.G. FÜRST, “*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*”, in E.G. FARRUGIA (cur.), *Dizionario enciclopedico*, 165.

27 Cfr. E. EID, *Relazione del Vice-Presidente della Commissione all’apertura dell’assemblea plenaria dei membri (3 novembre 1988)*, in *Nuntia*, XV (1989), 31, 10.

Il Papa Giovanni XXIII, espresse il proposito di procedere all'aggiornamento di tutta la disciplina canonica della Chiesa alla luce delle deliberazioni del Concilio Vaticano II con queste parole:

*«quod nuntiavimus, Nobis in animo esse œcumenicum Concilium ac romanam Synodum celebrare, itemque Codicem Iuris canonici, hodiernis necessitatibus accommodatum apparere, novumque eiusdem generis Codicem pro Orientalis Ritus Ecclesia edere»<sup>28</sup>.*

Il Vaticano II consacrò alle Chiese cattoliche orientali il Decreto “*Orientalium Ecclesiarum*”, che poi confluirà nella successiva opera di codificazione orientale, come insieme di linee-guida. Decisa definitivamente l'elaborazione di due Codici, uno latino e uno orientale, Paolo VI istituì a tal fine, nel giugno 1972, la “Pontificia Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale” con il compito di preparare, alla luce soprattutto dei Decreti del Concilio Vaticano II, la riforma del *Codex Iuris Canonici Orientalis*, sia nelle parti già pubblicate con i quattro *motu proprio* sia nelle restanti parti già ultimate, ma non ancora pubblicate<sup>29</sup>. Altri compiti di tale Commissione costavano nella recezione basale della statuizione ed opera del Vaticano II con l'attenzione alle autentiche tradizioni orientali, un particolare sguardo ai tempi mutati e ai loro segni, fedeltà alla sana tradizione e nuova sensibilità all'ecumenismo<sup>30</sup>.

Il 18 marzo 1974, in occasione dell'inaugurazione ufficiale dell'avvio dei lavori della Commissione, Paolo VI nella sua allocuzione insistette sui due principi da seguire per la riforma del Codice orientale: rinnovamento e fedeltà nel vincolo dell'unità. Questa fedeltà, inoltre, doveva tener conto tanto della fedeltà alle genuine tradizioni orientali, affinché con il nuovo Codice *proprius Orientis vultus servaretur*, nonché la fedeltà allo spirito e alle direttive del Concilio Vaticano II *ad vitam christianam restaurandam*<sup>31</sup>. Tale *Commissio* in un primo tempo contava 26 membri e, nel 1973, 65 Consultori, dopo la Plenaria del 1974 divisi in un *Cætus* centrale e nove *Cætus* ulteriori<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda i tempi festivi e penitenziali, la disciplina orientale conobbe una evoluzione durante l'*iter* di codificazione, a partire dai “testi iniziali” dei Canonici riguardanti la sezione *De Sacramento Ordinis*, *De Sacramentalibus* e quelli riguardanti *Tempora sacra* appartenenti al cosiddetto m.p. *De Sacra-*

28 IOANNES PP. XXIII, Litteræ encyclicæ: *Ad Petri Cathedram*, in *AAS*, LI (1959), 498.

29 Cfr. *Nuntia*, I (1975), I, 11.

30 Cfr. N. LODA, *Diritto canonico*, 194.

31 Cfr. *Nuntia*, XV (1989), 29, 11.

32 Cfr. C.G. FÜRST, “Codex”, 165.

*mentis* dell'anno 1958. Infatti, a questo testo, arrivato all'ultimo stadio della redazione, mancava solo la firma del Pontefice per la promulgazione<sup>33</sup>, che era stata fermata da Giovanni XXIII nel dicembre dello stesso anno<sup>34</sup>.

Relativamente alla prima codificazione orientale della disciplina dei tempi sacri, si nota dal punto di vista metodologico, la palese affinità dei Canoni orientali con quelli della codificazione latina del 1917: infatti, come si vedrà nella sinossi, quando le differenze erano sostanziali, il numero del Canone latino del *Codex* del 1917 indicato accanto a quello orientale era preceduto da "cfr.", mentre l'abbreviazione "redaz." aggiunta al numero tra parentesi indicava che le differenze con il CIC 1917 erano puramente redazionali. Invece, i Canoni o paragrafi che riportavano "*verbatim*" il testo del CIC 1917 venivano solamente indicati come tali.

Alla prima redazione seguì, nel 1976, la formulazione del Can. 14 da parte del *Cætus de Sacramentis*<sup>35</sup>, con il Gruppo minore del 14-16 giugno 1976<sup>36</sup> che proponeva, riguardo all'obbligo domenicale e festivo, di inserire tale Canone tra i Canoni *de Eucharistia* di modo che i due obblighi, assistenza alla Messa e Comunione pasquale, fossero collocati insieme.

In una prima fase delle discussioni, fu proposto il testo formulato nella precedente sessione<sup>37</sup> con cui si stabiliva che l'assenza per tre domeniche costituiva punizione da trasmettersi al *Cætus de Delictis* (cfr. Can. 80 del Concilio Trullano). Avvenne invece un sostanziale capovolgimento, in quanto il *Cætus* optò per i contenuti dell'*OE* 15 con cui il Can. 14 fu confrontato. Anche nel verbale della seduta del 1° dicembre 1976 appare la proposta di inserire l'obbligo domenicale e festivo tra i Canoni *de Eucharistia*<sup>38</sup>.

Durante le discussioni, uno dei membri (G. Ferrari) propose la sostituzione della dizione "*fideles*" con "*christifideles*" per comprendere "anche i Vescovi e Presbiteri che forse non celebrano", affinché anche questi ultimi sentissero veramente l'obbligo di assistere alla Messa, qualora per vari motivi fossero impediti dal celebrante<sup>39</sup>.

33 Cfr. *Nuntia*, I (1975), 1, 41, laddove si ribadisce che per la Scienza canonica in genere, le più preziose erano le indicazioni delle *Fontes* che erano già state inserite nel progettato m.p. "*De Sacramentis*", e che differivano quasi totalmente dalle Fonti citate nel Codice latino.

34 Cfr. *Nuntia*, IV (1978), 7, 64.

35 PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS IURIS CANONICI ORIENTALIS RECOGNOSCENDO, *Cætus de Sacramentis* (1976), in *Archivio del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi*, prot. 1403/76/1; rispettivamente abbreviati in "PCCICOR" e "APCTL".

36 PCCICOR, *Cætus de Sacramentis* (1976), prot. 1403/76/2, 5.

37 *Ivi*, prot. 1402/75/4, 7.

38 *Ivi*, prot. 1403/76/4, 9-10.

39 Cfr. *Ivi*, prot. 1402/76/3, 3.



Il Can. 14, diventato Can. 12, fu approvato dal *Cœtus de Sacramentis* nella sessione del 29 novembre-7 dicembre 1976 con undici voti favorevoli, zero contrari e zero astenuti<sup>40</sup>. Il testo del Canone era il seguente:

*«fideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis interesse divinæ Liturgiæ aut, iuxta præscripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum; quo facilius fideles hanc obligationem adimplere valeant, statuitur tempus utile, pro hoc præcepto adimplendo, decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominicæ vel festi; enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus imo frequentius ac vel etiam quotidie, sacram Eucharistiam suscipiant»*<sup>41</sup>.

Successive e sostanziali modifiche si avranno durante i lavori del 1978 del *Cœtus de Sacramentis*, il quale incorporava i Canonici “*De temporibus sacris. De diebus festis et de diebus abstinentiæ et ieiunii*”, cambiando il titolo in “*De diebus festis et pœnitentiæ*”. Nel verbale della riunione tenutasi dal 12 al 22 giugno 1978, si nota che la discussione relativa ai Canonici dei testi base *Tempora sacra*<sup>42</sup> avvenne nella seduta antemeridiana del 17 giugno 1978, in cui furono presentati questi testi base.

Il *Cœtus* reagì alla formulazione dei testi, ritenendoli contrastanti con la tradizione propria delle Chiese orientali, poiché venivano messe in evidenza alcune feste lasciandone in ombra o addirittura omettendone altre<sup>43</sup>. Si osservò in merito che “bisognava fare attenzione e non offendere gli Ortodossi che a ciò non sono meno sensibili che i Cattolici orientali”.

Inoltre si stabilì che era da evitare l’allontanamento dalle autentiche tradizioni orientali visto anche l’obbligo imposto dal Concilio Vaticano II, al punto di dover “*ad avitas traditiones redire*” se per caso ci si fosse allontanati troppo. Dall’altra parte, alcuni dei membri volevano che non si mettessero in rilievo alcune determinate feste, essendo favorevoli a formulare i Canonici riferentesi solo alle festività indeterminate. Per esempio, secondo l’opinione di uno dei membri (D. Salachas) non si doveva ammettere l’espressione “*de*

40 PCCICOR, *Canonici approvati nel Cœtus de Sacramentis (29 novembre-7 dicembre 1976)*, in *APCTL*, prot. 111/2, 3.

41 PCCICOR, *Cœtus de Sacramentis (1976)*, prot. 1403/76/4, 9-10.

42 PCCICOR, *Cœtus de Sacramentis. Testo base: Sacramentalia, Loca sacra, Sepultura, Tempora sacra (1978)*, in *APCTL*, prot. 1405/78/3, 4-5.

43 Can. 2 «§1. *Præter diem dominicum, qui in universa Ecclesia uti primordialis dies festus, sub præcepto servari debet: diem quoque Nativitatis D.N. Iesu Christi et Dormitionis almæ Genitricis Dei Mariæ, penes est supremæ Auctoritatis uniuscuiusque Ecclesiæ sui Ritus determinare quinam alii dies festi suo præcepto servandi sunt*» (PCCICOR, *Cœtus de Sacramentis. Testo base*, prot. 1405/78/3, 4-5).



*praecepto*”, “perchè allora si è costretti a determinare quali siano queste feste *de praecepto*”<sup>44</sup>.

Si discusse inoltre se fosse importante osservare quanto previsto nello schema latino, vale a dire l’astensione da ogni attività *quæ impedit debitam mentis et corporis relaxationem* nei giorni festivi. Alcuni membri trovarono difficile definire tali attività, essendo D. Salachas e R. Metz contrari a questa Norma.

Altri membri proposero un rispetto più rigoroso del precetto del riposo festivo. In più, si rilevò che nonostante l’introduzione generalizzata in tutta la Chiesa del precetto festivo, sarebbe stato bene rivedere, basandosi sui documenti del Vaticano II, tutta la questione con lo scopo di far rivivere le tradizioni delle singole Chiese orientali laddove si insiste sulla *sustantialis observantia festi*.

Per quanto riguarda il problema della Dispensa dall’osservare i giorni festivi e penitenziali, nella seduta del 19 giugno 1978<sup>45</sup>, vi fu un intervento di due membri, D. Salachas e G. Ferrari relativamente al Can. 4 del CICO che recitava:

*«in casis singularibus iustaque de causa, tum Hierarcha loci quam Parochus possunt subiectos sibi singulos fideles singulasve familias, etiam extra territorium, ab observantia diebus festis vel diebus poenitentiae ab Ecclesia ad quam pertinent praescriptis dispensare»*<sup>46</sup>.

I due membri sostenevano che non era necessario parlare riguardo l’obbligo domenicale della *Dispensatio*, considerando questo obbligo piuttosto di natura spirituale e pastorale, con la conseguenza che sarebbe stato sufficiente consultarsi al riguardo con il padre spirituale, il che rappresentava “la disciplina propriamente orientale”. Pertanto, tutto il *Cætus* decise di omettere il relativo Can. 4 dal CICO, eccettuati due membri, Dely ed Herbut, che preferivano il Canone come formulato nello schema della PCCIOR (Can. 43 schema 1967).

Nella seduta del 22 giugno 1978<sup>47</sup> si procedette alla votazione dei Canoni formulati, concordando di accettare il titolo *De diebus festis et poenitentiae*; cosa che permetteva l’ommissione del Can. 1<sup>48</sup>. Il Can. 2<sup>49</sup> venne accettato con nove voti favorevoli, zero contrari e zero astenuti.

44 PCCICOR, *Verbale della riunione del Cætus de Sacramentis (12-22 giugno 1978)*, in *APCTL*, prot. 1405/78/6, 29.

45 *Ivi*, prot. 1405/78/6, 30.

46 PCCICOR, *Cætus de Sacramentis. Testo base*, prot. 1405/78/3, 4.

47 PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 42.

48 Can. 1. «*Tempora sacra sunt dies festi; iisque accensentur dies poenitentiae*».

49 Can. 2. «§1. *Dies festos et poenitentiae pro omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut suprimere unius est Synodi œumenicæ vel Sedis Apostolicæ*.

Per quanto riguarda invece il Can. 3<sup>50</sup>, si discusse a lungo sull'uso del termine “*de praecepto*” e sulla proposta di Ferrari relativa al Can. 12 approvato nel *Cætus de Sacramentis* del 1976 a cui si faceva rinvio<sup>51</sup>, ove apparivano le parole conciliari “*celebrationi divinarum Laudum*” che, a suo avviso, dovevano sostituirsi con “*Officia divina*” perché nel testo conciliare i due atti liturgici (*divina Liturgia aut divinæ Laudes*) erano “sullo stesso piano e hanno la stessa importanza”. Invece, secondo Ferrari, si doveva mettere accento soprattutto sulla divina Liturgia, ed in caso di necessità o per giusti motivi, si poteva consentire l'alternativa di essere presenti alla celebrazione delle divine Laudi. Tuttavia, dopo questa precisazione, tutti i membri, incluso Ferrari, accettarono il testo come già concordato<sup>52</sup>. Recita il Can. 3:

*«diebus dominicis aliisque festis de præcepto fideles obligatione tenentur interesse divinæ Liturgiæ aut celebrationi divinarum Laudum ad normam Can. 12; absterneant his diebus ab illis operibus et negotiis quæ cultum Deo reddendum, lætitiâ diei Domini propriam, aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt»*<sup>53</sup>.

Il Can. 4 dello Schema del 1978 relativo ai giorni di digiuno e di astinenza da celebrare tenendo conto del rispettivo Diritto particolare, fu accolto dal *Cætus de Sacramentis* con dieci voti favorevoli, zero contrari e zero astenuti. Recita tale Can. 4:

*«diebus ieiunii et abstinentiæ fideles obligatione tenentur pœnitentiâ agendi modo a Iure particulari statuto»*<sup>54</sup>.

---

§2. *Dies festos et pœnitentiæ pro singulis Ecclesiis orientalibus constituere, transferre aut supprimere, præter Apostolicam Sedem, competit Synodis Episcoporum, debita tamen ratione habita totius regionis ceterarumque Ecclesiarum et firmo Can. 3»* (PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 30). Invece, il Can. 3 a cui si faceva riferimento stabiliva: «*Patriarchæ, Archiepiscopi Maiores, omnesque Hierarchæ studiosissime curent fidelem custodiam et accuratam observationem sui Ritus, ac nonnisi ratione proprii et organici progressus mutationes admittant, præ oculis tamen habitis mutua benevolentia et unitate christianorum»* (Nuntia, II [1976], 3, 48).

50 Cfr. PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 30.

51 Can. 12. «*Fideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis interestæ divinæ Liturgiæ aut, iuxta præscripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum; quo facilius fideles hanc obligationem adimplere valeant, statuitur tempus utile, pro hoc præcepto adimplendo, decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominicæ vel festi; enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus imo frequentius ac vel etiam quotidie, sacram Eucharistiam suscipiant»* (PCCICOR, *Canoni approvati*, prot. 111/2, 3).

52 *Ivi*, prot. 1405/78/6, 42.

53 *Ivi*, prot. 1405/78/6, 30.

54 *Ibidem*.

Per quanto riguarda il Can. 5, si discusse la proposta di Herbut e di Delly in merito alla concessione al Parroco della facoltà di dispensare dall'osservanza del precetto festivo e penitenziale. Recita in questo senso il Can. 5:

*«Parochus, iusta de causa et secundum Hierarchæ loci præscriptiones, potest concedere sive singulis fidelibus, sive singulis familiis Dispensationem ab obligatione servandi diem festum vel diem pœnitentiæ aut commutationem eiusdem in alia pia opera; idque potest superior localis religionis clericalis quoad proprias sodales»<sup>55</sup>.*

G. Ferrari ribadì l'idea che tale Dispensa sarebbe stata relativa alla coscienza, e quindi non avrebbe implicato il potere esterno della *iurisdictio*. Infatti, il Ferrari era contrario al continuo intervento della *potestas iurisdictionis*. Nonostante l'apprensione di Herbut, il Canone in questione fu omesso con otto voti favorevoli alla sua omissione, due contrari e due astenuti<sup>56</sup>, a differenza del CIC 1983 dove questa materia era già disciplinata<sup>57</sup>.

Il successivo Can. 6 tratta della situazione in cui i fedeli si trovano al di fuori del territorio della propria Chiesa *sui Iuris*: essi si possono conformare, per i giorni di festa e di penitenza, alle Norme che sono in vigore nel luogo dove vivono, oppure, nel caso di un Matrimonio misto, i coniugi, per i giorni di feste di penitenza possono osservare le prescrizioni dell'una o dell'altro Rito:

*«§1. Singuli fideles extra territorium Ecclesiæ sui Iuris, cui adscripti sunt, versantes, quoad Legem de diebus festis et pœnitentiæ, ad disciplinam in loco ubi degunt vigentem se plene conformare possunt.*

*§2. In familiis mixti Ritus ubicumque terrarum hanc Legem servare licet iuxta unum eundemque Ritus»<sup>58</sup>.*

Il Canone fu approvato con nove voti favorevoli, uno contrario e zero astenuti. Tuttavia, erano sorte delle critiche da parte di Salachas, che aveva

---

55 *Ibidem*. Interessante sottolineare in questo senso che nello Schema dei Canoni sulla disciplina dei tempi sacri durante l'iter della codificazione orientale pubblicati dalla Sacra Congregazione Orientale nel 1938, i Vescovi romeni ribadivano: «sembra dare troppo ai Parroci; perciò aggiungere: "obtentia facultate ab Ordinario loci"» (SCO-PCRCDCO, *Quattordicesima*, 78).

56 PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 42.

57 Sull'Istituto della Dispensa, nella Legislazione per la Chiesa latina, la facoltà di dispensare o commutare, per una giusta causa, gli obblighi canonici imposti dall'osservanza del giorno di festa o di penitenza è data ai Vescovi diocesani, ma anche ai Parroci e ai Superiori di un Istituto religioso o di una Società di vita apostolica, se clericali di Diritto pontificio, relativamente ai propri sudditi e agli altri che vivono giorno e notte nella loro casa (cfr. Can. 1245, CIC 1983).

58 PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 30.

dato “*non placet*” per questo Canone, specificando che una tale Legge fosse “antisociologica e non necessaria”<sup>59</sup>.

Dopo questa votazione, ci furono ulteriori modifiche della disciplina, che furono previste nello “*Schema Canonum de culto divino et praesertim de Sacramentis*” del 1979<sup>60</sup>, in cui, oltre al già operato cambiamento del titolo “*De diebus festis et poenitentiae*” diventato “*De temporibus sacris*”, furono accolte le prescrizioni del Vaticano II dei nn. 15, 19 e 21 del Decreto *Orientalium Ecclesiarum* relativamente alla

«*Norma abstinendi diebus dominicis et festis ab operibus et negotiis quae cultum Deo reddendum, laetitiam diei Domini propriam, aut debitam mentis et corporis relaxationem impediunt*»<sup>61</sup>.

