



Apollinaris

COMMENTARIUS IURIDICUS INSTITUTI UTRIVSQUE IURIS

11 | LXXXIV | 1



Lateran University Press

APOLLINARIS

Commentarius Iuridicus Instituti Utriusque Iuris
Institutum Utriusque Iuris
Pontificiæ Universitatis Lateranensis

Director:

Manuel J. Arroba Conde, cmf

Consilium redactionis:

Natalis Loda
Paulus Gherri
Enricus Mei
Raphael Lomonaco

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 2011:

Abbonamento annuo (2 numeri)	66,00 €	Estero 105,00 €
Un fascicolo	37,00 €	Estero 54,00 €
Annata arretrata	88,00 €	Estero 138,00 €

La Rivista ha periodicità semestrale.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno. Gli abbonamenti che non saranno disdetti entro il 31 dicembre di ciascun anno si intendono tacitamente rinnovati per l'anno successivo.

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 payement 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 international (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

© COPYRIGHT 2012 - ISBN 978-88-465-0767-9

LATERAN UNIVERSITY PRESS

PONTIFICIA UNIVERSITÀ LATERANENSE

PIAZZA SAN GIOVANNI IN LATERANO, 4

CITTÀ DEL VATICANO

INDEX

I. Apostolica

- Guida alla comprensione delle Procedure di base della Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF) riguardo alle accuse di abusi sessuali 7
- CHARLES J. SCICLUNA (Promoter of justice CDF), The Procedure and praxis of the Congregation for the Doctrine of the Faith regarding *graviora Delicta* 10
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Lettera del Cardinale William Levada per la presentazione della Circolare alle Conferenze episcopali sulle Linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici 17
- 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 19

II. Studia

- PAOLO GHERRI, Decidere e giudicare nella Chiesa 27

III. Argumenta

- LUIS M. BOMBÍN, Decidere *per criteri*: il Giudizio in *common Law* 91
- GIORDANO CABERLETTI, La motivazione nella Sentenza canonica 115
- GIORGIO CORBELLINI - WALDERY HILGEMAN, La nuova Legge vaticana sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso 149

PAOLO GHERRI, Bilancio canonistico della Quinta Giornata canonistica interdisciplinare	183
ANTONIO IACCARINO, La teoria della giustizia di John Rawls	199
CLAUDIA IZZI, La certezza morale nel Giudizio canonico	245
AITOR JIMÉNEZ ECHAVE, Actualización y renovación de las Constituciones y Directorios	271
GUIDO LAGOMARSINO, Commento a Sentenza della Cassazione italiana, 20 gennaio 2011 n. 1343	293
MATTEO NACCI, Decidere <i>per ragioni</i> : l'Arbitrato. Profili storico-giuridici	311
IV. Excerpta	
VARUVEL G. DHAS, Modifiche introdotte nelle norme riguardanti i “ <i>graviora Delicta</i> ”	337
GIUSEPPE PUNTILLO, “ <i>Delicta graviora</i> ” e Legislazione canonica di emergenza	383
V. Bibliographica	
Præsentationes	397
- Fontes huius voluminis	405
- Bibliographia huius voluminis	421

I. APOSTOLICA

Guida alla comprensione delle Procedure di base della Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF) riguardo alle accuse di abusi sessuali¹

(*SINE AUCTORE*)

La disposizione che deve essere applicata è il *Motu Proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela* del 30 aprile 2001 insieme al Codice di Diritto canonico del 1983. La presente è una guida introduttiva che può essere d'aiuto a laici e non canonisti.

A. PROCEDURE PRELIMINARI

La Diocesi indaga su qualsiasi sospetto di abusi sessuali da parte di un religioso nei riguardi di un minore.

Qualora il sospetto abbia verosimiglianza con la verità, il caso viene deferito alla CDF. Il Vescovo locale trasmette ogni informazione necessaria alla CDF ed esprime la propria opinione sulle Procedure da seguire e le misure da adottare a breve e a lungo termine.

Va sempre dato seguito alle disposizioni della Legge civile per quanto riguarda il deferimento di crimini alle Autorità preposte.

Nella fase preliminare e fino a quando il caso sia concluso, il Vescovo può imporre misure precauzionali per la salvaguardia della comunità, comprese le vittime. In realtà, al Vescovo locale è sempre conferito il potere di tutelare i

1 URL: < http://www.vatican.va/resources/resources_guide-CDF-procedures_it.html > (al 06/10/2011). Data la strutturale non-stabilità temporale caratteristica delle c.d. *risorse telematiche*, si pubblicano di seguito alcuni Documenti della Santa Sede in materia di "*Graviora Delicta*" disponibili soltanto sul *sito WEB istituzionale* della stessa [URL: <<http://www.vatican.va>>] alla data della chiusura redazionale del presente fascicolo della Rivista.

bambini limitando le attività di qualsiasi sacerdote nella sua Diocesi. Questo rientra nella sua autorità ordinaria, che egli è sollecitato a esercitare in qualsiasi misura necessaria per garantire che i bambini non ricevano danno, e questo potere può essere esercitato a discrezione del Vescovo prima, durante e dopo qualsiasi Procedimento canonico.

B. PROCEDURE AUTORIZZATE DALLA CDF

La CDF studia il caso presentato dal Vescovo locale e, dove necessario, richiede informazioni supplementari.

La CDF ha a disposizione una serie di opzioni:

1. *Processi penali*

La CDF può autorizzare il Vescovo locale a condurre un Processo penale giudiziario davanti a un Tribunale ecclesiale locale. Qualsiasi Appello in casi simili dovrà essere eventualmente presentato a un Tribunale della CDF.

La CDF può autorizzare il Vescovo locale a istruire un Processo penale amministrativo davanti a un delegato del Vescovo locale, assistito da due Assessori. Il sacerdote accusato è chiamato a rispondere alle accuse e a esaminare le Prove. L'accusato ha il diritto di presentare Ricorso alla CDF contro un Decreto che lo condanni a una Pena canonica. La decisione dei Cardinali membri della CDF è definitiva.

Qualora il sacerdote venga giudicato colpevole, i due Procedimenti –giudiziario e amministrativo penale– possono condannarlo a un certo numero di Pene canoniche, la più seria delle quali è la Dimissione dallo stato clericale. Anche la questione dei danni subiti può essere trattata direttamente durante queste Procedure.

2. *Casi riferiti direttamente dal Santo Padre*

In casi particolarmente gravi, in cui Processi civili criminali abbiano ritenuto colpevole di abusi sessuali su minori un religioso, o in cui le Prove siano schiaccianti, la CDF può scegliere di portare questo caso direttamente al Santo Padre con la richiesta che il Papa emetta un Decreto di Dimissione dallo stato clericale “*ex officio*”. Non esiste Ricorso canonico dopo un simile Decreto papale.

La CDF porta al Santo Padre anche richieste di sacerdoti accusati che, consapevoli dei crimini commessi, chiedano di essere dispensati dagli obblighi del sacerdozio e chiedano di tornare allo stato laicale. Il Santo Padre concede tale richiesta per il bene della Chiesa (“*pro bono Ecclesiae*”).

3. *Misure disciplinari*

In quei casi in cui il sacerdote accusato abbia ammesso i propri crimini e abbia accettato di vivere una vita di preghiera e penitenza, la CDF autorizza il Vescovo locale a emettere un Decreto che proibisce o limita il ministero pubblico di tale sacerdote. Tali Decreti sono imposti tramite un Precetto penale che comprendono una Pena canonica per la violazione delle condizioni del Decreto, non esclusa la Dimissione dallo stato clericale. Contro questi Decreti è possibile il Ricorso alla CDF. La decisione della CDF è definitiva.

C. LA REVISIONE DEL *MOTU PROPRIO*

La CDF ha in corso una revisione di alcuni articoli del *Motu Proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, al fine di aggiornare il suddetto *Motu Proprio* del 2001 alla luce delle speciali Facoltà riconosciute alla CDF dai Pontefici Giovanni Paolo II e Benedetto XVI. Le modifiche proposte e sotto discussione non cambieranno le suddette Procedure.

sine data

The Procedure and praxis of the Congregation for the Doctrine of the Faith regarding *graviora Delicta*²

CHARLES J. SCICLUNA (PROMOTER OF JUSTICE CDF)

A. SOME PRELIMINARY CONSIDERATIONS REGARDING SUBSTANTIVE LAW

With reference to Art. 52 of the Apostolic Constitution *Pastor Bonus* of 28 June 1988, Art. 1 of the *Motu Proprio Sacramentorum sanctitatis tutela* of 30 April 2001 distinguishes between two types of *graviora Delicta*

- a) “*Delicta in Sacramentorum celebratione commissa*” (Delicts committed in the celebration of the Sacraments)
- b) “*Delicta contra mores*” (Delicts against morals).

Concerning the *Delicta graviora in Sacramentorum celebratione commissa*, the *Motu Proprio* takes into account only two Sacraments: I) the Most Holy Sacrifice and Sacrament of the Eucharist, II) the Sacrament of Penance.

The *Motu Proprio*, in Art. 2, enumerates five (5) Delicts against the Eucharist.

1. The profanation of the Sacred Species (Art. 2, n. 1). The *Motu Proprio* makes explicit reference (cfr. n. 9) to the authentic interpretation of 4 June 1999 which included in the definition of the verb “*abicere*”, used in Can. 1367 CIC and Can. 1442 CCEO, “*quamlibet actionem Sacras Species voluntarie et graviter despicientem*” (any action which voluntarily and gravely offends the Sacred Species).
2. The attempt to celebrate the Eucharistic Sacrifice by someone not in Holy Orders (Art. 2, n. 2; Can. 1378 §2, n. 1 CIC). This delict, while not mentioned in the CCEO, is explicitly included in the *Corpus Canonum Ecclesiarum Orientalium* in virtue of the *Motu Proprio*.
3. The simulation of the liturgical celebration of the Eucharistic Sacrifice (Art. 2, n. 2; Can. 1379 CIC; Can. 1443 CCEO). For both Codes, the simulation of any of the Sacraments is a Delict. The *Motu Proprio* only considers the simulation of Holy Mass or of the Divine Liturgy as a *Delictum gravius*.

2 URL: < http://www.vatican.va/resources/resources_mons-sciicluna-graviora-delicta_en.html > (al 06/10/2011). Il testo è disponibile solo in lingua inglese.

4. The concelebration of the Eucharistic Sacrifice with a minister of an ecclesial community which does not have the Apostolic Succession and which does not recognize the sacramental dignity of priestly Ordination (Art. 2, n. 3). The *Motu Proprio* explicitly mentions Cann. 908 and 1365 CIC as well as Cann. 702 and 1440 CCEO. The scope of these Canons is broader than the norm of the *Motu Proprio*, which restricts a *Delictum gravius* to the concelebration of the Eucharistic Sacrifice with “Protestant” ministers. It seems to me that the two elements (the absence of Apostolic Succession and the non-recognition of the sacramental dignity of priestly Ordination) are indistinguishable in the description of this particular ecclesial community which is spoken of in Art. 2, n. 3.
5. The consecration, for a sacrilegious purpose, of one of the Eucharistic Species without the other in the Eucharistic celebration, or of both outside the Eucharistic celebration (Art. 2 §2). Note 19 makes reference to Can. 927 CIC which utilizes the expression *nefas est* to forbid an action which is not a formal Delict. It is important to note the *finis operantis* “*in sacrilegum finem*”. I wonder whether such consecrations within the context of sacrilege verge on the Delict of profanation of the Eucharist defined as “*qualibet actio Sacras Species voluntarie et graviter despiciens*”.