Infatti, nel nuovo Schema, i 4 Canoni sui giorni festivi e penitenziali, con una nuova numerazione (221, 222, 223 e 224<sup>62</sup>), formano il *Caput III: De diebus festis et poenitentiae*<sup>63</sup>. Rispetto alla Normativa precedente, molto ampia e particolareggiata, nello schema presente la disciplina sarebbe apparsa molto più sintetica, ridotta all’essenziale ed aperta al principio di sussidiarietà con cui viene accordato il debito spazio allo *Ius particulare*:

«*attento principio subsidiarioritatis, quod vocant, necnon varietate patrimonii liturgici Ecclesiarum orientalium quae “necum noceat unitati, sed era potius declarat” (cfr. Conc. Vat II, Decr. Orientalium Ecclesiarum, 2), visum est per plurimas Normas schematis a praecedente Commissione propositi (cfr. Nuntia, IV [1978], 7, 79-103) ad eas solas Normas reducere in Codice communi sine quibus rectus in Ecclesia Christi ordo haut obtinere*»<sup>64</sup>.

In più, relativamente al Can. 222 sull’obbligo dei fedeli «*diebus dominicis et festis interesse divinae Liturgiae aut, iuxta praescripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum*», va ribadito che nello *Schema Canonum* del 1979, tale Can. 43<sup>65</sup> era collocato nel *Titulus III: De divina Eucharistia* (Cann. 33-52).

---

59 *Ivi*, prot. 1405/78/6, 42.

60 PCCICOR, *Schema Canonum de culto divino et praesertim de Sacramentis* (1979), in *APCTL*, prot. 99/1.

61 *Ivi*, prot. 99/1, XI.

62 Si veda anche: *Nuntia*, VI (1980), 10, 61-62.

63 PCCICOR, *Schema Canonum*, prot. 99/1, 36.

64 *Nuntia*, VI (1980), 10, 15.

65 Can. 43. «*Fideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis interesse divinae Liturgiae aut, iuxta*

Questo nuovo Schema del 1979<sup>66</sup> fu inviato agli Organi di consultazione nel mese di giugno 1980 con la richiesta di far pervenire le osservazioni per la fine del mese di dicembre dello stesso anno. Gli Organi interpellati furono 64, cioè i Patriarchi e altre Chiese orientali, i Dicasteri della Curia Romana, le Conferenze episcopali con Gerarchi orientali tra i membri, le Università e le Facoltà ecclesiastiche dell'Urbe, ecc. La consultazione, attraverso questi Organi, ha raggiunto l'intera Gerarchia cattolica orientale e tutti coloro che in un modo o nell'altro potevano contribuire alla revisione del Codice di Diritto canonico orientale. Quasi due terzi (38 Organi) degli Organi di consultazione inviarono le loro risposte<sup>67</sup>. Tuttavia, le risposte ed osservazioni ai Canoni *de diebus festis et poenitentiae* furono "poche e di carattere piuttosto redazionale"<sup>68</sup>, iscrivendosi nel blocco dei Cann. 207-236 intitolato «*De sacramentalibus, locis temporibusque sacris, cultu Sanctorum, Voto et Iureiurando*».

La fase della *denua recognitio* iniziata nel 1981 con lo "Schema Canonum de culto divino et praesertim de Sacramentis", si protrasse fino al febbraio 1986<sup>69</sup> e si concluse con la *recognitio* dello "Schema Canonum de constitutione hierarchica Ecclesiarum orientalium"<sup>70</sup>.

L'ultima fase della preparazione dello Schema del Codice fu affidata al *Cætus de coordinatione*, affinché venissero composti in uno Schema unico tutti gli altri Schemi delle differenti parti del Codice elaborate dai vari Gruppi di studio, per imprimergli le caratteristiche richieste in una tale opera legislativa completa e unitaria "di coordinazione, di coerente unificazione, di precisione e di rifinitura", per "perfezionare la redazione formale dello Schema del Codice senza alterarne in nessun modo la sostanza"<sup>71</sup>.

*praescripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum; quo facilius fideles hanc obligationem adimplere valeant, statuitur tempus utile, pro hoc praeepto adimplendo, decurrere inde a Vesperis vigiliae usque ad finem diei dominicae vel festi; enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus, imo frequentius vel etiam cotidie sacram Eucharistiam suscipiant*» (PCCICOR, Schema Canonum, prot. 99/1, 8).

66 Lo Schema del 1979 fu pubblicato in: *Nuntia*, VI (1980), 10, 3-64.

67 *Nuntia*, VIII (1982), 3.

68 Vi fu qualche eccezione in relazione a questioni più generali come quelle riguardanti il concetto di Patriarca e la collegialità dei Vescovi, laddove un Organo propose l'omissione dal Can. 219 l'inciso "de consensu Synodi permanentis", oppure quelle relative a un maggiore adeguamento al CIC latino (cfr. *Nuntia*, VIII [1982], 96).

69 Gli altri Schemata dei Canoni *De evangelizatione gentium, Magisterio ecclesiastico et oecumenismo, De Normis generalibus et de bonis Ecclesiae temporalibus, De Sanctionibus poenalibus in Ecclesia e de clericis et laicis* seguirono nel 1981. Poi, nel 1982 fu mandato lo *Schema Canonum de tutela iurium seu de Processibus*, e, infine, nel 1984, lo *Schema Canonum de constitutione hierarchica Ecclesiarum orientalium* (cfr. C.G. FÜRST, "Codex", 165-166).

70 Cfr. *Nuntia*, XV (1989), 29, 13-14.

71 Cfr. E. EID, *Relazione*, 14.

Fu formulato così il nuovo “*Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis*” del 17 ottobre 1986, in cui si nota che i Canoni relativi alla materia *de diebus festis et pœnitentiæ* seguono una nuova numerazione: Cann. 876, 877, 878 e 879.

Allo Schema del 1986 furono apportati emendamenti redazionali dal *Cœtus de coordinatione* degli anni 1987 e 1988<sup>72</sup>, e proposte osservazioni dei membri della Commissione, dopo che erano pervenute nei mesi estivi del 1987, raccolte e debitamente ordinate in un fascicolo. Esso fu sottoposto all’esame di un Gruppo di studio appositamente costituito, il *Cœtus de expensione observationum*. Di tale Gruppo di studio, presieduto da S.E. Mons. Emilio Eid, Vice Presidente della Commissione, facevano parte, oltre al P. Ivan Zuzek S.J., Segretario, sette Consultori, tutti esperti di Diritto canonico, non solo orientale, ma anche latino<sup>73</sup>. Riunito tra il 9-27 novembre 1987 e l’11-20 gennaio 1988, il *Cœtus* ha compilato le risposte che ha distribuito poi ai membri della PCCICOR nell’aprile 1988.

In questo nuovo “*Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis*”, tra i Canoni relativi alla disciplina dei giorni festivi e penitenziali, il Canone che suscitava più osservazioni e dissensi era il Can. 877 che recitava:

«1. *Christifideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis de præcepto divinam Liturgiam participandi aut secundum præscripta vel legitimam Consuetudinem propriæ Ecclesiæ sui Iuris celebrationem Laudum divinarum.*

§2. *Quo facilius Christifideles hanc obligationem implere possint, statuitur tempus utile decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominici vel festi.*

§3. *Enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus immo frequentius vel etiam cottidie divinam Eucharistiam suscipiant.*

§4. *Abstineant Christifideles his diebus ab illis operibus et negotiis, quæ cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt*»<sup>74</sup>.

A questo punto, il Vescovo titolare di Kottayam dei Siro-Malabaresi Kuriakose Kunnacherry, aveva chiesto: «se l’obbligo domenicale sia una scelta tra la Messa e l’Ufficio divino». Sempre nello stesso contesto, relativamente al

72 Can. 876 §2: «*reform: ... pœnitentiæ singulis Ecclesiis sui Iuris proprios constituere... particulare earundem Ecclesiarum statuere, debita...*»; Can. 877 §1 + «*de præcepto post festis*», §2 «*dominicæ = dominici; + de præcepto post festi*»; Can. 879 §2 «*parentes = coniuges*»; + *sui iuris a observare; Normas = præscripta*» (PCCICOR, *Emendamenti redazionali allo Schema CICO del 1986 proposti dal Cœtus de coordinatione degli anni 1987 e 1988*, in *APCTL*, prot. 1101/88/4, 22).

73 Cfr. *Nuntia*, XV (1989), 28, 3.

74 *Nuntia*, XIII (1987), 157.

§1 del Can. 877, l'Arcivescovo di Trivandrum dei Siro-Malankaresi Gregorios Thangalathil, notava che in India tutti gli orientali sia cattolici sia non cattolici considerano la partecipazione alla divina Liturgia obbligatoria nelle domeniche e nei giorni festivi. Per cui, secondo Thangalathil, «menzionare nel Codice comune che vi è una alternativa tra la divina Liturgia e l'Ufficio divino, creerebbe grave confusione ed eventualmente condurrebbe i fedeli a prendere la via più facile», temendo che «la partecipazione alla divina Liturgia potrebbe essere gradualmente abbandonata in larga misura»<sup>75</sup>.

Ad entrambe queste obiezioni, il *Cætus de expansione observationum*, ha replicato che «vi si provvede con la clausola *secundum præscripta vel legitimam Consuetudinem propriæ Ecclesiæ sui Iuris*»<sup>76</sup>.

È suggestivo riportare, inoltre, quanto aveva chiesto in merito il Vescovo di Ispahan degli Armeni Vartan Tekeyan, ossia l'aggiunta alla fine del Can. 877 §1 dello Schema CICO 1986 sulla partecipazione alla divina Liturgia oppure alla celebrazione delle Lodi divine, della dizione: «*aut celebrationem verbi Dei, cuius forma definiatur a Patriarcha cum Synodo Episcoporum*». Il motivo della proposta era di «responsabilizzare maggiormente i laici, nella propagazione del Vangelo e nella conservazione della fede, con particolare riguardo al Can. 604, nel quale si prescrive che *celebratio verbi Dei opportune foveatur*». A questa proposta, il *Cætus de expansione observationum* rispose: «non sembra opportuno introdurre la possibilità di nuove forme liturgiche con cui soddisfare l'obbligo di partecipare alla divina Liturgia domenicale o festiva»<sup>77</sup>.

La revisione del testo dello “*Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis*” del 1986 fu fatta dal *Cætus de expansione observationum*, il quale inviò i propri risultati alla Commissione di revisione nel luglio 1988. Tuttavia, fu la seconda assemblea plenaria della PCCICOR a segnare la fase finale della preparazione del futuro Codice da presentare al Pontefice. L'assemblea ebbe luogo il 3-14 novembre 1988, ove furono approvati con maggioranza i testi messi ai voti per titolo.

In seguito agli emendamenti redazionali da parte dal *Cætus de coordinatione* degli anni 1987 e 1988 proposti allo “*Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis*” del 1986<sup>78</sup>, nella *Scheda suffragii* numero 3 del 12 novembre 1988 relativamente al risultato della votazione sul titolo XVI-*De culto divi-*

75 PCCICOR, *Sommario delle osservazioni dei membri della Commissione allo “Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis” del 1986 con le risposte del «Cætus de expansione observationum»*, in *APCTL*, prot. 1101/88/2, 171.

76 *Nuntia*, XV (1989), 28, 122.

77 PCCICOR, *Sommario delle osservazioni*, prot. 1101/88/2, 171-172.

78 PCCICOR, *Emendamenti redazionali*, prot. 1101/88/4, 22.



*no et præsertim de Sacramentis* (Cann. 664-891), si nota che dei 29 votanti, 24 espressero il “*placet*”, mentre 4 membri votarono “*non placet*”, con una astensione<sup>79</sup>.

Lo Schema completo fu presentato al romano Pontefice il 28 gennaio 1989, dopo che vi furono apportate ulteriori modifiche<sup>80</sup>.

A questo punto, va menzionato che nello Schema CICO 1986, il Can. 876 comprendeva solamente due paragrafi senza nessun riferimento esplicito a qualunque festa, limitandosi a definire le Autorità a cui spetta *constituere, transferre aut suppressere* le feste ed i giorni di penitenza comuni delle singole Chiese *sui Iuris*. Il testo del Can. 876 era il seguente:

«§1. *Dies festos et pænitentia omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut suppressere solius est supremæ Ecclesiæ Auctoritatis.*  
 §2. *Dies festos et pænitentia alicuius Ecclesiæ sui Iuris constituere, transferre et suppressere competit etiam Auctoritati, cuius est Ius particulare eiusdem Ecclesiæ statuere, debita tamen abita ratione aliarum Ecclesiarum sui Iuris et firmo Can. 39 §1*»<sup>81</sup>.

Invece, nello *Schema novissimum* del CCEO presentato al sommo Pontefice il 28 gennaio 1989, al Canone in analisi sarebbero state effettuate, sul tavolo papale<sup>82</sup>, alcune modifiche importanti<sup>83</sup>.

Il precedente Can. 876, nello *Schema novissimum* era diventato così il Can. 880 a cui, oltre l’aggiunta “*firma §3*” collocata “*post Auctoritatis*” al §1, venne formulato ed aggiunto un nuovo paragrafo, appunto il §3, che comprende la specificazione dei “*dies festis di præcepto omnibus Ecclesiis orientalibus comune, præter dies dominicos*”<sup>84</sup>.

Il testo finale promulgato del Can. 880 CCEO è il seguente:

«§1. *Dies festos et pænitentia omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut suppressere solius est supremæ Ecclesiæ Auctoritatis firma §3.*  
 §2. *Dies festos et pænitentia singulis Ecclesiis sui Iuris proprios constituere, transferre aut suppressere competit etiam Auctoritati, cuius est Ius particulare*

79 PCCICOR, Risultato definitivo delle votazioni sulla “*Inscriptio Codicis*” e su tutti e singoli Titoli dello Schema del “*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*”, in *APCTL*, prot. 1101/88/7, 24.

80 Cfr. J. FARIS, *La storia*, 267.

81 *Nuntia*, XIII (1987), 157.

82 Cfr. M.I. CRISTESCU, *L’Autorità legislativa nelle varie Chiese sui Iuris e l’intervento della Sede Apostolica sul loro Ius particulare*, in *Iura orientalia*, VI (2010), 102.

83 Cfr. *Nuntia*, XVI (1990), 31, 37.

84 Cfr. *ivi*, 43.



*earundem Ecclesiarum statuere, debita tamen habita ratione aliarum Ecclesiarum sui Iuris et firmo Can. 40 §1.*

§3. *Dies festi de præcepto omnibus Ecclesiis orientalibus communes, præter dies dominicos, sunt dies Nativitatis Domini Nostri Iesu Christi, Epiphaniæ, Ascensionis, Dormitionis sanctæ Dei Genitricis Mariæ ac dies sanctorum Apostolorum Petri et Pauli, salvo Iure particulari Ecclesiæ sui Iuris a Sede Apostolica approbato, quo quidam dies festi de præcepto supprimuntur vel ad diem dominicum transferuntur».*

Tale formulazione finale, stabiliva, oltre l'elenco dei giorni festivi di precetto comuni per tutte le Chiese orientali, anche la possibilità per lo *Ius particulare* approvato dalla Santa Sede di sopprimere, trasferire oppure di prevedere altre feste per le singole Chiese *sui Iuris*<sup>85</sup>. In più, oltre a far chiaramente riferimento all'omologo latino, il Can. 1246 §1 CIC, tale formulazione riprendeva anche gran parte del contenuto del discusso Can. 261 dei "testi iniziali" della prima codificazione orientale *de locis et temporibus sacris*<sup>86</sup>.

Infatti, il Can. 880 §3 della vigente Legislazione orientale stabilisce l'elenco dei giorni festivi di precetto comuni a tutte le Chiese orientali, oltre alle domeniche, salvo lo *Ius particulare*<sup>87</sup> di ciascuna Chiesa *sui Iuris* approvato dalla Sede Apostolica, col quale alcuni giorni festivi di precetto possono

85 Difatti, nello *Ius particulare* di alcune Chiese orientali si prevede tale trasferimento alla domenica: per esempio, l'Art. 1 del Diritto particolare della Chiesa Siro-Malabarese, "*Feasts and Penance*": «§1. *The feast days of the Nativity of Our Lord Jesus Christ, the Epiphany, the Ascension, the Dormition of the Holy Mary Mother of God, Ascension, Peter and Paul and the Martyrdom of St. Thomas the Apostle (July 3) are to be celebrated as a days of obligation.*

§2. *The obligation of the feasts of Epiphany, Ascension, Peter and Paul is to be fulfilled in the following Sunday after the actual day»* (F. ELUVATHINGAL [ed.], *Syro-Malabar Church since the eastern Code. An evaluation and future prospects. Particular Laws, Statutes, Decrees, bibliography*. Festschrift in honour of Prof. George Nedungatt S.J., Rome, 2002, 320).

86 Can. 261. «*Dies festi de præcepto, in universa Ecclesia orientali servandi, sunt: omnes et singuli dies dominici, festa Nativitatis D.N. Iesu Christi, Epiphaniæ, Ascensionis, Dormitionis almæ Genitricis Dei Mariæ, ac beatorum Petri et Pauli Apostolorum.*

§2. *Sequentes vero dies festi ubi Iure particulari vigent servandi sunt: festum Circumcisionis D.N. Iesu Christi, Ingressus Domini in Templum, feria VI in Parasceve, feria II post dominicam Resurrectionis, et feria II post dominicam Pentecostis, festum sanctissimi Corporis Christi, Transfigurationis, Exaltationis Ss.mæ Crucis, Immaculatæ Conceptionis, Nativitatis et Annuntiationis almæ Genitricis Dei Mariæ, sancti Iosephi eius Sponsi, Omnium denique Sanctorum. Item alii dies festi servandi ex probatæ Synodi vel probatæ Consuetudinis præscripto»* (PCCICOR, *Testo iniziale per la revisione CICO dalle bozze 1958*, in *APCTL*, prot. 163/1, 114). Si osserva che in questo schema iniziale *ubi Iure particulari vigent servandi sunt*, erano elencati alcuni giorni di festa della Chiesa latina: il santissimo Corpo e Sangue di Cristo, l'Immacolata Concezione, san Giuseppe e Tutti i Santi.

87 Tuttavia, nell'emanare questo Diritto particolare, va tenuto conto della necessità di curare con la massima diligenza la custodia fedele e l'osservanza accurata del proprio Rito e non ammettere in esso dei mutamenti se non per ragione di un "organico progresso" (cfr. CCEO, Can. 40 §1).

essere soppressi o trasferiti alla domenica. Si nota facilmente come nell'elenco comune formulato dal Legislatore per le Chiese orientali, non ci siano alcune feste latine di precetto: la festa del santissimo Corpo e Sangue di Cristo, della santa Madre di Dio Maria, dell'Immacolata Concezione, di san Giuseppe e di Tutti i Santi<sup>88</sup>. Invece, si prevede che nel Diritto particolare, sempre con l'approvazione della Sede Apostolica, si possano indire per ogni singola Chiesa *sui Iuris* anche altri giorni di festa di precetto.

Tuttavia, H. Alwan ritiene che con la clausola “*salvo Iure particulari Ecclesiae sui Iuris a Sede Apostolica approbato*”, il Legislatore restringe le facoltà già concesse dal Vaticano II ai Patriarchi e alle supreme Autorità ecclesiastiche del luogo, relative all'accordarsi con le altre Chiese acattoliche orientali su un unico giorno per una comune celebrazione della Pasqua<sup>89</sup>, affinché si promuova l'unità dei cristiani che vivono nella stessa regione o nella stessa Nazione<sup>90</sup>.