Art. 3 of the *Motu Proprio* envisages four (4) Delicts against the sanctity of the Sacrament of Penance.

1. The absolution of an accomplice in a sin against the Sixth Commandment (Art. 3, n. 1 Can. 1378 §1 CIC; Can. 1457 CCEO).
2. The solicitation to sin against the Sixth Commandment (Art. 3, n. 2 Can. 1387 CIC; Can. 1458 CCEO). It is important to note that the *Motu Proprio* limits the *Delictum gravius* to solicitation which is directed to sinning with the confessor himself (“*quæ ad peccandum cum ipso confessorio dirigitur*”), while the classic definition of *sollicitatio* in the Code includes also the solicitation to sin against the Sixth Commandment with a third person. The Jurisprudence concerning this Delict has evolved substantially, in part because in the 1917 Code an obligation existed, under pain of excommunication, to denounce the soliciting confessor. Solicitation also includes the explicit encouragement to commit impure acts. Some cases of abusive behaviour show that some priests have used the Sacrament of Penance to identify their victims and to make their first contact with them. This behaviour could easily be included under *sollicitatio inchoata* in which the confessor begins an apparently innocent conversation leading to a meeting with the penitent outside of confession where sexual or indecent behaviour occurs.

3. The direct or indirect violation of the sacramental seal (Art.3, n. 3 Can. 1388 §1 CIC; Can. 1456 §1 CCEO). The *Motu Proprio* originally included only the direct violation of the seal. The Holy Father, in an audience granted to Cardinal Ratzinger on 7 February 2003, decided to include also the indirect violation. This decision of the Supreme Legislator certainly makes it easier for the Ordinary to decide which cases are to be referred to the CDF by reason of competence. It is often difficult to distinguish between the two species of Delict in actual cases of violating the seal.
4. The recording, or divulging by means of social communication, of that which has been said, whether by the priest or by the penitent, in Confession (Art. 3, n. 4 *Decretum CDF*, 23.09.1988 AAS 80 [1988] 1367). This *Delictum gravius* was added by the Holy Father in a decision dated 7 February 2003. The decree of the CDF, establishing an excommunication *latae sententiae*, was published in 1988.

It is worth noting a principal of procedural Law pertaining particularly to this type of Delict. Art. 20 of the *Motu Proprio* provides that, in cases of Delicts against the Sacrament of Penance, the name of the accuser cannot be made known to the accused or to his Advocate without the explicit consent of the accuser. This traditional principle also has corollary norms in Art. 20: a) the question of the credibility of the accuser in these cases is of the greatest importance; b) the need always to avoid any danger whatsoever of violating the sacramental seal.

For the category of *Delicta contra mores*, the *Motu Proprio* contains only one, in Art. 4: the delict against the Sixth Commandment committed by a cleric with a minor under the age of eighteen (18) years.

With regard to this Delict, some considerations of the praxis of the CDF, are relevant:

- a) the *Motu Proprio* speaks of a “*Delictum cum minore*”. This does not mean only physical contact or direct abuse, but includes indirect abuse also (for example: showing pornography to minors; lewd indecent exposure in front of minors). Included also is the possession of, or downloading from the internet of, pedophilic pornography. This type of behaviour is also a civil crime in some nations. While “browsing” may be involuntary, it is difficult to see how “downloading” could be considered so, since not only does it involve making a choice or choosing a specific option, but often involves payment by credit card and the furnishing of personal information by the purchaser which can be traced back to him. Some priests have been incarcerated for possession of thousands of pornographic photos of children and youth. According to the praxis of the CDF such behaviour is considered a *Delictum gravius*.

- b) Can. 1395 §2 CIC speaks of a Delict with a minor under 16: “*cum minore infra ætatem sedecim annorum*”. The *Motu Proprio*, on the other hand, speaks of a Delict with a minor under 18: “*Delictum ... cum minore infra ætatem duodeviginti annorum*”. Therefore the classification of the Delict becomes more complex. Some experts, in fact, speak not only of pedophilia (the sexual attraction to prepubescent children) but also of ephebophilia (the sexual attraction to adolescents), of homosexuality (the sexual attraction to adults of the same sex) and of heterosexuality (the sexual attraction to adults of the other sex). Between sixteen and eighteen years of age, some “minors” may indeed be perceived as objects of homosexual or heterosexual attraction. Some civil jurisdictions consider a person of sixteen years as capable of giving consent for sexual activity (whether hetero- or homosexual). The *Motu Proprio*, however, stigmatizes as a Delict every violation of the Sixth Commandment with a minor under eighteen years of age whether based on pedophilia, ephebophilia, homosexuality or heterosexuality. This differentiation has, nevertheless, an importance from the psychological, pastoral and juridical points of view. It helps, no doubt, both the Ordinary and the Judge in grasping the gravity of the Delict and choosing the path necessary for the reform of the guilty cleric, the reparation of scandal and the restitution of justice (cfr. Can. 1341).
- c) A few serious cases of sexual abuse of minors between the ages of sixteen and eighteen committed prior to 30 April 2001 were dealt with under Can. 1399: in addition to the cases established here or in other laws, the external violation of a divine or canonical Law can be punished by a just penalty only when the special gravity of the violation demands punishment and there is an urgent need to prevent or repair scandals (“*Præter casus hac vel aliis Legibus statutos, divinæ vel canonicæ Legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem Pæna puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala præveniendi vel reparandi*”). As this Canon speaks only of a “*iusta Pæna*”, according to Can. 1349 a Judge is not able, therefore, to inflict a perpetual penalty.

The question of prescription with regard to *graviora Delicta* is once again much discussed after the *Motu Proprio* because, for the first time in history, a time limit has been imposed, after which the *actio criminalis* is extinguished for these Delicts. Art. 5 §1 indicates that a Delict is bound by prescription after ten years, while Art. 5 §2 establishes that this period of ten years runs according to the norm of Can. 1362 §2 CIC or of Can. 1152 §3 CCEO: Prescription

runs from the day on which the Delict was committed or, if the Delict is continuous or habitual, from the day on which it ceased (“*Præscriptio decurrit ex die quo delictum patratum est, vel, si Delictum sit permanens vel habituale, ex die quo cessavit*”). In cases of sexual abuse, the period of ten years begins to run the day on which the minor completes his eighteenth year. Experience has shown that a term of ten years is inadequate for these types of cases and that it would be desirable to return to the former system in which these Delicts were not subject to prescription at all. On 7 November 2002, the Holy Father granted to the CDF the Faculty to derogate from Prescription on a case by case basis upon request of an individual Bishop.

B. SOME NOTES ON PROCEDURE

The notitia criminis

Delicta graviora are referred to the CDF by the Ordinary in virtue of Art. 13 of the *Motu Proprio* which speaks of “*notitia saltem verisimilem ... de Delicto reservato*” and of an “*investigatio prævia*”. The first phase is identical to that envisaged by Can. 1717. The Ordinary has the obligation to investigate both the credibility of the accusation as well as the substance or object of the alleged Delict. If the result of the “*investigatio prævia*” is that the accusation is credible, the Ordinary no longer has power or competence to treat the material in conformity with Can. 1718, but he must refer the case to the CDF.

The options of the CDF

The CDF studies the acts submitted by the Ordinary and, if no further information is requested in order to arrive at an informed decision, the Congregation proceeds to a very important first decision, namely, the method, *iter*, of resolving the case. Different possibilities are possible:

- a) the CDF may decide that the facts of the case do not require any further penal action and propose, or confirm, some non-penal administrative provisions for the sake of the common good of the Church, including the good of the denounced cleric (cfr. Cann. 1718 §1, nn. 1-2). Against such provisions of the CDF, it is not possible to make hierarchic Recourse to the Apostolic Signatura but only to the Cardinal and Bishop members in Ordinary Session of the CDF, commonly known by the name *Feria Quarta*.

- b) The CDF may decide to present the case directly to the Holy Father for a *Dimissio ex officio* of the accused cleric. This is reserved for particularly grave cases in which the guilt of the cleric is beyond doubt and well documented. It is the praxis of the CDF to request that the Ordinary ask the guilty cleric if he would prefer to seek himself a dispensation from his priestly obligations. If the cleric refuses, or does not respond, the case proceeds. The Disciplinary Section of the CDF prepares a report for the Holy Father who himself decides the case on the occasion of the audience granted generally on a Friday to the Cardinal Prefect or to the Secretary of the Congregation. The Rescript will be communicated to the Ordinary. There is no Appeal or Recourse against the decision of the Holy Father.
- c) The CDF may decide to authorize a penal administrative Procedure according to Can. 1720 CIC (Can. 1486 CCEO). If the Ordinary is of the opinion that the case merits the imposition of the penalty of Dismissal from the clerical state, he must refer his opinion to the CDF which will, in turn, decide to impose the penalty or not. Against such a decision recourse may be made to the *Feria IV*.
- d) The CDF may decide to authorize the Ordinary to conduct a penal judicial Process in the Diocese, with the proviso that, in every case, an Appeal will be reserved to the Tribunal of the CDF. The Judges, the Promoter of justice, the Notaries, as well as the Advocates must be priests (Art. 12) or be dispensed from this prerequisite. Art. 22 further requires that the acts of the case be transmitted *ex officio* to the CDF at the conclusion of the first instance. The Promoter of justice of the Congregation has the Faculty to Appeal the first instance Sentence within thirty days "*a die qua Sententia primæ instantiæ ipsi Promotori nota facta sit*". In these cases, the CDF has the Faculty to senate any Acts of procedural Law of inferior Tribunals. The decision of the Tribunal of the CDF in second instance does not admit of Appeal, and therefore, becomes a *res iudicata* (Art. 23 n. 1 and n. 4).

As regards religious, the following procedural *iter* is foreseen:

Each time the competent Superior (Can. 620) receives information about at least a probable *Delictum gravius* committed by a religious cleric, he must carry out an *investigatio prævia* according to the norm of Law. The religious must be informed of the outcome and given the opportunity to defend himself (Cann. 1717; 695 §2). All the Acts must be handed over to the Supreme Moderator according to the norms laid down in Can. 695, §2. In turn, the Supreme Moderator will forward the aforementioned acts to the Congregation for the

Doctrine of the Faith, along with his own *votum* and that of his council about both the merits of the case and the Procedure to be followed.

Once it has received the necessary acts from the Supreme Moderator, the Congregation for the Doctrine of the Faith will indicate the Procedure to be followed and the measures to be taken:

a) When this Congregation indicates that the case should proceed by means of a penal trial, it can also indicate, according to circumstances, the competent Tribunal to undertake the proceedings at first instance (cfr. Cann. 1427; 1408 with Can. 103). The said Tribunal may decree dismissal from the Institute as well as dismissal from the clerical state. The Appeal Judgement is reserved to the Supreme Tribunal of the Congregation of the Doctrine of the Faith;

b) When this Congregation decides that the case should proceed in an administrative manner, it will ask the Supreme Moderator to proceed according to the norm of Can. 699 §1. With his council, the Supreme Moderator can decide not to order Dismissal from the Institute but to issue disciplinary measures. It is the exclusive duty of the Congregation for the Doctrine of the Faith to confirm the Decree of Dismissal from the Institute according to the norm of Can. 700. At the same time the Congregation will also decide whether to impose upon the religious the Penalty of Dismissal from the clerical state. Copies of any Decrees will be sent *ex officio* to the Congregation for Institutes of Consecrated Life and Societies of Apostolic Life. Appeals against Decrees issued in cases of *Delicta graviora* will be decided exclusively by the Ordinary Congregation of members of the Congregation for the Doctrine of the Faith (*Feria IV*). There is no recourse to the Apostolic Signatura. Recourses have a suspensive effect.