In quest'ottica, il Can. 880 §3 CCEO che enumera i *dies festi de praecepto omnibus Ecclesiis orientalibus communes*, rappresenta una esemplificazione del come la Legislazione comune, pur stabilendo una disposizione, lascia lo

---

88 Durante le discussioni previe alla prima codificazione orientale, in riferimento alla presenza di alcune feste della Chiesa di Rito latino, vi furono delle obiezioni fortissime da parte dell'Episcopato orientale. L'Ordinario per i Cattolici di Rito bizantino in Grecia, Mons. G. Calavassy, affermava: «l'introduzione di feste e devozioni nuove, non esistenti in alcun modo nella tradizione liturgica orientale, o contrastanti con la mentalità liturgica orientale, provocherà critiche ed attacchi, armerà nemici dell'Unione con nuove prove di latinizzazione da parte della Santa Sede, smentirà le promesse dei Papi, ed aprirà nuovi fossi di separazione [...]. Queste innovazioni si trovano già di fatto in alcune Chiese unite. È un male che vi siano state introdotte, per costituire quell'ibridismo disciplinare e liturgico, che è stato chiamato “uniatismo” e che costituisce uno spauracchio per gli Ortodossi, ma sarà un male assai più grave che la Chiesa cattolica venga ora col suo Codice orientale a ratificare questo stato di cose, non soltanto, ma ad imporlo anche a quelli che hanno potuto restare esenti. Non sarebbe di certo un incoraggiamento per noi Greci cattolici che siamo rimasti fedeli alle direttive della Santa Sede di conservare intatti i nostri Riti sacrosanti». Dall'altra parte, il Delegato malankarese Mar Ivanios Metropolita di Trivandrum, sosteneva: «*Corpus Domini*, Immacolata, san Giuseppe, e Ognisanti sono feste nuove per Malankara. Sarebbe meglio se la Chiesa universale, latina e orientale, praticasse uniformità, come dovrebbe farsi per digiuni ed astinenze, specialmente in un Paese come nostro, dove latini e orientali di due Riti, abitano insieme». Sempre in riferimento a tali feste di origine latina, i Vescovi romeni si dichiararono contrari alla loro accoglienza nel testo del Canone: «il principio di uniformità non deve spingersi troppo, perché anche nella Chiesa latina vi sono luoghi, come la Francia, dove è stato ristretto il numero delle feste, ed a Roma stessa le profanano lavorando» (SCO-PCRDCO, *Quattordicesima*, 88-94).

89 «Fino a che tra tutti i cristiani non si sarà giunti al desiderato accordo circa la fissazione di un unico giorno per la comune celebrazione della festa di Pasqua, nel frattempo, per promuovere l'unità fra i cristiani che vivono nella stessa regione o Nazione, è data facoltà ai Patriarchi o alle supreme Autorità ecclesiastiche del luogo di accordarsi, con unanime consenso e sentiti i pareri degli interessati, per celebrare la festa di Pasqua nella stessa domenica» (OE 20).

90 Cfr. H.G. ALWAN, *Commento ai Cann. 880-883*, in P.V. PINTO (cur.), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001, 760.

spazio per una eventuale Norma, anche contraria, di Diritto particolare che necessita, tuttavia, dell'approvazione<sup>91</sup> della Sede Apostolica<sup>92</sup>.

In riferimento alla specificazione “salvo restando il Diritto particolare della Chiesa *sui Iuris* approvato dalla Sede Apostolica” col quale alcuni giorni festivi di precetto sono soppressi o sono trasferiti alla domenica, M. Brogi afferma:

«questa distinzione tra l'intervento personale del romano Pontefice e quello del Dicastero competente non va tuttavia esasperata, perché nel CCEO per *Sedes Apostolica* si intende in primo luogo, a Norma del Can. 48, proprio lo stesso romano Pontefice, e poiché, sebbene la materia del Canone in oggetto –che è il Can. 880– non sembri esplicitamente riservata al Papa in persona, l'approvazione di una Legge particolare che operi un cambiamento in materia costituisce certamente una decisione *maioris momenti*; essa pertanto, anche se esaminata dal Dicastero competente, cioè la Congregazione per le Chiese orientali, va sottoposta alla *romani Pontificis approbationi*, a Norma della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*, n. 18»<sup>93</sup>.

Il §3 del Can. 880 CCEO rappresenta, pertanto, un esempio in cui la Legislazione comune, in virtù del principio di sussidiarietà che sta alla base della codificazione orientale<sup>94</sup>, lascia il debito spazio all'Autorità competente delle varie Chiese *sui Iuris* per regolare nello *Ius particolare* le materie non riser-

91 Tuttavia, «*les deux Instituts juridiques, la Recognitio et l'Approbatio, visent indirectement le même but. Ils protègent la compétence propre du Législateur particulier auquel un collègue pourrait imposer un Droit dont l'opportunité de promulgation n'aurait pas été évaluée personnellement par un Législateur. Autrement dit, cette pratique de l'intervention du Pontife romain sur le contenu du Droit particulier [...] est indirectement une protection de la charge revenant au Législateur particulier, chef d'une Eglise particulière, possédant ce devoir et ce droit d'évaluer si une Loi particulière touche à l'unité de l'Ordinamento ecclésiastique*» (P. VALDRINI, *Unité et pluralité des ensembles législatifs. Droit universel et Droit particulier d'après le Code de Droit Canonique latin*, in *Ius Ecclesiae*, IX [1997], 14).

92 CCEO, Can. 48: «*Nomine Sedis Apostolicæ vel Sanctæ Sedis in hoc Codice veniunt non solum romanus Pontifex, sed etiam, nisi aliter Iure cavetur vel ex natura rei constat, Dicasteria aliaque Curia Romanæ instituita*».

93 M. BROGI, *Prospettive pratiche nell'applicare alle singole Chiese sui Iuris il CCEO*, in PONTIFICIUM CONSILIIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesie*, 741.

94 Un esempio dell'applicazione del principio di sussidiarietà è il Can. 706 CCEO, la cui redazione è stata determinata dal rispetto dovuto alla tradizione armena relativamente alla materia, pane e vino, del Sacramento dell'Eucaristia. Ancora nello *Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis* del 1986 (cfr. *Nuntia*, XII [1986], 131), si specificava che al vino “*modica aqua miscenda est*”, come si richiedeva a tutte le Chiese orientali da lungo tempo. La clausola venne omessa nel 1989 su proposta di un membro della Commissione. Il parere di questo membro venne accettato anche «sulla base della recente revisione della Liturgia armena, messa in pratica nella divina Liturgia celebrata nella Basilica di Santa Maria in Trastevere il 21 nov. 1987, nella quale si è usato il vino puro» (*Nuntia*, XV [1989], 28, 90).

vate alla Sede Apostolica<sup>95</sup>, conferendo una maggiore autonomia alle Autorità ecclesiastiche inferiori nell'esercizio della loro potestà<sup>96</sup>. In questo modo, il Legislatore, tenendo conto del principio di sussidiarietà, nonché della varietà del patrimonio liturgico delle Chiese orientali, che “non solo non nuoce all'unità, ma anzi la manifesta”<sup>97</sup>, ha conservato nella Legislazione comune orientale “quelle sole Norme, senza le quali non si può mantenere un retto ordine nella Chiesa di Cristo”<sup>98</sup>.

Tuttavia, l'*iter* di formulazione nel Codice comune orientale della disciplina *de diebus festis et pœnitentiæ*, conferma l'esigenza di distinguere in tale materia il precetto divino da quello ecclesiastico. Nella dottrina si distingue la Norma di Diritto divino (il rendere culto a Dio) da ciò che è Legge ecclesiastica: il culto reso con la partecipazione all'Eucaristia festiva e con l'astensione dal lavoro<sup>99</sup>. Tale distinzione pare confermata dalla stessa formulazione del Can. 881 CCEO, laddove, il §1, avendo come fonte immediata il Decreto conciliare *OE 15*<sup>100</sup>, prescrive l'obbligo dei fedeli orientali di osservare il precetto domenicale e delle feste di precetto, che consiste nella partecipazione alla divina Liturgia *oppure* alla celebrazione delle Lodi divine, secondo lo *Ius particulare* e le legittime Consuetudini di ciascuna Chiesa *sui Iuris*. Can. 881:

«§1. *Christifideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis de præcepto divinam Liturgiam participandi aut secundum præscripta vel legitimam Consuetudinem propriæ Ecclesiæ sui Iuris celebrationem Laudum divinarum*».

La *ratio* di tale prescrizione si basa sull'importanza delle Lodi divine<sup>101</sup>, le quali, fino dall'antica età, furono tenute in grande stima e conside-

95 Cfr. *Nuntia*, II (1976), 3, 21.

96 «*En appliquant le Droit particulier, le fidèle ne manifeste pas seulement son appartenance à l'Eglise particulière. Il manifeste aussi son appartenance à l'Eglise toute entière. La diversité du Droit particulier est voulue comme l'est la diversité des Eglises particulières qui exprime la diversité des communautés humaines. Elle n'est pas une segmentation du Droit, puisqu'elle est un lieu où, par le fait d'une seule et unique appartenance à l'Eglise, sont reliés Droit universel et droit particulier*». P. VALDRINI, *Unité et pluralité*, 10.

97 Cfr. *OE 2*.

98 Cfr. *Nuntia*, VI (1980), 10, 15.

99 Recita in merito anche la dottrina relativa alla Normativa del CIC 1917: «*dies festi sunt dies sanctæ lætitiæ et specialis cultus divini quibus ex præcepto ecclesiastico universus populus fidelis iubetur vacare a laboribus servilibus et ad assistere saltem sacrificio Missæ*» (M. CONTE A CORONATA, *De locis et temporibus sacris. Codicis Iuris canonici L. III. Pars altera*, Augustæ Taurinorum, 1922, 288).

100 «I fedeli sono tenuti la domenica e le feste a intervenire alla divina Liturgia o, secondo le prescrizioni o consuetudini del proprio Rito, alla celebrazione delle Lodi divine». *OE 15*.

101 «In Oriente la celebrazione domenicale si divide in tre parti: Ufficio vespertino, dal tramonto del

razione presso tutte le Chiese orientali<sup>102</sup>, il Legislatore ribadendo che tali Lodi vanno riscoperte e mantenute. In merito alla formulazione del Canone, si afferma nella dottrina che non si tratta di una forma sostitutiva, vale a dire da applicare quando non è possibile partecipare alla divina Liturgia, bensì di una forma alternativa, per cui, qualora dei cattolici partecipassero a servizi ecumenici o di altre Chiese e Comunità ecclesiali nei giorni di precetto, rimane per essi l'obbligo di partecipare alla Liturgia o alle Lodi divine:

*«by keeping the alternative of the christian Faithfull's participation to the divine Praise, CCEO intends to emphasize that the divine Praises also have a specific importance for the christian life»<sup>103</sup>.*

Ovviamente, la divina Liturgia rappresenta il culmine e la fonte della vita cristiana e spirituale in quanto trae origine dal giorno stesso della risurrezione di Cristo. Tuttavia, afferma D. Salachas, il CCEO conservando l'alternativa della partecipazione dei fedeli cristiani alla celebrazione delle Lodi divine, intende sottolineare che anche la loro celebrazione ha il loro valore e la loro ricchezza specifica, specialmente nei contesti dell'Oriente cristiano, in riferimento anche all'importanza dell'Ufficio divino presso l'ambito monastico, soprattutto laddove non era sempre presente il sacerdote, assicurandosi in tal modo la salvaguardia del precetto di Diritto divino di santificare le feste in determinate situazioni e condizioni straordinarie in cui manca il ministro sacro. In questo contesto, va tenuta presente l'omissione nel CCEO di una Normativa relativa alle celebrazioni «in assenza del sacerdote»<sup>104</sup>. Inoltre,

«tale possibilità sottolinea l'importanza delle Lodi divine, e in un certo modo ne rende concretamente possibile la celebrazione corretta, nei giusti orari, anche in modo che i testi si adattino in pieno al tempo in cui sono celebrate. Il ciclo quotidiano si inizia infatti con i Vespri, si prolunga nella notte per culminare al mattino con la divina Liturgia o Oblazione [...]. Una pastorale liturgica autenti-

---

sole della vigilia, Ufficio dell'aurora e Liturgia eucaristica, corrispondenti tutti e tre questi momenti a tre fasi del nostro cammino verso Dio: unione nella fede e nella speranza (Antico Testamento); unione mistica nella Parola di Dio per la presenza del Verbo Incarnato (Nuovo Testamento), Ufficio dell'aurora; aspetto escatologico, Liturgia, unione reale eucaristica» (*Nuntia*, III [1977], 34).

102 Cfr. *OE* 22.

103 G. NEDUNGATT (ed.), *A guide to the eastern Code. Commentary on the Code of Canons of the Eastern Churches*, Coll. *Kanonika*, n. 10, Roma, 2002, 592. Si veda inoltre: L. LORUSSO, *La divina Eucaristia nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *O' Odigos*, XXIV (2005), 3, 27; L. LORUSSO, *Il culto divino nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Commento ai singoli Canoni*, Bari, 2008, 181.

104 Cfr. CIC 1983, Can. 1248 §2.

ca dovrà tener presente la complessità dei problemi e non si limiterà ad imitare semplicemente la prassi occidentale»<sup>105</sup>.

A tale obbligo dei fedeli di santificare i giorni festivi e domenicali attraverso la partecipazione alla divina Liturgia oppure la celebrazione delle Lodi divine, corrispondono gli obblighi ed i doveri specifici dei *Christifideles clerici* circa i giorni festivi: il Patriarca ha l'obbligo di celebrare la divina Liturgia "*pro populo totius Ecclesiae, cui praest*"<sup>106</sup>. Ugualmente, il Vescovo eparchiale è tenuto alla celebrazione della divina Liturgia nei giorni stabiliti dal Diritto particolare della propria Chiesa *sui Iuris*<sup>107</sup>. Gli stessi obblighi spettano anche all'Amministratore dell'Eparchia, se non disposto diversamente dal Diritto<sup>108</sup>. Il Parroco, inoltre, nei giorni prescritti dal Diritto particolare, ha l'obbligo di celebrare la divina Liturgia<sup>109</sup> e di far sì che nelle feste di precetto vi sia anche l'omelia e che questa non sia omessa se non per grave causa<sup>110</sup>.

Per ciò che concerne la celebrazione delle Lodi divine, il Vescovo eparchiale, in quanto moderatore, promotore e custode di tutta la vita liturgica dell'Eparchia, deve curare che in ogni Eparchia si celebrino le Lodi divine, per quanto possibile, nei giorni di domenica e nelle feste ed inoltre nelle solennità e nelle loro vigilie<sup>111</sup>.

## 5. SINOSI TESTUALE DEI CANN. 880-883 CCEO

Riteniamo utile riportare lo schema della formulazione dei Canoni 880-883 CCEO in seguito ad una ricerca storico-giuridica nell'Archivio del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, laddove si evince l'itinerario delle differenti redazioni con le relative modifiche nel contenuto.

---

105 CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, *Istruzione per l'applicazione delle prescrizioni liturgiche del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (CCEO)*, Città del Vaticano, 1996, 64. Circa il significato delle Lodi divine, al n. 96 della stessa *Istruzione* si sottolinea che «esse sono la scuola di preghiera propria di ogni Chiesa, nella quale essa insegna l'antica via della glorificazione di Dio in Cristo come un solo Corpo, in unione e sull'esempio del suo Capo».

106 CCEO, Can. 94.

107 Cfr. CCEO, Can. 198.

108 Cfr. CCEO, Can. 229.

109 Cfr. CCEO, Can. 294.

110 Cfr. CCEO, Can. 614 §2. Tale obbligo spetta anche ai rettori delle Chiese.

111 Cfr. CCEO, Can. 199 §§1-2.

TEXTUS ANNI 1958 <sup>112</sup>	CÆTUS DE SACRAMENTIS (1976) <sup>113</sup>	CÆTUS DE SACRAMENTIS (1978) <sup>114</sup> [base]	CÆTUS DE SACRAMENTIS (1978) <sup>115</sup> [appr.]	SCHEMA CANONUM DE CULTO DIVINO ET PRÆSERTIM DE SACRAMENTIS (1979) <sup>116</sup>	SCHEMA CODICIS IURIS CANONICI ORIENTALIS (1986) <sup>117</sup>	CCEO (1990)
<i>De temporibus sacris. De diebus festis et de diebus abstinentiæ et ieiunii</i>		<i>De diebus festis et poenitentia</i>	<i>De diebus festis et poenitentia</i>	<i>De diebus festis et poenitentia</i>	<i>De diebus festis et poenitentia</i>	<i>De diebus festis et poenitentia</i>
<b>Can. 256</b> <sup>118</sup>  Tempora sacra sunt dies festi; iisque accensentur dies abstinentiæ et ieiunii.		<b>Can. 1</b>  Tempora sacra sunt dies festi; iisque accensentur dies abstinentiæ et ieiunii.				

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<b>Can. 257</b> <sup>119</sup>  §1. Dies festos itemque dies abstinentiæ et ieiunii omnibus Ritibus orientalibus communes, constituere, transferre, abolere, unius est supremæ ecclesiasticæ Auctoritatis.		<b>Can. 3</b>  §1. Pastores animarum fideles constanter admonere debent de obligatione qua tenentur omnes poenitentiam agendi, specialiter modo ieiunii et abstinentiæ.	<b>Can. 2</b>  §1. Dies festos et poenitentia pro omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut supprimere unius est Synodi Œcumenicæ vel Sedis Apostolicæ.	<b>Can. 221</b>  §1. Dies festos et poenitentia pro omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut supprimere unius est Synodi Œcumenicæ vel Sedis Apostolicæ.	<b>Can. 876</b>  §1. Dies festos et poenitentia omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut supprimere soliis est supremæ Ecclesiæ Auctoritatis.	<b>Can. 880</b>  §1. Dies festos et poenitentia omnibus Ecclesiis orientalibus communes constituere, transferre aut supprimere soliis est supremæ Ecclesiæ Auctoritatis firma §3.

112 PCCICOR, *Testo iniziale*, prot. 163/1, 114-115.

113 PCCICOR, *Canoni approvati*, prot. 111/2, 3.

114 PCCICOR, *Cætus de Sacramentis. Testo base*, prot. 1405/78/3, 4-5.

115 PCCICOR, *Verbale della riunione*, prot. 1405/78/6, 42.

116 PCCICOR, *Schema Canonum*, prot. 99/1, 36.

117 *Nuntia*, XIII (1987), 157-158.

118 *Verbatim*, CIC 1917, Can. 1243.

119 Cfr. CIC 1917, Can. 1244.

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p>§2. Dies festos itemque dies abstinentiæ et ieiunii uniuscuiusque Ritus proprios, constituere, transferre, abolere est item supremæ ecclesiasticæ Auctoritatis vel probatæ Synodi patriarchalis aut archiepiscopalis.</p> <p>§3. Firmo Iure Patriarchæ, Hierarchæ<sup>121</sup> locorum peculiare suis Eparchiis seu locis dies festos aut dies abstinentiæ et ieiunii possunt, gravi de causa, ad modum tantum actus, indicare.</p>		<p>§2. Supremæ Auctoritatis uniuscuiusque Ecclesiæ sui Iuris est dies et formas pœnitentiæ suis traditionibus aptatas determinare, fidelibus suis proponere et ratione habita adiunctorum, easdem præscribere.</p>	<p>§2. Dies festos et pœnitentiæ pro singulis Ecclesiis orientalibus constituere, transferre aut suppressere, præter Apostolicam Sedem, competit Synodis Episcoporum, debita tamen ratione habita totius regionis ceterarumque Ecclesiarum et firmo Can. 3.</p>	<p>§2. Dies festos et pœnitentiæ pro singulis Ecclesiis orientalibus constituere, transferre aut suppressere, præter Apostolicam Sedem, competit Synodis Episcoporum, debita tamen ratione habita totius regionis ceterarumque Ecclesiarum et firmo Can. 3 De Ritibus<sup>120</sup>.</p>	<p>§2. Dies festos et pœnitentiæ alicuius Ecclesiæ sui Iuris constituere, transferre aut suppressere competit etiam auctoritati, cuius est Ius particulare eiusdem Ecclesiæ statuere, debita tamen habita ratione aliarum Ecclesiarum sui Iuris et firmo Can. 39 §1.</p>	<p>§2. Dies festos et pœnitentiæ singulis Ecclesiis sui Iuris proprios constituere, transferre aut suppressere competit etiam auctoritati, cuius est Ius particulare earundem Ecclesiarum statuere, debita tamen habita ratione aliarum Ecclesiarum sui Iuris et firmo Can. 40 §1.</p>

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p>Can. 258<sup>122</sup></p> <p>§1. Hierarchæ locorum iusta de causa dispensare possunt universam Eparchiam ab observantia festorum de quibus in Can. 261 §2, et, sigulis annis, ab abstinentiis et ieiuniis de quibus in Can. 266 §2, 267 §2, iis exceptis quæ Patriarcha sibi reservaverit quod attinet cum ad observantiam festorum tum ad ieiunia et abstinentias.</p>		<p>Can. 4.</p> <p>In casis singularibus iustaque de causa, tum Hierarcha loci quam Parochus possunt subiectos sibi singulos fideles singulasve familias, etiam extra territorium, ab observantia diebus festis vel diebus pœnitentiæ ab Ecclesia ad quam pertinent præscriptis dispensare.</p>				

120 Can. 3: «Patriarchæ, Archiepiscopi Miores, omnesque Hierarchæ studiosissime curent fidelem custodiam et accuratam observationem sui Ritus, ac nonnisi ratione proprii et organici progressus mutationes admittant, præ oculis tamen habitis mutua benevolentia et unitate christianorum» (Nuntia, II [1976], 48).

121 Cfr. *Cleri Sanctitati*, 516.

122 Cfr. CIC 1917, Can. 1245.



1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p>§2. Iidem Hierarchæ, in casibus singularibus iustaque de causa, possunt præterea subiectos sibi singulos fideles singulasve familias, etiam extra territorium, ab observantia festorum de quibus in Can. 261 et ab abstinentiis et ieiuniis de quibus in Can. 266, 267 dispensare.</p> <p>§3. 1º Potestate de qua in §2, gaudent etiam Parochi; 2º Hac eadem potestate fruuntur Superiores in monasterio et in alia Religione, clericali tamen, quod attinet ad personas de quibus in Can. 129.</p>						
<p><b>Can. 259</b><sup>123</sup></p> <p>Supputatio diei festi, itemque diei abstinentiæ et ieiunii, facienda est a media nocte usque ad mediam noctem.</p>						

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p><b>Can. 261</b><sup>124</sup></p> <p>§1. Dies festi de præcepto, in universa Ecclesia orientali servandi sunt: omnes et singuli dies dominici, festa Nativitatis D. N. Iesu Christi, Epiphaniæ, Ascensionis, Dormitionis almæ Genitricis Dei Mariæ, ac beatorum Petri et Pauli Apostolorum.</p>		<p><b>Can. 2</b></p> <p>§1. Præter diem dominicum, qui in universa Ecclesia uti primordialis dies festus, sub præcepto servari debet: diem quoque Nativitatis D. N. Iesu Christi et Dormitionis almæ Genitricis Dei Mariæ, penes est supremæ Auctoritatis uniuscuiusque Ecclesiæ sui Ritus determinare quinam alii dies festi suo præcepto servandi sunt.</p>				<p><b>Can. 880</b></p> <p>§3. Dies festi de præcepto omnibus Ecclesiis orientalibus communes, præter dies dominicos, sunt dies Nativitatis Domini Nostri Iesu Christi, Epiphaniæ, Ascensionis, Dormitionis sanctæ Dei Genitricis Mariæ ac dies sanctorum Apostolorum Petri et Pauli, salvo Iure particulari Ecclesiæ sui Iuris a Sede Apostolica approbato, quo quidam dies festi de præcepto supprimuntur vel ad diem dominicum transferuntur.</p>

123 *Verbatim*, CIC 1917, Can. 1246: omittitur *salvo præscriptio* Can. 923.

124 Cfr. CIC 1917, Can. 1247.

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p>§2. Sequentes vero dies festi ubi Iure particulari vigent servandi sunt: festum Circumcisionis D. N. Iesu Christi. Ingressus Domini in Templum, feria VI in Parasceve, feria II post dominicam Resurrectionis, et feria II post dominicam Pentecostis, festum Sanctissimi Corporis Christi, Transfigurationis, Exaltationis Ss.mæ Crucis, Immaculatae Conceptionis, Nativitatis et Annuntiationis almæ Genitricis Dei Mariæ, sancti Iosephi eius Sponsi, Omnium denique Sanctorum. Item alii dies festi servandi ex probatæ Synodi vel probatæ Consuetudinis præscripto.</p>						

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p><b>Can. 262</b><sup>125</sup> §1. Diebus festis de præcepto interveniendum est divinis officiis et abstinendum ab operibus servilibus, actibus forensibus, itemque, nisi aliud ferant legitimæ Consuetudines aut peculiararia Indulta, publico mercatu, nundinis, aliisque publicis emptionibus et venditionibus.</p>	<p><b>Can. 12</b> Fideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis interessæ divinæ Liturgiæ aut, iuxta præscripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum; quo facilius fideles hanc obligationem adimplere valeant, statuitur tempus utile, pro hoc præcepto adimplendo, decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominicæ vel festi; enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus imo frequentius ac vel etiam quotidie, sacram Eucharistiam suscipiant.</p>	<p><b>Can. 2</b> §2. Diebus festis de præcepto, divinæ Liturgiæ ubicumque legitime celebratur, fideles participare tenentur, et ab illis operibus et negotiis quæ cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam, aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt, abstinere debent.</p>	<p><b>Can. 3</b> Diebus dominicis aliisque festis de præcepto fideles obligatione tenentur interesse divinæ Liturgiæ aut celebrationi divinarum Laudum ad normam Can. 12; abstineant his diebus ab illis operibus et negotiis quæ cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam, aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt.</p>	<p><b>Can. 222</b> Diebus dominicis aliisque festis de præcepto fideles obligatione tenentur interesse divinæ Liturgiæ aut celebrationi divinarum Laudum ad normam Can. 43<sup>126</sup>; abstineant his diebus ab illis operibus et negotiis quæ cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam, aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt.</p>	<p><b>Can. 877</b> §1. Christifideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis de præcepto divinam Liturgiam participandi aut secundum præscripta vel legitimam Consuetudinem propriæ Ecclesiæ sui Iuris celebrationem Laudum divinarum.</p>	<p><b>Can. 881</b> §1. Christifideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis de præcepto divinam Liturgiam participandi aut secundum præscripta vel legitimam Consuetudinem propriæ Ecclesiæ sui Iuris celebrationem Laudum divinarum.</p>

125 Cfr. CIC 1917, Can. 1248.

126 Can. 43. «*Fideles obligatione tenentur diebus dominicis et festis interesse divinæ Liturgiæ aut, iuxta*

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p>§2. Obligationi interveniendi divinis Officiis de qua in §1 satisfaciendum est assistendo celebrationi divinæ Liturgiæ, saltem a dimissione catechumenorum usque ad sacram Communionem, firmo præscripto §3.</p> <p>§3. In iis locis in quibus obligationi interveniendi divinis Officiis de qua in §1, legitima ex Consuetudine satisfaciunt fideles assistendo celebrationi divinæ Laudis aut divinæ Liturgiæ, curent animarum pastores ut, difficultatibus semotis, fideles instructionibus et exhortationibus inducantur ad assistendum celebrationi divinæ Liturgiæ ad normam §2.</p> <p>§4. Suadendum est fidelibus ut Legi de qua in §§2, 3 satisfaciant in Ecclesia proprii Ritus præsertim parœciali.</p>					<p>§2. Quo facilius Christifideles hanc obligationem implere possint, statuitur tempus utile decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominici vel festi.</p> <p>§3. Enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus immo frequentius vel etiam cottidie divinam Eucharistiam suscipiant.</p> <p>§4. Abstineant Christifideles his diebus ab illis operibus et negotiis, quæ cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt.</p>	<p>§2. Quo facilius Christifideles hanc obligationem implere possint, statuitur tempus utile decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominici vel festi de præcepto.</p> <p>§3. Enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus immo frequentius vel etiam cottidie divinam Eucharistiam suscipiant.</p> <p>§4. Abstineant Christifideles his diebus ab illis operibus et negotiis, quæ Cultum Deo reddendum, lætitiæ diei Domini propriam aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediunt.</p>

*præscripta vel Consuetudinem proprii Ritus, celebrationi divinarum Laudum; quo facilius fideles hanc obligationem adimplere valeant, statuitur tempus utile, pro hoc præcepto adimplendo, decurrere inde a Vesperis vigiliæ usque ad finem diei dominicæ vel festi; enixe commendatur Christifidelibus, ut his diebus, imo frequentius vel etiam cottidie sacram Eucharistiam suscipiant»* (PCCICOR, Schema Canonum, prot. 99/1, 8). In questo Schema Canonum dell'anno 1979, il Canone 43 era collocato nel Titulus III-De divina Eucharistia (Cann. 33-52).

1958	1976	1978- base	1978- appr.	1979	1986	CCEO
<p><b>Can. 263</b><sup>127</sup></p> <p>Legi de assistendo divinæ Liturgiæ satisfacit qui eidem adest quocumque catholico Ritu celebretur, sub dio aut in quacumque ecclesia vel oratorio publico aut semi-publico et in privatis cœmeteriorum ædiculis necnon in aliis oratoriis privatis, nisi id vetitum fuerit ab Hierarcha loci.</p>						
<p><b>Can. 264</b><sup>128</sup></p> <p>Abstinentiæ Lex vetat carne, ovis vel lacticiniis vesci, salvo iure particulari quod vetet esum piscium vel permittat usum ovorum et lacticiniorum.</p>						
<p><b>Can. 265</b><sup>129</sup></p> <p>Lex ieiunii prohibet quominus ante meridiem ad modum cibi aliquid sumatur; servata, quod attinet ad reliquam partem diei, legitima cuiusque Ritus et loci Consuetudine circa ciborum quantitatem et qualitatem.</p>						
<p><b>Can. 266</b><sup>130</sup></p> <p>§1. Lex solius abstinentiæ in universa Ecclesia orientali servanda est:  1º singulis feriis sextis, iis exceptis quas indicant Leges liturgiæ;  2º singulis diebus sabbatis et dominicis magnæ Quadragesimæ;  3º singulis diebus sacri temporis præcedentis Nativitatem Domini, Dormitionis almæ Genitricis Dei Mariæ et festum Apostolorum Petri et Pauli.</p> <p>§2. Lex solius abstinentiæ servanda est, ubi viget, festo Exaltationis Ssmæ Crucis et Decollationis Sancti Ioannis Baptistæ, aliisque diebus ex probatæ Synodi præscripto vel legitima Consuetudine.</p>						

127 Cfr. CIC 1917, Can. 1249.

128 Cfr. CIC 1917, Can. 1250.

129 Cfr. CIC 1917, Can. 1251.

130 Cfr. CIC 1917, Can. 1252.

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<p><b>Can. 267<sup>131</sup></b></p> <p>§1. Lex ieiunii et abstinentiæ in universa Ecclesia orientali servanda est diebus Quadragesimæ magnæ, exceptis sabbatis et dominicis. Sabbato autem sancto, nisi aliud ferat ius particulare, eadem Lex servanda est.</p> <p>§2. Lex ieiunii et abstinentiæ servanda est ubi viget: 1° Pervigiliis Nativitatis D. N. Iesu Christi et Epiphaniæ; 2° Diebus Rogationis Ninivitarum; 3° Diebus ex probatæ Synodi præscripto vel legitima Consuetudine.</p>			<p><b>Can. 4</b></p> <p>Diebus ieiunii et abstinentiæ fideles obligatione tenentur pœnitentiam agendi modo a Iure particulari statuto.</p>	<p><b>Can. 223</b></p> <p>Diebus ieiunii et abstinentiæ fideles obligatione tenentur pœnitentiam agendi modo a Iure particulari statuto.</p>	<p><b>Can. 878</b></p> <p>Diebus pœnitentiæ Christifideles obligatione tenentur ieiunium vel abstinentiam servandi modo Iure particulari propriæ Ecclesiæ sui Iuris statuto.</p>	<p><b>Can. 882</b></p> <p>Diebus pœnitentiæ Christifideles obligatione tenentur ieiunium vel abstinentiam servandi modo Iure particulari propriæ Ecclesiæ sui Iuris statuto.</p>
<p><b>Can. 260</b></p> <p>Singulis fidelibus Ritus orientalis, extra regiones orientales, sine Hierarcha sui Ritus degentibus licet, præteritis diebus festis de præcepto in proprio Ritu statutis, eos qui in loco vigent servare. Eadem facultate gaudent tum circa dies abstinentiæ vel ieiunii tum circa modum eadem servandi.</p>		<p><b>Can. 5</b></p> <p>Singuli fidelibus Ritus orientalis, extra regiones orientales, sine Hierarcha sui Ritus degentibus licet, præteritis diebus festis de præcepto in proprio Ritu statutis, eos qui in loco vigent servare. Eadem facultate gaudent tum circa dies abstinentiæ vel ieiunii tum circa modum eadem servandi.</p>	<p><b>Can. 6</b></p> <p>§1. Singuli fideles extra territorium Ecclesiæ sui Iuris, cui adscripti sunt, versantes, quoad Legem de diebus festis et pœnitentiæ, ad disciplinam in loco ubi degunt vigentem se plene conformare possunt.</p>	<p><b>Can. 224</b></p> <p>§1. Singuli fideles extra territorium Ecclesiæ sui Iuris, cui adscripti sunt, versantes, quoad Legem de diebus festis et pœnitentiæ, ad disciplinam in loco ubi degunt vigentem se plene conformare possunt.</p>	<p><b>Can. 879</b></p> <p>§1. Christifideles extra fines territorii propriæ Ecclesiæ sui Iuris versantes circa dies festos et pœnitentiæ ad Normas in loco, ubi degunt, vigentes se plene conformare possunt.</p>	<p><b>Can. 883</b></p> <p>§1. Christifideles extra fines territorii propriæ Ecclesiæ sui Iuris versantes circa dies festos et pœnitentiæ ad Normas in loco, ubi degunt, vigentes se plene conformare possunt.</p>

131 Cfr. CIC 1917, Can. 1252.

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
			§2. In familiis mixti Ritus ubicumque terrarum hanc Legem servare licet iuxta unum eundemque Ritus.	§2. In familiis mixti Ritus ubicumque terrarum hanc Legem servare licet iuxta unum eundemque Ritus.	§2. In familiis, in quibus parentes diversis Ecclesiis sui Iuris ascripti sunt, circa dies festos et pœnitentiæ normas unius vel alterius Ecclesiæ observare licet.	§2. In familiis, in quibus coniuges diversis Ecclesiis sui Iuris ascripti sunt, circa dies festos et pœnitentiæ præscripta unius vel alterius Ecclesiæ sui Iuris observare licet.

1958	1976	1978-base	1978-appr.	1979	1986	CCEO
<b>Can. 268</b> <sup>132</sup> Diebus dominicis et festis de præcepto Lex abstinentiæ vel abstinentiæ et ieiunii cessat, excepto festo Exaltationis Ss.mæ Crucis, nisi aliter ferat Ius particulare, et excepto, ad abstinentiam quod attinet, tempore magnæ Quadragesimæ.						
<b>Can. 269</b> In familiis mixti Ritus facultas fit ut omnes unius eiusdemque ritus præscripta in ieiuniis et abstinentiis servent.						
<b>Can. 270</b> <sup>133</sup> His Canonibus nihil immutatur de Indultis particularibus, de Votis cuiuslibet personæ physicæ vel moralis, de Statutis ac Regulis cuiusvis Religionis vel Societatis approbatæ sive virorum sive mulierum in communi viventium etiam sine Votis.						
<b>Can. 271</b> <sup>134</sup> §1. Abstinentiæ Lege tenentur omnes qui septimum ætatis annum expleverint. §2. Lege ieiunii adstringuntur omnes ab expleto vicesimo ætatis anno ad inceptum sexagesimum.						

132 Cfr. CIC 1917, Can. 1252 §4.

133 *Verbatim*, CIC 1917, Can. 1253: loco *constitutionibus* legitur *statutis*, loco *instituti approbati* legitur *Societatis approbatæ*.

134 *Verbatim*, CIC 1917, Can. 1254, sed post *vigesimo* omittitur verbum *primo*.  
I testi possono inoltre essere consultati in: *Nuntia*, IV (1978), 7, 91-96.

## CONCLUSIONE

In conclusione, nella disciplina delle Chiese orientali, le feste di precetto comportano da parte dei *Christifideles* alcuni obblighi e doveri previsti per Diritto comune o particolare: l'obbligo di partecipare alla divina Liturgia, oppure, secondo le prescrizioni ed il Diritto consuetudinario della propria Chiesa *sui Iuris* alla celebrazione delle Lodi divine; la raccomandazione di ricevere la divina Eucaristia; l'astenersi da quelle attività e quegli affari che impediscono di rendere culto a Dio e turbano la letizia propria del giorno del Signore o il riposo della mente e del corpo<sup>135</sup>.

Infatti, con la scelta di proporre l'alternativa della partecipazione dei fedeli cristiani alla celebrazione delle Lodi divine, il CCEO, nel prendere le distanze dalla disciplina della Chiesa cattolica latina relativa alla obbligatorietà esclusiva della partecipazione alla santa Messa per soddisfare il precetto festivo e domenicale, intende recuperare il valore specifico della celebrazione delle Lodi divine per la vita cristiana, essendo tali Lodi da sempre promosse e valorizzate negli ambienti dell'Oriente cristiano cattolico e non cattolico. Inoltre, questa formulazione del CCEO conferma la volontà del Legislatore supremo di ripristinare le genuine tradizioni orientali, soprattutto perché in alcune Chiese orientali le Lodi divine sono quasi scomparse nelle Parrocchie e la divina Liturgia sostituisce tutta la vita liturgica, e così viene a mancare un «vero equilibrio, venendo a creare un reale impoverimento della vita liturgica»<sup>136</sup>.

La Legislazione orientale del CCEO, pertanto, riporta l'obbligo essenziale per l'adempimento del precetto, e cioè l'astensione dal lavoro e da quelle attività che potrebbero impedire il culto dovuto al Signore oppure la gioia propria della *Dies dominicus* che si esprime nel partecipare alla divina Liturgia, oppure alla celebrazione delle Lodi divine. Questa prescrizione recepisce l'intera Legislazione in materia dei *sacri Canones*, i quali, hanno sempre confermato la tradizione dell'obbligo della celebrazione della domenica, giorno di letizia spirituale e di riposo, in cui veniva rigorosamente proibito qualsiasi atteggiamento penitenziale, quale la preghiera in ginocchio oppure il digiuno.