c) As regards Institutes of diocesan right, each presentation from the Supreme Moderator to the Congregation for the Doctrine of the Faith must be endorsed by the Bishop of the religious person's domicile or quasi-domicile according to the norms of Can. 103.

sine data

Lettera del Cardinale William Levada per la presentazione della Circolare alle Conferenze episcopali sulle Linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici³

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI

Eminenza, Eccellenza,

come è noto, il 21 maggio 2010, il Santo Padre Benedetto XVI promulgò una nuova versione del *Motu Proprio Sacramentorum sanctitatis tutela* che riporta le norme circa i *Delicta graviora*, incluso il Delitto di abuso sessuale di minori da parte di chierici.

Al fine di facilitare la retta applicazione di dette norme e di altri aspetti relativi all'abuso di minori, sarebbe opportuno che ciascuna Conferenza episcopale prepari delle Linee guida con l'intento di assistere i Vescovi membri della medesima Conferenza nel seguire Procedure chiare e coordinate quando si devono trattare i casi di abuso sessuale di minori. Tali Linee guida dovrebbero prendere in considerazione le situazioni concrete delle giurisdizioni appartenenti alla Conferenza episcopale.

Come aiuto per le Conferenze episcopali nella preparazione di dette Linee guida, o come appoggio nella revisione di quelle già esistenti, la Congregazione per la Dottrina della Fede ha preparato una Lettera Circolare, trasmessa in allegato, che presenta alcuni temi generali per la considerazione di codesta Conferenza episcopale. Detta Lettera Circolare rimarrà sotto embargo fino a mezzogiorno del 16 maggio 2011, quando sarà resa nota dalla Sala Stampa della Santa Sede.

Sarebbe inoltre molto utile coinvolgere, nel processo di redazione o revisione di dette Linee guida, anche i Superiori maggiori degli Istituti religiosi clericali, presenti nel territorio della Conferenza.

Le sarei grato, in fine, se potesse inviare a questa Congregazione copia delle suddette Linee guida, entro la fine del mese di maggio 2012. Questo Dicastero rimane a disposizione di codesta Conferenza episcopale qualora emergesse la necessità di offrire chiarimenti o aiuto nella preparazione delle suddette Linee guida. Nel caso in cui la Conferenza decidesse di stabilire nor-

3 URL:<http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_levada-abuso-minori_it.html> (al 06/10/2011).

APOSTOLICA

me vincolanti sarebbe necessario richiedere la *Recognitio* dai Dicasteri competenti della Curia Romana.

3 maggio 2011

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 chierici⁴

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI

Tra le importanti responsabilità del Vescovo diocesano al fine di assicurare il bene comune dei fedeli e, specialmente, la protezione dei bambini e dei giovani, c'è il dovere di dare una risposta adeguata ai casi eventuali di abuso sessuale su minori commesso da chierici nella sua Diocesi. Tale risposta comporta l'istituzione di Procedure adatte ad assistere le vittime di tali abusi, nonché la formazione della comunità ecclesiale in vista della protezione dei minori. Detta risposta dovrà provvedere all'applicazione del Diritto canonico in materia, e, allo stesso tempo, tener conto delle disposizioni delle Leggi civili.

I. ASPETTI GENERALI

a) *Le vittime dell'abuso sessuale*

La Chiesa, nella persona del Vescovo o di un suo delegato, deve mostrarsi pronta ad ascoltare le vittime ed i loro familiari e ad impegnarsi per la loro assistenza spirituale e psicologica. Nel corso dei suoi viaggi apostolici, il Santo Padre Benedetto XVI ha dato un esempio particolarmente importante con la sua disponibilità ad incontrare ed ascoltare le vittime di abuso sessuale. In occasione di questi incontri, il Santo Padre ha voluto rivolgersi alle vittime con parole di compassione e di sostegno, come quelle contenute nella sua Lettera Pastorale ai Cattolici d'Irlanda (n. 6): “avete sofferto tremendamente e io ne sono veramente dispiaciuto. So che nulla può cancellare il male che avete sopportato. È stata tradita la vostra fiducia, e la vostra dignità è stata violata”.

4 URL: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_it.html> al 06/10/2011.

b) *La protezione dei minori*

In alcune nazioni sono stati iniziati in ambito ecclesiale programmi educativi di prevenzione, per assicurare “ambienti sicuri” per i minori. Tali programmi cercano di aiutare i genitori, nonché gli operatori pastorali o scolastici, a riconoscere i segni dell’abuso sessuale e ad adottare le misure adeguate. I suddetti programmi spesso hanno meritato un riconoscimento come modelli nell’impegno per eliminare i casi di abuso sessuale nei confronti di minori nelle società odierne.

c) *La formazione di futuri sacerdoti e religiosi*

Nel 2002, Papa Giovanni Paolo II disse: “non c’è posto nel sacerdozio e nella vita religiosa per chi potrebbe far male ai giovani” (n. 3, Discorso ai Cardinali americani, 23 aprile 2002). Queste parole richiamano alla specifica responsabilità dei Vescovi, dei Superiori maggiori e di coloro che sono responsabili della formazione dei futuri sacerdoti e religiosi. Le indicazioni fornite nell’Esortazione Apostolica *Pastores Dabo Vobis*, nonché le Istruzioni dei Dicasteri competenti della Santa Sede, acquistano una crescente importanza in vista di un corretto discernimento vocazionale e di una sana formazione umana e spirituale dei candidati. In particolare si farà in modo che essi apprezzino la castità e il celibato e le responsabilità della paternità spirituale da parte del chierico e possano approfondire la conoscenza della disciplina della Chiesa sull’argomento. Indicazioni più specifiche possono essere integrate nei programmi formativi dei Seminari e delle case di formazione previste nella rispettiva *Ratio Institutionis Sacerdotalis* di ciascuna nazione e Istituto di vita consacrata e Società di vita apostolica.