---

135 Cfr. CCEO, Can. 881.

136 Cfr. CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, *Istruzione*, 64.

## **Alcuni aspetti sull'iter redazionale relativo alla disciplina "de diebus festis et poenitentiae" nella codificazione orientale del CCEO (Cann. 880-881)**

CRISTIAN CRISAN

### **Abstract**

L'Ordinamento ecclesiastico traduce in termini giuridici l'incontro tra tempo e religione attraverso un complesso di valori normativi codificati dalla competente Autorità ecclesiastica nella Legislazione canonica, CIC e CCEO. Tuttavia, la formulazione della disciplina dei giorni di festa e di penitenza, comporta delle differenze nelle due Normative vigenti. L'asse portante dell'articolo, si rintraccia nel tentativo di integrare la ricerca intercodiciale *de temporibus sacris*, con la relativa evoluzione dei contenuti dei Canoni lungo l'iter di formulazione, soprattutto sull'alternativa prevista al Can. 881 CCEO di partecipare alla divina Liturgia oppure all'Ufficio divino nei giorni festivi e domenicali, a seconda delle prescrizioni e della legittima Consuetudine delle singole Chiese *sui iuris*. In questo senso, nella formulazione del CCEO va separato in merito ai giorni festivi ciò che è precetto divino (il rendere culto a Dio) dalla Norma ecclesiastica (la partecipazione all'Eucaristia festiva e l'astensione dal lavoro).

Si è approfondito l'iter di formulazione nel Codice comune orientale della disciplina *de diebus festis et poenitentiae*, partendo dalla precedente Legislazione, attraverso una ricerca storico-giuridica presso l'Archivio del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi.

### **Parole chiave:**

tempi sacri; precetto festivo; precetto domenicale; penitenza; digiuno e astinenza

### **Abstract**

*The Church's Legislation explains the relation between time and religion through a series of normative values formulated in the CIC and the CCEO. However there are differences between the two Codes regarding the formulation of Legislation for Feast Days and Days of Penance.*

*In this article, I will attempt to set in context the expression of *de temporibus sacris*, by making a parallel analysis between the two Codes, with the significant changes that occurred during the process of their formulation. An illustrative example can be noted in Can. 881 CCEO which prescribes that Christians should observe Sunday and any other holyday of obligation by participating in the divine Liturgy or the celebration of the divine Office, according to the particular law of each Church *sui iuris*. The formulation of CCEO regarding the Feast Days addresses the issue of the separation of the divine precept (the worship of God) from the ecclesiastical norm (participation in the Eucharist and abstention from labor). My research, which approaches the issue from historical and legal points of view, was based on the study of the primary sources from the Archives of the Pontifical Council for Legislative Texts.*

### **Keywords:**

*sacred times; holyday of obligation precept; Sunday precept; penance; abstinence and fasting*



## **V. BIBLIOGRAPHICA**



## Præsentationes

FUENTES CALERO A., *Impugnabilidad de las Decisiones judiciales expeditissime*, coll. *Corona lateranensis*, vol. 56, LUP, Città del Vaticano, 2013, pp. 520, € 26,00 (EAN 9788846508607)

El Código de 1983 determina la resolución “*expeditissime*” de importantes cuestiones surgidas en el curso del Proceso que pueden afectar de lleno a la pureza del contradictorio, a derechos procesales básicos de las partes –especialmente al derecho de defensa– y, en suma, a la capacidad del Proceso de lograr su fin: conocer la verdad sustantiva para realizar la justicia. Esta obra busca una respuesta a la controversia que suscita la posibilidad de medios de Impugnación alternativos a la Apelación vetada para las resoluciones *expeditissime*, centrándose especialmente en el estudio sistemático de la reciente Jurisprudencia procesal de los Tribunales apostólicos.

*ANDRÉS FUENTES CALERO es sacerdote de la Archidiócesis española de Oviedo desde 1991. Licenciado en Derecho civil (Universidad de Valladolid) y en Derecho canónico (Universidad Pontificia de Salamanca), ha obtenido el Doctorado en Derecho canónico por la Pontificia Universidad Lateranense con la presente Tesis.*

\* \* \*

GALLUCCIO M., *Humano modo: le alterazioni del rapporto coniugale nel Matrimonio canonico*, coll. *Corona lateranensis*, vol. 53, LUP, Città del Vaticano, 2013, pp. 300, € 25,00 (EAN 9788846508270)

Il rapporto coniugale realizzato dai coniugi “*humano modo*” rappresenta l’immagine tangibile della donazione reciproca degli sposi costitutiva del Matrimonio canonico. Dopo una ricostruzione del suo significato compiuta attraverso un’analisi della Teologia e dell’Antropologia cattoliche, il presente studio affronta le ipotesi di nullità matrimoniale nelle quali la relazionalità coniugale risulta negata: impotenza, incapacità (Can. 1095, 3° CIC), esclusione della prole, con un riferimento alla nuova tematica delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

MARIANGELA GALLUCCIO. *Dopo la Laurea in Giurisprudenza e i Master in “Diritto di famiglia” (Università di Messina) e “Bioetica e Sessuologia” (Istituto S. Tommaso - Messina), ha conseguito il Dottorato in Diritto canonico presso la Pontificia Università Lateranense. È Dottoranda di ricerca in “Discipline canonistiche” presso l’Università statale di Milano, è Avvocato rotale e civile.*

\* \* \*

IACCARINO A., *Nessuno resti escluso. La giustizia oltre i confini*, coll. *Quaderni di Apollinaris*, vol. 18, LUP, Città del Vaticano, 2013, pp. 208, € 25,00 (EAN 9788846508492)

Nel corso dei secoli la Filosofia ha cercato di formulare Teorie adeguate a rispondere alle istanze di giustizia legate al *vivere in societate*, strutturando, in forme più o meno complesse e articolate, vere e proprie Teorie della giustizia applicate alle Istituzioni sociali. Il Diritto non è estraneo a questa riflessione e contribuisce a determinare il giusto assetto delle Istituzioni sociali grazie alla sua specifica portata relazionale. L’impegno dell’autore è quello di argomentare come alla necessaria organizzazione sociale (in un’ottica dialogico-relazionale che ponga al centro la persona) debba essere costantemente abbinato un proficuo impegno per la verità, autentica anima della giustizia. Si tratta, da un lato, di ricercare un riferimento oggettivo alla realtà, intesa in senso dinamico, intorno al quale concordare i diversi saperi; dall’altro, di affermare un riferimento soggettivo alla persona (inserita ed esprimente la comunità) nella sua capacità e tensione ad interpretare e plasmare la profondità e la vastità del reale in tutto il suo orizzonte di significato. La sfida della pluralità è nel saper

cogliere il senso del porsi in relazione, del dialogare esigente che ricomponete le diversità e apre a esiti di verità e novità in uno spazio di reale *communitas*, perché nessuno possa dirsi escluso.

Il Diritto pone continuamente dei limiti. La storia del Diritto è la storia dei suoi limiti. Il Diritto può chiudere e opprimere o essere strumento di promozione della persona e della libertà, come la Costituzione repubblicana italiana incessantemente ricorda. Per andare oltre i confini occorre innanzitutto prendere sul serio la persona, perché tra il fatto del pluralismo e della diversità, essa possa essere sempre concretamente tutelata.

*ANTONIO LACCARINO. Laureato in Giurisprudenza all'Università degli Studi del Molise, ha conseguito il Dottorato in Utroque Iure alla Pontificia Università Lateranense discutendo la Tesi dal titolo "Giustizia e Verità. Per una prospettiva a partire dal confronto fra J. Rawls e L. Pareyson". È Avvocato presso il Foro civile di Roma e il Tribunale della Rota Romana. Dal 2011 è Professore incaricato nella Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense per il Corso di "Teoria della giustizia. Elementi e prospettive contemporanee" e Segretario del Comitato direttivo del Dipartimento giuridico dell'Area internazionale di ricerca "Studi Interdisciplinari per lo Sviluppo della Cultura Africana". Oltre alla monografia: "Verità e giustizia. Per un'ontologia del pluralismo" (2008) è autore di articoli su riviste e volumi specializzati; ha curato con Gian Luigi Falchi il volume "Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici. Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale" (LUP, 2012).*

\* \* \*

MEI E., *Medicina sociale*, coll. *I Manuali*, vol. 9, LUP, Città del Vaticano, 2013, pp. 592, € 39,00 (EAN 9788846508423)

L'opera è un contributo alla definizione, al sistema ed alla metodologia della Disciplina medico-sociale, settore tradizionalmente ricompreso nell'alveo della Medicina legale e delle Assicurazioni. Accanto a capitoli squisitamente dottrinari sono proposti ed approfonditi i temi di maggior rilievo sanitario pubblico, specialmente laddove una rigorosa azione preventiva potrebbe modificare l'incidenza di patologie correlate a comportamenti umani inadeguati, se non pericolosi. Tabagismo, alcolismo, tossicodipendenze, sono solo alcuni dei fenomeni indagati, nell'ottica di proporre a discenti e ad operatori sanitari e del Diritto un quadro aggiornato, talora inquietante se si analizzano i dati statistici ed epidemiologici, del sistema salute in Italia. In una fase storica in cui appare difficile assicurare la sopravvivenza del *Welfare State*,

diventa essenziale non abdicare ai fondamentali principi costituzionali e, pur nell'esigenza di contenere gli oneri economici e di preservare le risorse, si raccomanda la valorizzazione della Medicina del gruppo e sul territorio; di quella *Medicina politica*, in definitiva, che ha significativamente contribuito a debellare le pandemie del recente passato e, soprattutto, ha consentito il miglioramento sensibile delle condizioni di vita di tutti i cittadini.

*ENRICO MEI. Medico chirurgo, specialista in Medicina legale e delle Assicurazioni, in Criminologia clinica, Psichiatria forense e Medicina del lavoro, è Professore ordinario –titolare della Cattedra di Medicina legale– nell'Institutum Utriusque Iuris della Pontificia Università Lateranense, dove insegna “Medicina legale e del lavoro” e “Medicina sociale”. È Professore a contratto nella Scuola di specializzazione in Medicina legale della Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma. Partecipa a numerose Società scientifiche ed ha pubblicato monografie, articoli, saggi e recensioni, indirizzando la ricerca prevalentemente sui temi della Neuropsicopatologia forense, della Medicina legale civilistica e canonistica, della Deontologia medica, della Medicina assicurativa. Ha già pubblicato: “Principi di medicina legale militare” (1992), “Medicina legale canonistica” (2002), “Medicina legale” (LUP, 2008).*

\* \* \*

PONZONE A., *L'approccio epistemologico alla Teologia del Diritto canonico nel pensiero di T. Jimenez Urresti e L. Örsy*, coll. *Corona lateranensis*, vol. 52, LUP, Città del Vaticano, 2012, pp. 344, € 26,00 (EAN 9788846508157)

Lo studio della relazione fra Teologia e Diritto canonico ha attirato alla fine del secolo scorso l'attenzione di molti canonisti a causa della crisi che aveva colpito il Diritto canonico negli anni conciliari e post-conciliari. Tra questi risultano meritevoli di particolare attenzione ed approfondimento Teodoro Ignacio Jiménez Urresti e Ladislav Örsy, entrambi legati all'attività canonistica della rivista “*Concilium*”. Ciò che accomuna la proposta di questi due autori è l'intuizione che solo l'Epistemologia può fornire i mezzi corretti per ritrovare il giusto equilibrio fra Scienza teologica e Scienza canonistica: la crisi del Diritto canonico poteva essere superata solo con una risposta metodologicamente corretta.

*ANDREA PONZONE. Dopo la Laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale, con la presente Tesi ha ottenuto il Dot-*

*torato in Diritto canonico presso la Pontificia Università Lateranense. Ha conseguito anche un Diploma in Diritto inglese presso la Coventry University (UK) ed il Diploma di “Postulatore” presso la Congregazione delle Cause dei Santi. Dopo aver collaborato col Tribunale Regionale Ecclesiastico Piemontese come Difensore del vincolo, attualmente è Giudice presso il Tribunale Ecclesiastico dell’Arcidiocesi di Boston (USA).*





## FONTES HUIUS VOLUMINIS

### A- FONTES ECCLESIASTICI

#### I. CONCILIA

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Constitutio dogmatica de Ecclesia: *Lumen Gentium*, in *AAS*, LVII (1965), 5-71.

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Decretum de Ecclesiis orientalibus catholicis: *Orientalium Ecclesiarum*, in *AAS*, LVII (1965), 76-89.

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Decretum de Œcumenismo: *Unitatis Redintegratio*, in *AAS*, LVII (1965), 90-112.

#### II. PONTIFICES

X 5.12.18.

BENEDICTUS PP. XIV, Litteræ encyclicæ: *Allatæ Sunt*, 26 iunii 1755, in *Enchiridion delle Encicliche*, I, Bologna, 1994.

LEO PP. XIII, Litteræ apostolicæ: *Orientalium Dignitas*, 30 novembris 1894, in *Leonis XIII Pontificis maximi Acta*, XIV, s.l., 1894.

PIUS PP. XI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto*, n. II, 7 giugno 1929, in *AAS Suppl.*, I (1929), 5-13.

PIUS PP. XI, Sermo ad Parochos Urbis et Concionatores sacri temporis quadragesimalis: *Il Nostro*, 11 februarii 1929, in *AAS*, XXI (1929), 103-110.

- PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Praelatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S.R. Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 2 octobris 1944, in *AAS*, XXXVI (1944), 281-290.
- PIUS PP. XII, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ, de disciplina Sacramenti Matrimonii pro Ecclesia orientali: *Crebræ Allatæ Sunt*, in *AAS*, XLI (1949), 89-117.
- PIUS PP. XII, Motu proprio de Iudiciis pro Ecclesia orientali: *Sollicitudinem Nostram*, in *AAS*, XLII (1950), 5-120.
- PIUS PP. XII, Motu proprio de religiosis, de bonis Ecclesiæ temporalibus et de verborum significatione pro Ecclesiis orientalibus: *Postquam Apostolicis Litteris, Codex Iuris Canonici Orientalis*, in *AAS*, XLIV (1952), 65-152.
- PIUS PP. XII, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ, de Ritibus orientalibus, de personis pro Ecclesiis orientalibus: *Cleri Sanctitati*, in *AAS*, IL (1957), 433-603.
- IOANNES PP. XXIII, Litteræ encyclicæ: *Ad Petri Cathedram*, in *AAS*, LI (1959), 497-531.
- PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Praelatos auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 28 ianuarii 1971, in *AAS*, LXIII (1971), 135-142.
- PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ Decanum, Praelatos auditores, Officiales et Advocatos ineunte anno iudiciali*, 28 ianuarii 1978, in *AAS*, LXX (1978), 181-186.
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ Decanum, Praelatos auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno*, 4 februarii 1980, in *AAS*, LXXII (1980), 172-178.
- IOANNES PAULUS PP. II, Adhortatio apostolica de familiæ christianæ muneribus in mundo huius temporis: *Familiaris Consortio*, in *AAS*, LXXIV (1982), 81-191.
- IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio apostolica de Romana Curia: *Pastor Bonus*, in *AAS*, LXXX (1988), 841-934.
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Praelatos auditores*, 17 ianuarii 1998, in *AAS*, XC (1998), 781-785.
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Praelatos auditores*, 21 ianuarii 1999, in *AAS*, XCI (1999), 622-627.
- IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quibus Normæ de gravioribus Delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis promulgantur: *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, in *AAS*, XCIII (2001), 737-739.
- BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ*, 28 ianuarii 2006, in *AAS*, XCVIII (2006), 135-138.
- BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Delegatos Nationum Unitarum* (18 Aprilis 2008), in *AAS*, C (2008), 331-338.

BENEDICTUS PP. XVI Allocutio: *Ad Sacræ Rotæ Romanæ Tribunal, occasione inaugurationis Anni iudicialis*, 21 ianuarii 2012, in *AAS*, CIV (2012), 103-107.

FRANCISCUS PP., *Regina Cæli*, in *L'Osservatore romano*, CLIII (2013), n. 104, 6-7 maggio, 8.

### III. CURIA ROMANA ET TRIBUNALES

SUPREMA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in Causis sollicitationis: Crimen Sollicitationis*, Città del Vaticano, 1962.

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Normæ: *De gravioribus Delictis*, in *AAS*, CII (2010), 419-434.

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze episcopali nel preparare Linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, in *AAS*, CIII (2011), 406-412.

SACRA CONGREGAZIONE PER LA CHIESA ORIENTALE, *Fonti*, coll. *Codificazione canonica orientale*, Città del Vaticano, 1930-1934.

SACRA CONGREGAZIONE ORIENTALE. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LA REDAZIONE DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO ORIENTALE, *Quattordicesima Plenaria. Schema dei Canonii 1154-1254 e le osservazioni dell'Episcopato orientale*, Città del Vaticano, 1938.

PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS IURIS CANONICI ORIENTALIS RECOGNOSCENDO<sup>1</sup>, *Testo iniziale per la revisione CICO dalle bozze 1958*, in *Archivio del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi*<sup>2</sup>, prot. 163/1.

PCCICOR, *Cætus de Sacramentis* (1976), in *APCTL*, prot. 1403/76/1.

PCCICOR, *Canonii approvati nel Cætus de Sacramentis (29 novembre-7 dicembre 1976)*, in *APCTL*, prot. 111/2.

PCCICOR, *Cætus de Sacramentis. Testo base: Sacramentalia, Loca sacra, Sepultura, Tempora sacra* (1978), in *APCTL*, prot. 1405/78/3.

PCCICOR, *Verbale della riunione del Cætus de Sacramentis (12-22 giugno 1978)*, in *APCTL*, prot. 1405/78/6.

PCCICOR, *Schema Canonum de culto divino et præsertim de Sacramentis* (1979), in *APCTL*, prot. 99/1.

PCCICOR, *Sommario delle osservazioni dei membri della Commissione allo "Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis" del 1986 con le risposte del "Cætus de expansione observationum"*, in *APCTL*, prot. 1101/88/2.

1 Comunemente abbreviata in: "PCCICOR".

2 Materiale d'archivio non pubblicato; abbreviato di seguito in: "APCTL".

PCCICOR, *Emendamenti redazionali allo Schema CICO del 1986 proposti dal Cœtus de coordinatione degli anni 1987 e 1988*, in *APCTL*, prot. 1101/88/4.

PCCICOR, *Risultato definitivo delle votazioni sulla "Inscriptio Codicis" e su tutti e singoli Titoli dello Schema del "Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium"*, in *APCTL*, prot. 1101/88/7.

CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, *Istruzione per l'applicazione delle prescrizioni liturgiche del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (CCEO)*, Città del Vaticano, 1996.

*Nuntia*, I (1975).

*Nuntia*, II (1976).

*Nuntia*, III (1977).

*Nuntia*, IV (1978).

*Nuntia*, VI (1980).

*Nuntia*, VIII (1982).

*Nuntia*, XIII (1987).

*Nuntia*, XV (1989).

*Nuntia*, XVI (1990).

#### **IV. ALII**

*Catechismo della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1992.

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte dei chierici*, in URL: < [http://www.chiesacattolica.it/chiesa\\_cattolica\\_italiana/news\\_e\\_mediacenter/00030389\\_Abusi\\_sessuali\\_ecco\\_le\\_Linee\\_guida.html](http://www.chiesacattolica.it/chiesa_cattolica_italiana/news_e_mediacenter/00030389_Abusi_sessuali_ecco_le_Linee_guida.html) > (in data 09/08/2013).

UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential Norms for diocesan and eparchial policies dealing with allegations of sexual abuse of minors by priests or deacons*, Washington (DC), 2002.

#### **V. PATRES ET DOCTORES**

S. THOMAS, *Quæstiones de quodlibet*, Quodl. XII, q.16, a.2.c.

## B- FONTES NON ECCLESIASTICI

II. LEGALES<sup>3</sup>

UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, (San Francisco, 26 June 1945) in URL: < <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS, *Vienna Convention on consular relations*, (Vienna, 24 April 1963), in URL: < [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf) > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Universal declaration of human rights*, (New York, 10 December 1948), in URL: < <http://www.un.org/en/documents/udhr/> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention relating to the status of refugees*, (Geneva, 28 July 1951), in URL: < <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention relating to the status of stateless persons*, (New York, 28 September 1954), in URL: < <http://www.unhcr.org/3bbb25729.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Protocol relating to the status of refugees*, (New York, 16 December 1966), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f1cc50.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Covenant on civil and political rights*, (New York, 16 December 1966) in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Covenant on economic, social and cultural rights*, (New York, 16 December 1966), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention on the Law of the sea*, (Montego Bay, 10 December 1982), in URL: < [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*, (New York, 13 December 1985), in URL: < <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r144.htm> > in data 09/08/2013.

---

3 Data l'estrema varietà delle Fonti da esporre, si utilizzerà innanzitutto il principio 'gerarchico' ed in secondo luogo quello cronologico procedendo alla loro elencazione nel seguente ordine:

- a) Diritto internazionale generale (Nazioni Unite): normativo, regolamentare, giurisprudenziale;
- b) Diritto internazionale particolare: normativo, regolamentare, giurisprudenziale;
- c) Diritto comunitario europeo: normativo, regolamentare, giurisprudenziale;
- d) Diritti nazionali: normativo, regolamentare, giurisprudenziale.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention on the rights of the child*, (New York, 14 December 1990), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00efe76c.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Rome Statute of the International Criminal Court*, (New York, 17 July 1998), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination*, (New York, 23 February 1999), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f52c24.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Convention against transnational organized crime*, (New York, 15 November 2000), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the united nations convention against transnational organized crime*, (New York, 15 November 2000), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/479dee062.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility of States for internationally wrongful Acts*, (New York, 28 January 2002), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3da44ad10.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families*, (New York, 03 March 2005), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/43f31236c.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, (New York, 24 October 2005), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/44168a910.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *CCPR General Comment no. 15. The position of aliens under the covenant*, (Geneva, 11 April 1986), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/45139acfc.html> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General Recommendation no. 30. Discrimination against non citizens*, (Geneva, 01 October 2004), in URL: < <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e3980a673769-e229c1256f8d0057cd3d> > in data 09/08/2013.

UNITED NATIONS. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment no. 20. Non-discrimination in economic, social and cultural rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on economic, social and cultural rights)*, (Geneva, 2 July 2009), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html> > in data 09/08/2013.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Forced labour Convention*, no. 29, (Geneva, 28 Jun 1930), in URL: < <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX> >

- PUB:12100:0::NO:12100:P12100\_INSTRUMENT\_ID:312174:NO > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migration for employment Recommendation* (Revised), no. 86, (Geneva, 01 Jul 1949), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312424:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312424:NO) > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migration for employment Convention*, no. 97 (Geneva, 01 Jul 1949), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312242:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312242:NO) > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Abolition of forced labour Convention*, no. 105 (Geneva, 25 Jun 1957), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312250:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312250:NO) > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Convention concerning migrations in abusive conditions and the promotion of equality of opportunity and treatment of migrant workers*, no. 143 (Geneva, 24 Jun 1975), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO) > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Migrant workers Recommendation*, n. 151, (Geneva, 24 Jun 1975), in URL: < [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312489](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489) > in data 09/08/2013.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *World Migration Report 2011 - Communicating effectively about migration*, Geneva, 2011, 42-89.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *World Migration Report 2013. Migrant Well-being and Development*, Geneva, 2013.
- ORGANISATION DE LA CONFERENCE ISLAMIQUE, *Declaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, in URL: < <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/756c9c37a4f4262d802568fd00524837?OpenDocument> > in data 09/08/2013.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Development co-operation report 2011. 50th anniversary edition*, in URL: < <http://dx.doi.org/10.1787/dcr-2011-en> > in data 09/08/2013.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *African (banjul) charter on human and peoples' rights*, (Nairobi, 27 June 1981), in URL: < [http://au.int/en/sites/default/files/banjul\\_charter.pdf](http://au.int/en/sites/default/files/banjul_charter.pdf) > al 09/08/2013.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *Convention: governing the specific aspects of refugee problems in Africa*, (Addis Abeba, 10 September 1969), in URL: < [http://au.int/en/sites/default/files/Convention\\_En\\_Refugee\\_Problems\\_in\\_Africa\\_AddisAbaba\\_10September1969\\_0.pdf](http://au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf) > in data 09/08/2013.



ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, *African charter on the rights and welfare of the child*, (Addis Abeba, 11 July 1990), in URL: < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38c18.html> > in data 09/08/2013.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *American Convention on human rights "Pact of San José, Costa Rica"*, (San José, 22 November 1969), in URL: < [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf) > in data 09/08/2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada per los Estados Unidos Mexicanos. El derecho a la información sobre la asistencia consular en ele marco de las garantías del debido Proceso legal*, in URL: < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2208.pdf?view=1> > in data 09/08/2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, in URL: < [www.cidh.org/migrantes/Opinión%20Concuslta%2018.doc](http://www.cidh.org/migrantes/Opinión%20Concuslta%2018.doc) > in data 09/08/2013.

UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII (2004), L 158 del 30/4/2004, 77-123.

UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Regolamento (CE) N. 862/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale e che abroga il Regolamento (CEE) n. 311/76 del Consiglio relativo all'elaborazione di statistiche riguardanti i lavoratori stranieri*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, L (2007), L 199 del 31/7/2007, 23-29.

UNIONE EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante Norme e Procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, LI (2008), L 348 del 24/12/2008, 98-107.

UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII (2004), L 16 del 23/1/2004, 44-53.

UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché Norme minime sul contenuto dello*



status di protezione in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVII (2004), L 304 del 30/09/2004, 12-23.

UNIONE EUROPEA. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 10 dicembre 2005 recante Norme minime per le Procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, XLVIII (2005), L 326 del 13/12/2005, 13-33.

*Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di Asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee - Convenzione di Dublino*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee*, XL (1997), C 254 del 19/08/1997, 1-12.

*Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee*, XLIII (2000), L 239 del 22/09/2000, 13-18.

*Charter of fundamental rights of the European Union*, in *Official Journal of the European Communities*, XLIII (2000), C 364 of 18/12/2000, 1-22.

*Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, LI (2008), C 115 del 9/5/2008, 47-200.

CONFERENCE ON SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, *Final Act*, (Helsinki, 01/08/1975), in URL: < <http://www.osce.org/mc/39501?download=true> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, (Roma, 04/11/1950), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on establishment*, (Paris, 13/12/1955), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/019.htm> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on the legal status of migrant workers*, (Strasbourg, 24/11/1977), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/093.htm> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *European social charter (revised)*, (Strasbourg, 03/05/1996), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse. Treaty CETS no. 201*, (Lanzarote, 25/10/2007), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/201.htm> > in data 09/08/2013.

COUNCIL OF EUROPE, *Convention on the participation of foreigners in public life at local level*, (Strasbourg, 05/02/1992), in URL: < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/144.htm> > in data 09/08/2013.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. 3<sup>rd</sup> annual report on immigration and Asylum (2011)*, (Bruxelles, 230/05/012), in URL: < [http://ec.europa.eu/home-affairs/doc\\_centre/immigration/docs/COM%202012%20250%20final%201\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v5.pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/immigration/docs/COM%202012%20250%20final%201_EN_ACT_part1_v5.pdf) > in data 09/08/2013.

REGNO D'ITALIA, *Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXXI (1930), n. 251, 26 ottobre 1930.

REGNO D'ITALIA, *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXXXIII (1942), n. 79, 4 aprile 1942.

REPUBBLICA ITALIANA, *Legge 27 maggio 1991, n. 176. Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CXXXII (1991), n. 135, 11 giugno 1991, S.O.

CEDH. COUR (CHAMBRE), *Affaire Loizidou c. Turquie, (Requête n. 15318/89), Arrêt, Strasbourg, 18 Décembre 1996*, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62566> > in data 09/08/2013.

CEDH. QUATRIÈME SECTION, *Affaire Mokrani c. France, (Requête n. 52206/99), Arrêt, Strasbourg, 15 Juillet 2003, définitif, 15/10/2003*, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65778> > in data 09/08/2013.

ECHR. COURT (PLENARY), *Case of Ireland v. the United Kingdom (Application no. 5310/71), Judgment, Strasbourg, 18 January 1978*, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57506> > in data 09/08/2013.

ECHR. COURT (CHAMBER), *Case of C.R. v. the United Kingdom, (Application no. 20190/92), Judgment, Strasbourg, 22 november 1995*, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57955> > in data 10/08/2013.

ECHR. GRAND CHAMBER, *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy, (Application no. 27765/09), Judgment, Strasbourg, 23 February 2012*, in URL: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-109231> > in data 09/08/2013.

CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA. PRIMA SEZIONE, *Sentenza: El Dridi v. Italia, 28 aprile 2011*, in URL: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5946188> > in data 09/08/2013.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 24-3-1988, n. 364*, in URL: < <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0364s-88.html> > in data 10/08/2013.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI APPELLO DI TORINO, *Decreto 18 aprile 2001, in Il Diritto di famiglia e delle persone, XXX (2001)*.

REPUBBLICA ITALIANA. TRIBUNALE DI BOLOGNA, *Sentenza del 12 marzo 2003*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, XXI (2004).

TRIBUNALE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Sentenza del 5 maggio 2007*, in *Ius Ecclesiae*, XX (2008).

### III. ALII

CICERO, *Orationes Verrinae*, 3, 60

CICERO, *Orationes Verrinae*, 4, 41.

CICERO, *Pro Scauro*, 30.



## BIBLIOGRAPHIA HUIUS VOLUMINIS

- “Heiligen Zeiten. I. Religionsgeschichtliche”, in GALLING K. (ed.), *Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, III.
- “Instrūo”, in CASTIGLIONI L. - MARIOTTI S., *Il vocabolario della lingua latina*, Torino, 1981.
- “Tempo/temporalità” in *Enciclopedia Einaudi*, XIV, Torino, 1982.
- “Tempo” in *Enciclopedia delle religioni*, V, Firenze, 1973.
- “Tiempo”, in *Diccionario enciclopédico Espasa*, LXI, Madrid-Barcellona, 1928.
- “Time”, in *Encyclopaedia britannica*, XVIII, London, 1975.
- “Time”, in *Encyclopedia of religion and ethics*, XII, Edinburgh, 1925.
- “Time”, in *New catholic encyclopedia*, Washington (DC), 1967.
- AA.VV., *Atti del XIII Colloquio giuridico internazionale. La filiazione nella cultura giuridica europea* (Roma, 23-24 Aprile 2008), Città del Vaticano, 2008 (pubblicato come numero monografico in: *Civitas et iustitia*, VI [2008]).
- AA.VV., *La nuova Legislazione canonica*, Roma, 1983.
- AA.VV., *Le sfide del Diritto*, Soveria Mannelli (CZ), 2009.
- AA.VV., *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, 2007.
- AA.VV., *Mélanges offerts à Jean Dauviller*, Toulouse, 1979.
- AA.VV., *Politiche per l'infanzia e la famiglia*, Padova, 2006.
- AA.VV., *Proceedings of the 65<sup>th</sup> annual Convention of the Canon Law Society of America*, Washington (DC), 2004.
- AA.VV., *Questioni attuali di Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2012.
- AA.VV., *Verità e giudicato nel Processo canonico*, Coll. *Studi giuridici*, n. XLVI, Città del Vaticano, 1997.

- AJANI G.M., *Il modello post-socialista*, Torino, 1996.
- ALWAN H.G., *Commento ai Cann. 880-883*, in PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*.
- AMARELLI F. - MANTELLO A., *Uno dei nostri compiti*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXII (1996).
- ANDREWS N., *English civil Procedure. Fundamentals of the new civil justice system*, Oxford, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 10 ed. agg. e int. (CONTI L., cur.), Milano, 1985.
- ARBORIO MELLA E., *La misura del tempo nel tempo. Dall'obelisco al cesio*, Milano, 1990.
- ARENA A.M., *Lezioni di Diritto processuale comparato*, Roma, 1975.
- ARRANZ M., *Les prières presbytérales des matines byzantines*, in *Orientalia christiana periodica*, XXXVII (1971).
- ARROBA CONDE M.J., *Verità e principio della doppia conforme*, in AA.VV., *Verità e giudicato nel Processo canonico*.
- ARROBA CONDE M.J., *Apertura verso il Processo amministrativo di nullità del Matrimonio e diritto di difesa delle parti*, in *Apollinaris*, LXXXV (2002).
- ARROBA CONDE M.J., *Introduzione al Processo canonico*, in SUCHECKI Z. (cur.), *Il Processo penale canonico*.
- ARROBA CONDE M.J., *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006.
- ARROBA CONDE M.J., *Prova e difesa nel Processo di nullità del Matrimonio canonico. Temi controversi*, Coll. *Pro manuscripto*, Lugano (CH), 2008.
- ARROBA CONDE M.J., *Conoscenza e Giudizio nella Chiesa*, in GHERRI P. (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa*.
- ARROBA CONDE M.J., *Funzione veritativa delle Norme sulla Prova*, in DALLA TORRE G. - GULLO C. - BONI G. (curr.), *Veritas non auctoritas facit Legem*.
- ARROBA CONDE M.J., *Diritto processuale canonico*, 6 ed., Roma, 2012.
- ASHWORTH A., *Caso VII - Errore di Diritto. Inghilterra*, in PRADEL J. - CADOPPI A. (curr.), *Casi di Diritto penale comparato*.
- ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA - OPERATORI DEL DIRITTO NEI TRIBUNALI ECCLESIASTICI (curr.), *Studi sul Processo matrimoniale canonico*, II, Roma, 1984.
- BACHELARD G., *L'intuizione dell'istante. La Psicoanalisi del fuoco*, (tr. it.) Bari, 1973.
- BAILEY S.H. - CHING J. - GUNN M.J. - ORMEROD D., *Smith, baley and gunn on the modern english legal system*, 4 ed., London, 2002.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.
- BASSIOUNI M.C., *Diritto penale degli Stati Uniti d'America (Substantive criminal Law)*, Milano, 1985.
- BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.

- BELLONI M.C., *Il tempo della città. Una ricerca sull'uso del tempo quotidiano a Torino*, Milano, 1984.
- BELLOTTI V. - RUGGIERO R., *Vent'anni di infanzia*, Milano, 2008.
- BENTHAM J., *Traité des Preuves judiciaires*, (Ét. DUMONT, cur.) Bruxelles, 1840.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale. Lezioni di Diritto pubblico*, Padova, 2001.
- BERTOLINO M., *Il minore vittima di Reato*, 2 ed., Torino, 2008.
- BERTONE T., *La competenza e la prassi della Congregazione per la Dottrina della Fede. Procedure speciali*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, XI (2001).
- BETTETINI A., *Verità, giustizia, certezza sulla cosa giudicata nel Diritto della Chiesa*, Padova, 2002.
- BETTETINI A., *L'errore in Diritto canonico*, Torino, 2009.
- BHARANIKULANGARA K. (cur.), *Il Diritto canonico orientale nell'Ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano, 1995.
- BOGORAS W., *Ideas of space and time in the conception of primitive religion*, in *American Anthropologist*, XXVII (1925).
- BONI G., *Il Diritto del fedele al Giudizio (Can. 221 §1): verità e "salus animarum"*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curt.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii"*.
- BONNET P.A., *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul Processo canonico*, Torino, 1998.
- BONNET P.A. - GULLO C. (curt.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte Prima. I principi*, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXV, Città del Vaticano, 2007.
- BOSLY H.D., *Caso VII - Errore di Diritto. Belgio*, in PRADEL J. - CADOPPI A. (curt.), *Casi di Diritto penale comparato*.
- BOSNIAK L., *Ethical territoriality and the rights of migrants*, in *Amsterdam Law Forum*, I (2008).
- BOTTA R., *La Norma penale nel Diritto della Chiesa*, Bologna, 2001.
- BRANDON S.G.F., *History, time and Deity. A historical and comparative study of the conception of time in religious thought and practice*, New York (NY), 1965.
- BROGI M., *Codificazione del Diritto comune nelle Chiese orientali cattoliche*, in *Revista española de Derecho canonico*, XLV (1988).
- BROGI M., *Prospettive pratiche nell'applicare alle singole Chiese sui Iuris il CCEO*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*.
- BUCCI O., *Il Codice di Diritto canonico orientale nella storia della Chiesa*, in *Apollinaris*, LV (1982).
- BUONOMO V., *Norme e regole nel Diritto internazionale*, in GHERRI P. (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*.
- BUONOMO V., *Il Diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per una governance globale*, Città del Vaticano, 2010.

- CABREROS DE ANTA M., *Estudios de Derecho procesal canónico*, IV, Pamplona, 1990.
- CABREROS DE ANTA M., *Independencia y dependencia judiciales en el nuevo Código*, in CABREROS DE ANTA M., *Estudios de Derecho procesal canónico*.
- CAENEGEM R.C., *I Sistemi giuridici europei*, Coll. *Le vie della civiltà*, Bologna, 2003.
- CAFFO E. - CAMERINI G.B. - FLORIT G., *Criteri di valutazione nell'abuso all'infanzia. Elementi clinici e forensi*, Milano, 2004.
- CALABRESE A., *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 1996.
- CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in CALAMANDREI P., *Studi sul Processo civile*, Padova, 1957.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, (CAPPELLETTI M., cur.) Napoli, 1965.
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della Sentenza civile*, in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I.
- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel Processo civile*, in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, V.
- CAMPANATO G. - ROSSI V. - ROSSI S. (cur.), *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2005.
- CAMPANATO G., *Conflitto coniugale ed infanzia abusata. Limiti della potestà genitoriale ed affidamento dei minori quali forme di tutela urgente*, in CAMPANATO G. - ROSSI V. - ROSSI S. (cur.), *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*.
- CAMPBELL J., *Man and time. Papers from the Eranos-Yearbooks*, New York (NY), 1957.
- CAPOGRASSI G., *Opere*, 7 voll., Milano, 1959.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio Processo Scienza Verità*, in CAPOGRASSI G., *Opere*, V.
- CAPPELLETTI M. - JOLOWICZ J.A., *Public interest parties and the active role of the Judge in civil Litigation*, Milano-New York, 1975.
- CAPPELLETTI M. - GARTH B. (cur.), *International encyclopedia of comparative Law*, XVI, Tübingen, 1987.
- CAPPELLETTI M. - GARTH B., *Civil Procedure*, in CAPPELLETTI M. - GARTH B. (cur.), *International encyclopedia of comparative Law*.
- CAPPELLETTI M., *The judicial Process in comparative perspective*, (KOLLMER P.J. - OLSON J.M., eds.) Oxford, 1989.
- CARNELUTTI F., *Sistema del Diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *La Prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della Prova*, (rist.) Milano, 1992.
- CARRATTA A. - TARUFFO M., *Poteri del Giudice*, Coll. *Commentario del Codice di Procedura civile. Libro primo: Disposizioni generali - Artt. 112-120*, (CHIARLONI S., cur.) Bologna, 2011.
- CARRETTA R., *I labirinti del tempo. Storia di una imperfetta armonia*, Milano, 2004.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009.