Inoltre, una diligenza particolare dev’essere riservata al doveroso scambio d’informazioni in merito a quei candidati al sacerdozio o alla vita religiosa che si trasferiscono da un seminario all’altro, tra Diocesi diverse o tra Istituti religiosi e Diocesi.

d) *L’accompagnamento dei sacerdoti*

1. Il Vescovo ha il dovere di trattare tutti i suoi sacerdoti come padre e fratello. Il Vescovo curi, inoltre, con speciale attenzione la formazione permanente del clero, soprattutto nei primi anni dopo la sacra Ordinazione, valorizzando l’importanza della preghiera e del mutuo sostegno nella fraternità sacerdotale.

Siano edotti i sacerdoti sul danno recato da un chierico alla vittima di abuso sessuale e sulla propria responsabilità di fronte alla normativa canonica e civile, come anche a riconoscere quelli che potrebbero essere i segni di eventuali abusi da chiunque compiuti nei confronti dei minori.

2. I Vescovi assicurino ogni impegno nel trattare gli eventuali casi di abuso che fossero loro denunciati secondo la disciplina canonica e civile, nel rispetto dei diritti di tutte le parti.

3. Il chierico accusato gode della presunzione di innocenza, fino a prova contraria, anche se il Vescovo può cautelativamente limitarne l'esercizio del ministero, in attesa che le accuse siano chiarite. Se del caso, si faccia di tutto per riabilitare la buona fama del chierico che sia stato accusato ingiustamente.

e) *La cooperazione con le Autorità civili*

L'abuso sessuale di minori non è solo un Delitto canonico, ma anche un crimine perseguito dall'Autorità civile. Sebbene i rapporti con le Autorità civili differiscano nei diversi paesi, tuttavia è importante cooperare con esse nell'ambito delle rispettive competenze. In particolare, va sempre dato seguito alle prescrizioni delle Leggi civili per quanto riguarda il deferimento dei crimini alle autorità preposte, senza pregiudicare il foro interno sacramentale. Naturalmente, questa collaborazione non riguarda solo i casi di abusi commessi dai chierici, ma riguarda anche quei casi di abuso che coinvolgono il personale religioso o laico che opera nelle strutture ecclesiastiche.

II. BREVE RESOCONTO DELLA LEGISLAZIONE CANONICA IN VIGORE CONCERNENTE IL DELITTO DI ABUSO SESSUALE DI MINORI COMPIUTO DA UN CHIERICO

Il 30 aprile 2001, Papa Giovanni Paolo II promulgò il *Motu Proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela [SST]*, con il quale l'abuso sessuale di un minore di 18 anni commesso da un chierico venne inserito nell'elenco dei *Delicta graviora* riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede [CDF]. La prescrizione per questo Delitto venne fissata in 10 anni a partire dal compimento del 18° anno di età della vittima. La normativa del *Motu Proprio* vale sia per i chierici latini che per i chierici orientali, sia per il clero diocesano che per il clero religioso.

Nel 2003, l'allora Prefetto della CDF, il Card. Ratzinger, ottenne da Giovanni Paolo II la concessione di alcune Facoltà speciali per offrire maggiore flessibilità nelle Procedure penali per i *Delicta graviora*, fra cui l'uso del Pro-

cesso penale amministrativo e la richiesta della Dimissione *ex officio* nei casi più gravi. Queste Facoltà vennero integrate nella revisione del *Motu Proprio* approvata dal Santo Padre Benedetto XVI il 21 maggio 2010. Nelle nuove norme, la prescrizione è di 20 anni, che nel caso di abuso su minore, si calcolano a partire dal compimento del 18° anno di età della vittima. La CDF può eventualmente derogare alla prescrizione in casi particolari. Venne anche specificato il Delitto canonico dell'acquisto, detenzione o divulgazione di materiale pedopornografico.

La responsabilità nel trattare i casi di abuso sessuale nei confronti di minori spetta in un primo momento ai Vescovi o ai Superiori maggiori. Se l'accusa appare verosimile, il Vescovo, il Superiore maggiore o il loro delegato devono condurre un'indagine preliminare secondo il Can. 1717 CIC, il Can. 1468 CCEO e l'Art. 16 SST. Se l'accusa è ritenuta credibile, si richiede che il caso venga deferito alla CDF. Una volta studiato il caso, la CDF indicherà al Vescovo o al Superiore maggiore i passi ulteriori da compiere. Al contempo, la CDF offrirà una guida per assicurare le misure appropriate, sia garantendo una Procedura giusta nei confronti dei chierici accusati, nel rispetto del loro diritto fondamentale per la difesa, sia tutelando il bene della Chiesa, incluso il bene delle vittime. È utile ricordare che normalmente l'imposizione di una Pena perpetua, come la *Dimissio* dallo stato clericale, richiede un Processo penale giudiziale. Secondo il Diritto canonico (cfr. Can. 1342 CIC) gli Ordinari non possono decretare Pene perpetue per mezzo di Decreti extragiudiziali; a questo scopo devono rivolgersi alla CDF, alla quale spetterà il giudizio definitivo circa la colpevolezza e l'eventuale inidoneità del chierico per il ministero, nonché la conseguente imposizione della Pena perpetua (SST, Art. 21, §2).

Le misure canoniche applicate nei confronti di un chierico riconosciuto colpevole dell'abuso sessuale di un minorenne sono generalmente di due tipi: 1) misure che restringono il ministero pubblico in modo completo o almeno escludendo i contatti con minori. Tali misure possono essere accompagnate da un Precetto penale; 2) le Pene ecclesiastiche, fra cui la più grave è la *Dimissio* dallo stato clericale.

In taluni casi, dietro richiesta dello stesso chierico, può essere concessa *pro bono Ecclesiae* la Dispensa dagli obblighi inerenti allo stato clericale, incluso il celibato.

L'indagine preliminare e l'intero Processo debbono essere svolti con il dovuto rispetto nel proteggere la riservatezza delle persone coinvolte e con la debita attenzione alla loro reputazione.

A meno che ci siano gravi ragioni in contrario, il chierico accusato deve essere informato dell'accusa presentata, per dargli la possibilità di rispondere ad essa, prima di deferire un caso alla CDF. La prudenza del Vescovo o del

Superiore maggiore deciderà quale informazione debba essere comunicata all'accusato durante l'indagine preliminare.

Compete al Vescovo o al Superiore maggiore il dovere di provvedere al bene comune determinando quali misure precauzionali previste dal Can. 1722 *CIC* e dal Can. 1473 *CCEO* debbano essere imposte. Secondo l'Art. 19 *SST*, ciò deve essere fatto una volta iniziata l'indagine preliminare.

Va infine ricordato che, qualora una Conferenza episcopale, salva l'approvazione della Santa Sede, intenda darsi norme specifiche, tale normativa particolare deve essere intesa come complemento alla Legislazione universale e non come sostituzione di quest'ultima. La normativa particolare deve perciò essere in armonia con il *CIC / CCEO* nonché con il *Motu Proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela* (30 aprile 2001) così come aggiornato il 21 maggio 2010. Nel caso in cui la Conferenza decidesse di stabilire norme vincolanti sarà necessario richiedere la *Recognitio* ai competenti Dicasteri della Curia Romana.

III. INDICAZIONI AGLI ORDINARI SUL MODO DI PROCEDERE

Le Linee guida preparate dalla Conferenza episcopale dovrebbero fornire orientamenti ai Vescovi diocesani e ai Superiori maggiori nel caso fossero informati di presunti abusi sessuali nei confronti di minori, compiuti da chierici presenti sul territorio di loro giurisdizione. Tali Linee guida tengano comunque conto delle seguenti osservazioni:

a.) il concetto di “abuso sessuale su minori” deve coincidere con la definizione del *Motu Proprio SST* Art. 6 (“il Delitto contro il Sesto Comandamento del Decalogo commesso da un chierico con un minore di diciotto anni”), nonché con la prassi interpretativa e la Giurisprudenza della Congregazione per la Dottrina della Fede, tenendo conto delle Leggi civili del Paese;

b.) la persona che denuncia il Delitto deve essere trattata con rispetto. Nei casi in cui l'abuso sessuale sia collegato con un altro Delitto contro la dignità del Sacramento della Penitenza (*SST*, Art. 4), il denunciante ha diritto di esigere che il suo nome non sia comunicato al sacerdote denunciato (*SST*, Art. 24);

c.) le autorità ecclesiastiche si impegnino ad offrire assistenza spirituale e psicologica alle vittime;

d.) l'indagine sulle accuse sia fatta con il dovuto rispetto al principio della *privacy* e della buona fama delle persone;

e.) a meno che ci siano gravi ragioni in contrario, già in fase di indagine previa, il chierico accusato sia informato delle accuse con l'opportunità di rispondere alle medesime;

f.) gli Organi consultivi di sorveglianza e di discernimento dei singoli casi, previsti in qualche luogo, non devono sostituire il discernimento e la *potestas regiminis* dei singoli Vescovi;

g.) le Linee guida devono tener conto della Legislazione del Paese della Conferenza, in particolare per quanto attiene all'eventuale obbligo di avvisare le Autorità civili;

h.) in ogni momento delle Procedure disciplinari o penali sia assicurato al chierico accusato un sostentamento giusto e degno;

i.) si escluda il ritorno del chierico al ministero pubblico se detto ministero è di pericolo per i minori o di scandalo per la comunità.

CONCLUSIONE

Le Linee guida preparate dalle Conferenze episcopali mirano a proteggere i minori e ad aiutare le vittime nel trovare assistenza e riconciliazione. Esse dovranno indicare che la responsabilità nel trattare i Delitti di abuso sessuale di minori da parte dei chierici appartiene in primo luogo al Vescovo diocesano. Infine, le Linee guida dovranno portare ad un orientamento comune all'interno di una Conferenza episcopale aiutando ad armonizzare al meglio gli sforzi dei singoli Vescovi nel salvaguardare i minori.

3 maggio 2011

II. STUDIA

Decidere e giudicare nella Chiesa¹

PAOLO GHERRI

SOMMARIO: Introduzione. 1. I termini della questione. 2. L'orizzonte. 3. *In Iure*. 4. Giurisdizione e potestà: quale fondamento?

SUMMARY: *Introduction. 1. The terms of the question. 2. The horizon. 3. In Iure. 4. Jurisdiction and authority: what foundation?*

INTRODUZIONE

I termini “decidere” e “giudicare” utilizzati nel titolo di questa “Sesta Giornata canonistica interdisciplinare” possono far pensare dal punto di vista giuridico a due attività non solo *differenti* ma in qualche modo *contrapposte* o in reciproca dialettica. In effetti su questo ‘equivoco’ si gioca –consapevolmente– una parte della forza evocativa del titolo stesso delle due giornate di studio che vorrebbe attirare l’attenzione tanto degli addetti all’*attività giudiziale* nella Chiesa (attratti dal “*giudicare*”) che degli addetti all’*attività di governo* o *amministrativa* (tendenzialmente più familiarizzati col “*decidere*”).