- CAVALLONE B., *Il Giudice e la Prova nel Processo civile*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *I poteri di iniziativa istruttoria del Giudice civile. Premessa storico-critica*, in CAVALLONE B., *Il Giudice e la Prova nel Processo civile*.
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di Diritto processuale*, LXV (2010).
- CECCARELLI MOROLLI D. - MUDRY S., *Introduzione allo studio storico-giuridico delle Fonti del Diritto canonico orientale*, Roma, 1994.
- CHIAPPETTA L., *Sub Can. 1321*, in CHIAPPETTA L., *Il Codice di Diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, II, Napoli, 1988.
- CHIARLONI S., *Formalismi e garanzie. Studi sul Processo civile*, Torino, 1995.
- CHIARLONI S., “Giusto Processo (Diritto processuale civile)”, in *Enciclopedia del Diritto*, App. II, 1, Milano, 2009.
- CHIARLONI S., *La verità presa sul serio*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIV (2010).
- CICOGNANI A.G., *De codificazione canonica orientali*, in *Apollinaris*, V (1932).
- CICOGNANI A.G., *Prefazione sull’opera della codificazione canonica orientale*, in SACRA CONGREGAZIONE PER LA CHIESA ORIENTALE, *Fonti*, Coll. *Codificazione canonica orientale*, Serie I, Fasc. I, I-XIV, Città del Vaticano, 1930-1934.
- CICU A. - MESSINEO F. (dirr.), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, (cont. MENGONI L., cont. SCHLESINGER P.) XIV, Milano, 2012.
- CITARELLA L. - ZANGHÌ C. (curr.), *20° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Il diritto d’ascolto del minore*, Roma, 2009.
- CITARELLA L., *L’Articolo 1 della CRC: la definizione di fanciullo*, in CITARELLA L. - ZANGHÌ C. (curr.), *20° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo*.
- CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell’Ordinamento canonico*, Milano, 2005.
- CITO D., *Il Diritto canonico di fronte ai Reati, in particolare di fronte agli abusi sui minori*, in *Iustitia*, LXIII (2010).
- COLLICA M.T., “Imputabilità (Dir. pen.)”, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, VII, Milano, 2007.
- COMOGLIO P., “Contraddittorio”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989.
- COMOGLIO P., *Le Prove civili*, Torino, 1998.
- COMPOSTA D., *La salus animarum scopo del Diritto della Chiesa*, in AA.Vv., *La nuova Legislazione canonica*.
- CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *La Sacra Congregazione per le Chiese orientali nel cinquantesimo della fondazione (1917-1967)*, Roma, 1969.
- CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico. Cenni storici e statistiche*, Città del Vaticano, 1962.

- CONTE A CORONATA M., *De locis et temporibus sacris. Codicis Iuris canonici L. III. Pars altera*, Augustæ Taurinorum, 1922.
- CORSINI F., *Le proposte di "privatizzazione" dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della "discovery" anglosassone*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LVI (2002).
- COUSSA A., *De codificatione canonica orientali*, in PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS, *Acta Congressus iuridici internationalis VII sæculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice iustiniano promulgatus*. Romæ 12-17 novembris 1934, IV, Romæ, 1937.
- COUSSA A., *Codificazione canonica orientale*, in CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Oriente cattolico. Cenni storici e statistiche*.
- CRIFÒ C., *La riforma del Processo civile in Inghilterra*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LIV (2000).
- CRISTESCU M.I., *L'Autorità legislativa nelle varie Chiese sui Iuris e l'intervento della Sede Apostolica sul loro Ius particolare*, in *Iura orientalia*, VI (2010).
- CUCCI G. - ZOLLNER H., *Chiesa e pedofilia. Una ferita aperta*, Milano, 2010.
- DALLA TORRE G., *Qualche considerazione sul principio di legalità nel Diritto penale canonico*, in *Angelicum*, LXXXV (2008).
- DALLA TORRE G., *Processo canonico e principio del "giusto Processo"*, in KOWAL J. - LLOBELL J. (curr.), *Iustitia et Iudicium*.
- DALLA TORRE G. - GULLO C. - BONI G. (curr.), *Veritas non auctoritas facit Legem*. Studi di Diritto matrimoniale in onore di P.A. Bonnet, Coll. *Studi Giuridici*, n. XCIX, Città del Vaticano, 2012.
- DAMAŠKA M.R., *Structure of authority and comparative criminal Procedure*, in *Yale Law Journal*, LXXXIV (1975).
- DAMAŠKA M.R., *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal Process*, New Haven, 1986.
- DAMAŠKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del Processo*, (tr. it.: GIUSSANI A. - ROTA F., curr.) Bologna, 1991.
- DAMAŠKA M.R., *Evidence Law adrift*, New Haven-London, 1997.
- DAMAŠKA M.R., *Epistemology and legal regulation of Proof*, in *Law, Probability and Risk*, II (2003).
- DAMAŠKA M.R., *Il Diritto delle Prove alla deriva*, (tr. it.: CUOMO ALLOA F. - RIVA V., curr.) Bologna, 2003.
- DAMMACCO G. (cur.), *Tutela giuridica del minore e uso consapevole di internet*, Bari, 2008.
- DAVID P., *Sui motivi per cui i diritti dei bambini rimangono una sfida*, in BELLOTTI V. - RUGGIERO R., *Vent'anni di infanzia*.
- DAVID R., *Les grand Systemes de Droit contemporain*, 5 ed., Paris, 1973.
- DE FARIA COSTA J., *Caso VII - Errore di Diritto. Portogallo*, in PRADEL J. - CADOPPI A. (curr.), *Casi di Diritto penale comparato*.
- DE FRANCISCI P., *Arcana Imperii*, 4 voll., Milano, 1947-1948.

- DE HULLU J. - VELDT-FOGLIA M.I., *Caso VII - Errore di Diritto. Olanda*, in PRADEL J. - CADOPPI A. (cur.), *Casi di Diritto penale comparato*.
- DE LEO G. - PATRIZI P., *Psicologia giuridica*, Bologna, 2002.
- DE LUCA N., *VIII. Russia*, in DIURNI A. (cur.), *Percorsi mondiali di Diritto privato e comparato*.
- DE MARSICO C., *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966.
- DE PAOLIS V., “Dolo nel Diritto penale”, in SALVADOR C.C. - DE PAOLIS V. - GHIRLANDA G. (cur.), *Nuovo dizionario di Diritto canonico*.
- DE PAOLIS V. - CITO D., *Le Sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto canonico - Libro VI*, Città del Vaticano, 2000.
- DE PAOLIS V., *Norme de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Periodica*, XCI (2002).
- DE SANTILLANA G. - DECHEND H. VON, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, (tr. it.) 2 ed., Milano, 1984.
- DE VITA A. (cur.), *La tradizione di civil Law nell'analisi di un giurista di common Law*, Milano, 1973.
- DE VITORIA F., *Relectiones de Indiis*, s.l., 1538, III. 2 (tr. it.: LAMACCHIA A., cur.) Roma-Bari, 1996.
- DE VITORIA F., *Relectio de Iure belli*, s.l., 1539, q. IV, tit. II, 2. (tr. it.: C. GALLI, cur.) Roma-Bari 2005.
- DE VITORIA, F., *Comentarios a la Secunda Secundæ de Santo Tomás*. (BELTRÁN DE HEREDIA V., ed.) 6 voll., Coll. *Biblioteca de Teólogos Españoles*, Salamanca, 1932-1952.
- DELLA ROCCA F., *Nuovi saggi di Diritto processuale canonico*, Padova, 1988.
- DENTI V., *La giustizia civile. Nozioni introduttive*, Bologna, 1989.
- DI BERNARDO E., *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, Roma, 2002.
- DI BERNARDO E., *Il Cardinal Roberti e la teoria del rapporto giuridico processuale. Linee evolutive*, Roma, 2008.
- DI BERNARDO E., *Conformità delle Sentenze quale “responsabilità” condivisa. Il Giudizio di conferma ed il Giudizio sulla conformità nelle Cause matrimoniali*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*.
- DI BERNARDO E., *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, in BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta*.
- DIURNI A. (cur.), *Percorsi mondiali di Diritto privato e comparato*, Milano, 2008.
- DOEK J.E., *What does the children's Convention require?*, in *Emory international Law Review*, XX (2006).
- DOYLE T.P., *Clericalismo e abuso sessuale*, in FRAWLEY O'DEA M. - GOLDNER V. (cur.), *Atti impuri. La piaga dell'abuso sessuale nella Chiesa cattolica*.
- DOYLE T.P., *Roman catholic clericalism, religious duress, and clergy sexual abuse*, in *Pastoral Psychology*, LII (2003).

- EID E., *Relazione del Vice-Presidente della Commissione all'apertura dell'assemblea plenaria dei membri (3 novembre 1988)*, in *Nuntia*, XV (1989).
- ELIADE M., *Aspects du mythe*, Paris, 1963.
- ELIADE M., *La nostalgia delle origini. Storia e significato nella religione*, (tr. it.) Brescia, 1972.
- ELIADE M., *Il mito dell'eterno ritorno*, (tr. it.) Milano, 1975.
- ELIADE M., *Il sacro e il profano*, (tr. it.) Torino, 1976.
- ELIADE M., *Storia delle credenze e delle idee religiose*, (tr. it.) 3 voll., Firenze, 1979-1983.
- ELIADE M., *Immagini e simboli. Saggi sul simbolismo magico-religioso*, (tr. it.) Milano, 1981.
- ELIADE M., *Mito e realtà*, (tr. it.) Roma, 1985.
- ELIAS N., *Saggio sul tempo*, (tr. it.) Bologna, 1986.
- ELUVATHINGAL F. (ed.), *Syro-Malabar Church since the eastern Code. An evaluation and future prospects. Particular Laws, Statutes, Decrees, bibliography*. Festschrift in honour of Prof. George Nedungatt S.J., Rome, 2002.
- EUSEBI L., *Fragilità, crimine, giustizia*, in *Il Regno - Documenti*, LI (2006).
- EUSEBI L., "Pena", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, XI, Milano, 2007.
- EUSEBI L., *Responsabilità morale e giuridica del governo ecclesiale*, in GHERRI P. (cur.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*.
- EVANS K., *Advocacy at the bar: a beginner's guide*, London, 1983.
- FABBRINI F., *Recensione a Carlo Fantappiè, Chiesa romana e modernità giuridica*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXXVI (2010).
- FALCHI G.L., *L'onere della prova nella 'Legis Actio sacramento in rem'*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, XXXVII (1972).
- FALCHI G.L., *Ricerche sulla legittimazione passiva alle Azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976.
- FALCHI G.L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981.
- FALCHI G.L., *Interpretazione "tipica" nella "causa curiana"*, Roma, 1982.
- FALCHI G.L., *Sulla codificazione del Diritto romano nel V e VI secolo*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiæ Iuris*, n. 6, Roma, 1989.
- FALCHI G.L., *Sull'origine delle due classi di manoscritti del Libro siro-romano di Diritto*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LVIII (1992).
- FALCHI G.L., *Fragmenta Iuris romani canonici. Introduzione allo studio della recezione del Diritto romano nelle Fonti del Diritto canonico altomedievale*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiæ Iuris*, n. 5, Roma-Milano, 1998.
- FALCHI G.L. - FERME B.E., *Introduzione allo studio delle fonti dell'"Utrumque Ius"*, Coll. *Studia et documenta. Sectio Iuris romani et historiæ Iuris*, n. 7, Roma, 2006.

- FALCHI G.L., *Introduzione ai fondamenti del Diritto europeo*, Roma, 2007.
- FALCHI G.L. - IACCARINO A. (edd.), *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale - 9/10 marzo 2010, Città del Vaticano, 2012.
- FALTIN D., *La codificazione del Diritto canonico orientale*, in CONGREGATIO PRO ECCLESIA ORIENTALI, *La Sacra Congregazione per le Chiese orientali nel cinquantesimo della fondazione (1917-1967)*.
- FANTAPPIÈ C., *Introduzione storica al Diritto canonico*, Bologna, 1999.
- FANTAPPIÈ C., *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, Milano, 2010.
- FARIS J., *La storia della codificazione orientale*, in BHARANIKULANGARA K. (cur.), *Il Diritto canonico orientale nell'Ordinamento ecclesiale*.
- FELICIANI G., *Le basi del Diritto canonico. Dopo il Codice del 1983*, Bologna, 2002.
- FERRER BELTRAN J., *Prova e verità nel Diritto*, (tr.it.) Bologna, 2004.
- FERRUA P., *Studi sul Processo penale*, 3 voll., Torino, 1997.
- FERRUA P., *I poteri probatori del Giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in FERRUA P., *Studi sul Processo penale*, III.
- FERRUA P., *Il "giusto Processo"*, 2 ed., Bologna, 2007.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della Legge penale: prima lettura della Sentenza n. 364/88*, in *Il Foro italiano*, CXIII (1988).
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 2 ed., Bologna, 1989.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, 6 ed., Bologna, 2010.
- FILATOVA M., *Il Processo civile russo di primo Grado: principi e paradossi*, (tr. it.: LUPOI M.A.), in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXV (2011).
- FILIPPI L. - SPANGHER G., *Manuale di Diritto penitenziario*, 3 ed., Milano, 2011.
- FORNASARI G., *I principi del Diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORNASARI G. - MENGHINI A., *Percorsi europei di Diritto penale*, 2 ed., Padova, 2008.
- FORTI G., *L'immane concretezza*, Milano, 2001.
- FRAWLEY O'DEA M. - GOLDNER V. (curr.), *Atti impuri. La piaga dell'abuso sessuale nella Chiesa cattolica*, Milano, 2009.
- FREEMAN M., *Why it remains important to take children's rights seriously?*, in *The international Journal of children's rights*, XV (2007).
- FRIEDENTHAL J.H. - KANE M.K. - MILLER A.R., *Civil Procedure*, 2 ed., St. Paul (MN), 1992.
- FRIEDLAND M.L. (ed.) *Courts and Trials. A multidisciplinary approach*, Toronto-Buffalo, 1975.
- FUENTES CALERO A., *Impugnabilidad de las Decisiones judiciales expeditissime*, Coll. *Corona lateranensis*, Città del Vaticano, 2013.
- FÜRST C.G., "Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium", in FARRUGIA E.G. (cur.), *Dizionario enciclopedico dell'Oriente cristiano*.

- GALLING K. (ed.), *Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, III, Tübingen, 1963.
- GALLUCCIO M., *Humano modo: le alterazioni del rapporto coniugale nel Matrimonio canonico*, Coll. *Corona lateranensis*, Città del Vaticano, 2013.
- GAMBARO A. - SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995.
- GARAPON A., *Del giudicare. Saggi sul rituale giudiziario*, Milano, 2007.
- GARCÍA MARTÍN J., *Le Norme generali del Codex Iuris canonici*, 5 ed., Roma, 2006.
- GARTNER R.B., *Relational aftereffects in mahood and boyhood sexual abuse*, in *Journal of contemporary Psychotherapy*, XXIX (1999).
- GHERRI P. (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2009.
- GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- GHERRI P., *Logica e Diritto. Tra argomentazione e scoperta*, in BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta*.
- GHERRI P. (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa*. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2012.
- GIULINI P. - XELLA C.M. (curr.), *Buttare la chiave? La sfida del trattamento per gli autori di Reati sessuali*, Milano, 2011.
- GIULINI P., *Il Reato sessuale. Problematica, epidemiologia e principi generali di trattamento*, in GIULINI P. - XELLA C.M. (curr.), *Buttare la chiave? La sfida del trattamento per gli autori di Reati sessuali*.
- GIUNTA F. - MAGNINI V., “Dolo (Dir. pen.)”, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V, Milano, 2007.
- GRANDE E., *Imitazione e Diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
- GREEN T.J., *Clerical sexual abuse of minors: some canonical reflections*, in *The Jurist*, LXIII (2003).
- GROCHOLEWKI Z., *La certezza morale come chiave di lettura delle Norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997).
- GURVIČ M.A., *Derecho procesal civil soviético*, (trad. spagnola) México, 1971.
- GURVIČ M.A., *Introduzione: profili generali del Processo civile soviético*, in *Ricerche sul Processo*. 1. *Il Processo civile soviético*, Padova, 1976.
- HANSON R.K. - MORTON K.E. - HARRIS A.J., *Sexual offender recidivism risk: what we know and what we need to know*, in PRENTKY R. - JANUS E. - SETO M. (curr.), *Understanding and managing sexually coercive behaviour*.
- HAZARD G.C. - TARUFFO M., *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.
- HERVADA J., *Introduzione critica al Diritto naturale*, Milano, 1990.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR L.L., *El niño y los derechos humanos*, in AA.Vv., *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*.



- HUBERT H., *Etude sommaire de la représentation du temps dans la religion et la magie*, Paris, 1905.
- IACCARINO A., *Nessuno resti escluso. La giustizia oltre i confini*, Coll. *Quaderni di Apollinaris*, Città del Vaticano, 2013.
- JACOB J.I.H., *The fabric of english civil Procedure*, London, 1987.
- JACOB J.I.H. - HAZARD G.C. - LEUBSDORF J., *Civil Procedure*, 4 ed., Boston-Toronto-London, 1992.
- JACOB J.I.H., *La giustizia civile in Inghilterra*, (tr. it.) Bologna, 1995.
- JASONNI M., *Contributo allo studio della "ignorantia Juris" nel Diritto penale canonico*, Milano, 1983.
- JOLOWICZ J.A., *The active role of the Court in civil litigation*, in CAPPELLETTI M. - JOLOWICZ J.A., *Public interest parties and the active role of the Judge in civil litigation*.
- JOLOWICZ J.A., *On civil Procedure*, Cambridge, 2000.
- KAGAN R.A., *Adversarial legalism. The american way to Law*, Cambridge-Mass-London, 2001.
- KAGAN R.A., *La Giustizia americana. Come il contraddittorio fa il Diritto*, (tr. it.) Coll. *Saggi*, Bologna, 2009.
- KARL HANSON R. - PFAFFLIN F. - LUTZ M. (curr.), *Sexual Abuse in the Catholic Church. Scientific and legal perspectives*, Città del Vaticano, 2004.
- KNAPP B., *Il Diritto comparato ed il crollo del Comunismo*, in *Rivista di Diritto civile*, XLII (1996).
- KOROLEVSKIJ K., *Sur l'assistance à la Liturgie orientale*, in *Studium*, XXIV (1928).
- KOWAL J. - LLOBELL J. (curr.), *Iustitia et Iudicium*. Studi di Diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz, III, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010.
- La Chiesa e internet* (Editoriale), in *La Civiltà cattolica*, 152 (2001-III).
- LABANDEIRA E. - MIRAS J., *El Precepto penal en el CIC 83*, in *Ius Ecclesiae*, III (1991).
- LANDES D.S., *Storia del tempo*, (tr. it.) Milano, 1984.
- LANDSMAN S., *The adversary system. A description and defense*, Washington-London, 1984.
- LE GOFF J., *Tempo della Chiesa e tempo del mercante e altri saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo*, Torino, 1977.
- LEONE A., *Manuale di Diritto processuale penale*, 12 ed., Napoli, 1985.
- LLOBELL J., "Processo canonico ordinario", in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997.

- LLOBELL J., *La certezza morale nel Processo matrimoniale canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998).
- LLOBELL J., *Il Diritto e il dovere al Processo giudiziale nella Chiesa. Note sul Magistero di Benedetto XVI circa la necessità di “agire secondo ragione” nella riflessione ecclesiale*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007).
- LO IACONO P., *La tutela della personalità dei minori nell’Ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un’educazione “integrale” e l’esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi da chierici*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVIII (2009).
- LODA N., *La formula sicut pater et caput relativa al Patriarca nel Can. 55 CCEO e le sue implicazioni giuridiche*, in *Folia canonica*, V (2002).
- LODA N., *Uguale dignità teologica e giuridica delle Chiese sui Iuris*, in OKULIK L. (cur.), *Nuove terre e nuove Chiese. Le comunità di fedeli orientali in diaspora*.
- LODA N., *Diritto canonico delle Chiese orientali*, in *Ephemerides Iuris canonici*, LI (2011).
- LORUSSO L., *La divina Eucaristia nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *O’ Odigos*, XXIV (2005), 3.
- LORUSSO L., *Il culto divino nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Commento ai singoli Canon*, Bari, 2008.
- LOSANO M.G., *I grandi Sistemi giuridici. Introduzione ai Diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000.
- MACIOCE F., *La lealtà. Una Filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005.
- MAIOWALD M., *Caso VII - Errore di Diritto. Germania*, in PRADEL J. - CADOPPI A. (curr.), *Casi di Diritto penale comparato*.
- MALESHIN D., *Some cultural characteristics of new russian Code of civil Procedure of 2002*, in *Zeitschrift für Zivilprozess international*, X (2005).
- MALESHIN D., *Lo stile russo della Procedura civile*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIII (2009).
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Padova, 1992.
- MARTIN J., *Come è stato possibile? Per una analisi dello scandalo degli abusi sessuali nella Chiesa cattolica*, in FRAWLEY O’DEA M. - GOLDNER V. (curr.), *Atti impuri. La piaga dell’abuso sessuale nella Chiesa cattolica*.
- MARZARIO M., *La cultura dei bambini nella Convenzione di Lanzarote*, in *Educazione&scuola* (Rivista telematica della scuola e della formazione), XVII (2012), URL: < [http://www.edscuola.it/archivio/ped/la\\_cultura\\_dei\\_bambini.htm](http://www.edscuola.it/archivio/ped/la_cultura_dei_bambini.htm) > (in data 08/08/2013).
- MARZOA A. - MIRAS J. - RODRIGUEZ-OCAÑA R. (edd.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, 8 voll., 2 ed., Pamplona, 1997.
- MARZOA A., *Sub Can. 1323*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRIGUEZ-OCAÑA R. (edd.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, IV/1.



- MATEOS J., *Quelques problèmes de l'orthros byzantin*, in *Proche-Orient chrétien*, XI (1961).
- MC EWAN J., *Evidence and the adversarial Process. The modern Law*, Oxford, 1992.
- MCGLYNN C., *Families and the European Union*, Cambridge, 2006.
- MEI E., *Medicina sociale*, Coll. *I Manuali*, Città del Vaticano, 2013.
- MERRYMAN J.H., *The civil Law tradition*, Standford, 1969.
- METZ R., *La première tentative de codifier le Droit des Églises orientales catholiques au XX<sup>ème</sup> siècle (1927-1958)*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jean Dauviller*.
- METZ R., *Pouvoir, centralisation et Droit. La codification de l'Église catholique au debut du XX<sup>ème</sup> siècle*, in *Archives des Sciences sociales des Religions*, XXVI (1981).
- MILLER A.R., *The adversary System: dinosaur or phoenix*, in *Minnesota Law Review*, LXIX (1984).
- MONTECCHI F., *Dal bambino minaccioso al bambino minacciato. Gli abusi sui bambini e la violenza in famiglia. Prevenzione, rilevamento e trattamento*, Milano, 2005.
- MORALES PRATS F., Sub *Artículo 14*, in OLIVARES G.Q. (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2 ed., Pamplona, 2001.
- MORO A.C., *I diritti di cittadinanza delle persone di minore età*, in *Minori giustizia*, XIV (2005).
- MORO A.C., *Per una più compiuta tutela dei minori*, in AA.VV., *Politiche per l'infanzia e la famiglia*.
- MORO A.C., *Manuale di Diritto minorile*, (FADIGA L., cur.) 4 ed., Bologna, 2008.
- MUSSELLI L., *Storia del Diritto canonico. Introduzione alla storia del Diritto e delle Istituzioni ecclesiali*, Torino, 1992.
- NEDUNGATT G. (ed.), *A guide to the eastern Code. Commentary on the Code of Canons of the Eastern Churches*, Coll. *Kanonika*, n. 10, Roma, 2002.
- NIN M., "Orthros", in FARRUGIA E.G. (cur.), *Dizionario enciclopedico dell'Oriente cristiano*.
- NÖRR W.K., *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976.
- NÖRR W.K., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozess in Europa*, Goldbach, 1993.
- NÖRR W.K., *Ordo Iudiciorum und Ordo iudiciarius*, in NÖRR W.K., *Iudicium est actus trium personarum*.
- NOTARSTEFANO C., *Orientamenti giuridico-istituzionali dell'Unione Europea in tema di diritti dei minori ed uso consapevole di internet e delle tecnologie on-line*, in DAMMACCO G. (cur.), *Tutela giuridica del minore e uso consapevole di internet*.
- OKULIK L. (cur.), *Nuove terre e nuove Chiese. Le comunità di fedeli orientali in diaspora*, Venezia, 2008.

- OLIVER R.H., “*Sacramentorum Sanctitatis Tutela*”: overview and implementation of the Norms concerning more grave Delicts, in AA.Vv., *Proceedings of the 65<sup>th</sup> annual convention of the Canon Law Society of America*.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del Diritto in Europa. Dal Medioevo all’Età contemporanea*, Bologna, 2007.
- PALAZZO F.C., “Ignoranza della Legge penale”, in *Digesto delle discipline penali-stiche*, VI, Torino, 1992.
- PAPALE C., *I Delitti contro la Morale*, in AA.Vv., *Questioni attuali di Diritto penale canonico*.
- PASSANANTE L., *La riforma del Processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LIV (2000).
- PATON G.W., *A textbook of Jurisprudence*, 4 ed., (DERHAM D.P., ed.) London, 1972.
- PATTI S., *Liberò convincimento e valutazione delle Prove*, in *Rivista di Diritto processuale*, XL (1985).
- PATTI S., “Prova (Dir. proc. civ.)”, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991.
- PECORI P., *Il nuovo Codice di Procedura civile della RSFRS*, in *Rivista di Diritto processuale*, XXII (1967).
- PERCIE C.S., *Opere*, (BONFANTINI M.A., cur.) Milano, 2003.
- PERRUCHOAD R. (éd.), *Migration et protection des droits de l’homme*, Genève, 2005.
- PESCATORE M., *Teoria delle Prove civili e criminali*, Torino, 1847.
- PICARDI N. - MARTINO R., *Il Codice di Procedura civile della Federazione Russa 2003*, Bari, 2007.
- PICARDI N. - LANTIERI R.L. - LOPARDI U., *Il Processo civile in Russia da Pietro il Grande ad oggi*, in PICARDI N. - MARTINO R., (cur.), *Codice di Procedura civile della Federazione Russa 2003*.
- PIGHIN B.F., *Diritto penale canonico*, Venezia, 2008.
- PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001.
- POLLOCK F. - MAITLAND F.W., *The history of english Law*, II, 2 ed., Cambridge, 1898 (rist. 1968).
- PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*. Acta Symposii internationalis Iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati, Città del Vaticano, 1994.
- PONZONE A., *L’approccio epistemologico alla Teologia del Diritto canonico nel pensiero di T. Jimenez Urresti e L. Örsy*, Coll. *Corona lateranensis*, Città del Vaticano, 2012.
- POUND R., *The Causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, in *American Law Review*, XL (1906).
- PRENTKY R. - JANUS E. - SETO M. (cur.), *Understanding and managing sexually coercive behaviour*, New York (NY), 2003.

- RAPOPORT A., *Theories conflict resolution and the Law*, in FRIEDLAND M.L. (ed.) *Courts and Trials. A multidisciplinary approach*.
- RAWLS C., *A theory of justice*, Cambridge-Mass, 1971.
- RESHETNIKOVA I.V., *Judicial reforms of XIX-XXth centuries in the area of civil Procedure*, in *Codification of the russian private Law*, Moscow, 2008.
- RICCI G.F., *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della Prova giuridica*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, XLIV (2000), 2.
- RIES J., *Il sacro nella storia religiosa dell'umanità*, Milano, 1990.
- RIONDINO M., *Il minore di fronte alla giustizia*, in *Commentarium pro Religiosis et Missionariis*, LXXXVII (2006).
- RIONDINO M., *L'evoluzione del concetto di "interesse del minore" nella cultura giuridica europea*, in AA.VV., *Atti del XIII Colloquio giuridico internazionale. La filiazione nella cultura giuridica europea*.
- RIONDINO M., *Vent'anni di Convenzione fanno più spazio ai diritti del fanciullo*, in *Famiglia e Minori* (mensile di documentazione giuridica di "Guida al Diritto-Il Sole 24 Ore"), IV (2009).
- RIONDINO M., *La tutela degli interessi del cittadino fanciullo e i suoi diritti soggettivi*, in *Famiglia e Minori* (mensile di documentazione giuridica di "Guida al Diritto-Il Sole 24 Ore"), V (2010).
- RIONDINO M., *Famiglia e minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011.
- RIONDINO M., *Connessione tra Pena canonica e Pena statale*, in AA.VV., *Questioni attuali di Diritto penale canonico*.
- RIONDINO M., *Giustizia riparativa e mediazione nel Diritto penale canonico*, 2 ed., Città del Vaticano, 2012.
- ROBERTI F., *De Delictis et Pænis. I. Pars I. De Delictis in genere*, Romæ, 1944.
- ROMANO M., *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXV (1996).
- ROMANO M., *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella Legge 269/88*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXVII (1998).
- RONCO M., "Ignoranza della Legge (Dir. pen.)", in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989.
- RONFANI P., *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del Diritto*, XXIV (1997).
- RUSSO C., *L'abuso sui minori dopo la Convenzione di Lanzarote*, Milano, 2012.
- SACCO R., *Introduzione al Diritto comparato*, Torino, 1992.
- SALACHAS D., *Istituzioni di Diritto canonico delle Chiese orientali cattoliche*, Bologna, 1993.
- SALACHAS D. - SABBARESE L., *Codificazione latina e orientale e Canoni preliminari*, Città del Vaticano, 2003.

- SALVADOR C.C. - DE PAOLIS V. - GHIRLANDA G. (curr.), *Nuovo dizionario di Diritto canonico*, Cinisello Balsamo (MI), 1996.
- SALVATORI D., *La riserva di alcuni Delitti alla Congregazione per la Dottrina della Fede e la nozione di delicta graviora*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 25 (2012).
- SANCHIS J., *La Legge penale e il Precetto penale*, Milano, 1993.
- SAULLE M.R. (cur.), *La Convenzione dei diritti del minore e l'Ordinamento italiano*, Napoli, 1994.
- SAULLE M.R., *I diritti del minore nell'Ordinamento internazionale*, in SAULLE M.R. (cur.), *La Convenzione dei diritti del minore e l'Ordinamento italiano*.
- SAULLE M.R., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino nel XX anniversario*, in AA.Vv., *Le sfide del Diritto*.
- SCICLUNA CH.J., *Sexual abuse of children and young people by catholic priests and religious: description of the problem from a Church perspective*, in KARL HANSON R. - PFAFFLIN F. - LUTZ M. (curr.), *Sexual Abuse in the Catholic Church. Scientific and legal perspectives*.
- SCICLUNA CH.J., *Delicta graviora. Ius processuale*, in AA.Vv., *Questioni attuali di Diritto penale canonico*.
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006.
- Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXXVI (2010).
- SUCHECKI Z., *Le Sanzioni penali nella Chiesa. 1. I delitti e le Sanzioni penali in genere (Cann. 1311-1363)*, Città del Vaticano, 1999.
- SUCHECKI Z. (cur.), *Il Processo penale canonico*, Città del Vaticano, 2003.
- Taft R.F., *La Liturgia delle ore in Oriente e in Occidente. Le origini dell'Ufficio divino e il suo significato*, Cinisello Balsamo (MI), 1988.
- TARUFFO M., *La ricerca della verità nell'“adversary system”*, in *Rivista di Diritto processuale*, XXXII (1977).
- TARUFFO M., *Il Processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979.
- TARUFFO M., “Diritto processuale civile dei Paesi anglosassoni”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VI, Torino, 1990.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LII (1995).
- TARUFFO M., “Prova (in generale)”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997.
- TARUFFO M., *Aspetti fondamentali del Processo civile di civil Law e di common Law*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR (Federal University of Paraná)*, IL (2001), 36.
- TARUFFO M., *Cultura e Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXIII (2009).

- TARUFFO M., *La semplice verità. Il Giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Rivista di Diritto processuale*, LXV (2010).
- TARUFFO M., “Art. 115”, in CARRATTA A. - TARUFFO M., *Poteri del Giudice*, Coll. *Commentario del Codice di Procedura civile*.
- TARUFFO M., *La Prova nel Processo civile*, in CICU A. - MESSINEO F. (dirr.), *Trattato di Diritto civile e commerciale*.
- TARUFFO M., *La verità nel Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXVI (2012), 4.
- THAYER J.B., *A preliminary treatise on Evidence at the common Law*, New York (NY), 1969.
- THE WORLD BANK, *Global economic prospects. Economic implications of remittances and migration 2006*, Washington (DC), 2006.
- THOUVENIN J.-M., *Genèse de l'idée de responsabilité de protéger*, in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La responsabilité de protéger. Colloque de Nanterre*, Paris, 2008.
- TWINING W., *Evidence and legal theory and common Law*, Oxford, 1986.
- VALDRINI P., *Unité et pluralité des ensembles législatifs. Droit universel et Droit particulier d'après le Code de Droit canonique latin*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997).
- VARANO V. - BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. I. Testi e materiali per un confronto civil Law common Law*, Coll. *Strumenti di Diritto comparato*, n. 1, 4 ed., Torino, 2010.
- VASSALLI G., *In margine al Diritto penale islamico*, in *La giustizia penale*, XXXV (1980).
- VERDE G., “Prova (Dir. proc. civ.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988.
- VERSALDI G., *Aspetti psicologici degli abusi sessuali perpetrati da chierici*, in *Periodica*, XCI (2002).
- VIDIRI G., *Giusto Processo, accertamento della verità materiale ed “imparzialità” del Giudice*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LXVI (2012), 4.
- VILLEGGIANTE S., *Il diritto di difesa delle parti nel Processo matrimoniale canonico*, in ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA - OPERATORI DEL DIRITTO NEI TRIBUNALI ECCLESIASTICI (CURR.), *Studi sul Processo matrimoniale canonico*.
- VINCIGUERRA S., *Il Codice penale portoghese*, Padova, 1997.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.
- WAGNER A., *Francisco De Vitoria and Alberico Gentili on the legal character of the global Commonwealth*, in *Oxford Journal of legal studies*, XXXI (2011).
- WOESTMAN W.H., *Ecclesiastical Sanctions and the penal Process*, 2 ed., Ottawa, 2003.

BIBLIOGRAPHIA HUIUS VOLUMINIS

ZUANAZZI I., *Præsis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Napoli, 2005.

ZUCKERMAN A.A.S., *Interlocutory remedies in question of procedural fairness*, in *Modern Law Review*, LVI (1993).

ŽUŽEK I., *Incidenza del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium nella storia moderna della Chiesa universale*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*.

## *Riviste con cui è attivo un cambio*

### INTERNAZIONALI

- American journal of Jurisprudence* - N. D. Law School Library - Notre Dame (USA)  
*American journal of legal History* - Temple Univ. School of Law - Philadelphia (USA)  
*Annales canonici* - Uniw. Papieski Jana Pawla II w Krakowie - Krakow (PL)  
*Anuario argentino de Derecho canonico* - Univ. Catolica Argentina - Buenos Aires (AR)  
*Anuario de Derecho eclesiastico del Estado* - Cuenca (E)  
*Anuario juridico y económico escurialense* - S. Lorenzo de El Escorial (E)  
*Australasian catholic record* - Strathfield N.S.W (AUS)  
*Boletim da Faculdade de Direito* - Univ. de Coimbra - Coimbra (E)  
*Canon Law abstracts* - London (UK)  
*Communicationes* - Pont. Cons. per i Testi Legislativi (SCV)  
*Ephemerides theologicae lovanienses* - Leuven (B)  
*Folia canonica* - Budapest (HU)  
*Forum* - Metropolitan Tribunal Archbishop's Curia - La Valletta (M)  
*Forum canonicum* - Univ. Catolica Portuguesa - Lisboa (P)  
*Ius canonicum* - Univ. de Navarra - Pamplona - (E)  
*Jus matrimoniale* - Uniw. Kardynala S. Wyszynskiego - Warszawa (PL)  
*L'Année canonique* - Fac. de Droit Canonique - Paris (F)  
*Michigan Law review* - Law Library of Michigan University - Ann Arbor (USA)  
*Prawo kanoniczne* - Akademia Teologii Katolickiej - Warszawa (PL)  
*Proche Orient chretien* - Seminaire St. Anne - Jerusalem (IL)  
*Quaderni dello Studio Rotale* - Tribunale della Rota Romana (SCV)  
*Review for religious* - St. Louis (USA)

*Revista chilena de Historia del Derecho* - Univ. de Chile - Santiago (RCH)  
*Revista eclesiastica brasileira* - Petropolis (BR)  
*Revista española de Derecho canónico* - Univ. Pontificia de Salamanca (E)  
*Revue de Droit canonique* - Strasbourg (F)  
*Revue des Sciences religieuses* - Strasbourg (F)  
*Revue hellénique de Droit international* - Athenes (GR)  
*Stromata* - Univ. del Salvador - San Miguel (AR)  
*Studia canonica* - Univ. Saint Paul - Ottawa (CAN)  
*Studia warminskie* - Olsztyn (PL)  
*Theologisch-praktische Quartalschrift* - Kath-Theol. Hochschule - LINZ (D)  
*Theologie und Glaube* - Erzbischöfliche Akademische Bibliothek - Paderborn (D)  
*Traditio* - Fordham University Press University - New York (USA)  
*Veritas et Jus* - Facoltà teologica di Lugano - Lugano (CH)  
*Villanova Law review* - Villanova University School of Law - Villanova (USA)

#### ITALIANE

*Commentarium pro religiosis* - Institutm Iuridicun Clarettianum - Roma (I)  
*Diritto di famiglia e delle persone* - Palermo (I)  
*Ephemerides Iuris canonici* - Fondazione Marcianum - Venezia (I)  
*Il Diritto ecclesiastico* - Roma (I)  
*Ius Ecclesiae* - Pont. Univ. S. Croce - Roma (I)  
*Iustitia* - Unione Giuristi Cattolici Italiani - Roma (I)  
*Jus* - Univ. Cattolica del Sacro Cuore - Milano (I)  
*Memorie dell'Istituto Giuridico* - Univ. di Torino - Torino (I)  
*Orientalia christiana periodica* - Pont. Ist. di Studi Orientali - Roma (I)  
*Periodica de re canonica* - Pont. Università Gregoriana - Roma (I)  
*Quaderni di Diritto ecclesiale* - Brescia (I)  
*Rassegna Archivi di Stato* - Ministero dei Beni Culturali - Roma (I)

L'**indice generale, tematico** e degli **autori** degli anni 1928-1997  
si trova nel volume unico dell'annata LXXII (1999).