In realtà, però, anche in ambito giuridico, “*giudicare*” e “*decidere*” non sono due attività disgiunte/alternative, come genericamente può apparire a prima vista, ma le *tappe finali* di uno stesso percorso che, a seconda della ‘sede’ giuridica (o anche solo ‘istituzionale’) in cui viene posto, assume specificità diverse (giudiziarità o esecutività) ma in realtà non trova effettive differenze

1 *Instrumentum laboris* di inquadramento e preparazione della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema “Decidere e giudicare nella Chiesa”, tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense nei giorni 8-9 marzo 2011.

sostanziali nella propria articolazione di base da parte del soggetto (anche pluri-personale) che deve compiere quell'azione: il giudicante-decidente, Tribunale, Consiglio, Autorità che sia...

Non di meno, anche i sostantivi “*giudizio*” e “*decisione*” pongono importanti problemi a livello di comprensione ordinaria, sembrando indicare –ancora una volta– realtà diverse ed in qualche modo reciprocamente incomparabili per quanto, invece, *funzionalmente subordinate*, poiché una ‘decisione’ non fondata in un ‘giudizio’ adeguato rischia di ridursi a semplice ‘opzione’... ciò che, però, in ambito istituzionale/giuridico andrebbe ben oltre la *discrezione* assumendo i connotati dell’*arbitrio*.

Si aggiunga a ciò il fatto che “*giudizio*” e “*decisione*” non sono immuni da referenzialità strutturali ai temi della *volontà* ed *autorità* (come anche già rilevato indirettamente nella Terza Giornata canonistica²) a cui si collegherebbero –e di fatto così è stato per secoli(!)– quelli della *giurisdizione* e del *potere/potestà*, che però nella Chiesa devono ottenere uno ‘statuto concettuale’ tanto più chiaro e trasparente quanto unicamente s’indirizzino ad essere *meri strumenti operativi* per l’efficace conseguimento della sua missione di salvezza. Altri elementi ‘tematici’ complementari allo stesso ‘statuto concettuale’ sono rinvenibili negli apporti della Quarta Giornata canonistica³.

La specificità di questa “Giornata canonistica interdisciplinare” si pone pertanto nel proseguire con decisione la necessaria ‘*explicitio terminorum*’ già intrapresa nel tempo quale ‘peculiarità’ dell’iniziativa⁴ in vista soprattutto dell’ampliamento e consolidamento dello ‘*statuto concettuale*’ di base delle *Istituzioni ecclesiali* cui la Canonistica contemporanea deve indirizzarsi per continuare ad offrire alla Chiesa il proprio specifico e qualificato servizio, non riducibile –di principio– alla sola *conoscenza* del dettato/testo normativo/legale.

Il maggior impegno teoretico da affrontare nella riflessione su “decidere e giudicare nella Chiesa” consisterà, pertanto, nella necessaria separazione e distinzione non solo tra il c.d. linguaggio *ordinario/naturale* e quello *tecnico*, ma ancor di più: tra *differenti linguaggi tecnici*, quali sono senza dubbio

2 Cfr. P. GHERRI (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2009.

3 Cfr. P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.

4 Cfr. P. GHERRI, *Premessa metodologica alla Giornata canonistica interdisciplinare*, in P. GHERRI (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007, 11-48.

[a] quello gnoseologico, [b] quello coscienziale, [c] quello psicologico, [d] quello giuridico⁵, tutti contemporaneamente implicati nelle *stesse dinamiche*, delle *stesse azioni*, delle *stesse persone*, comportando –ancora una volta– il necessario riferimento all’unico vero ‘soggetto’ di ogni attività intra-storica: la persona⁶.

La complessa ‘struttura’ –e l’irrinunciabile unitarietà– dell’agente personale continuano così a comportare un approccio interdisciplinare ed uno scambio che, solo se veramente ‘paritari’, potranno risultare davvero fecondi per la crescita di consapevolezza anche degli operatori dell’uno come dell’altro ambito (processuale o amministrativo) del Diritto, non solo canonico, cui questa iniziativa si rivolge espressamente. La centralità della *persona* quale riferimento e ‘misura’ dell’*agire istituzionale*⁷ sollecita, non di meno, il progredire della *riflessione fondamentale* propria della “*visione istituzional-personalista*”⁸ tanto del fenomeno giuridico in sé e per sé che di quello canonico in modo del tutto specifico.

5 E questo secondo differenti specificità in base alla diversa consistenza e configurazione dei diversi Ordinamenti giuridici.

6 Cfr. P. GHERRI (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008.

In proposito si ritiene corretto –e necessario– parlare soltanto di “persona” e non di “persona umana” poiché fuori dell’ambito strettamente teologico (=discorso *su* Dio) non si danno altre ‘*persone*’ che *le donne e gli uomini concretamente esistenti*.

7 Che è comunque sempre agire di *persone concrete*, per quanto non ‘per se stesse’ ma all’interno di Istituzioni ed in nome e per conto di esse e delle funzioni sociali loro proprie.

8 «Il quarto risultato [...] riguarda l’effettiva possibilità di concretizzare una prospettiva teoretica generale del Diritto canonico in chiave ‘*istituzional-personalista*’, proponendo una visione dell’Ordinamento canonico e della giuridicità del vissuto ecclesiale in cui la preminenza pressoché assoluta delle funzioni ministeriali svolte nella/dalla Chiesa (*munera*) ed attuate attraverso l’attività dei diversi tipi di ‘ministri’ costituisca soltanto il ‘polo’ funzionale di una vita di fede che non può mai prescindere dalle concrete persone dei fedeli che annunciano ed accolgono il Vangelo, che celebrano i Sacramenti ed attraverso di essi crescono nella propria configurazione a Cristo, modellati dall’azione dello Spirito santo per una piena e definitiva santità. Il binomio istituzione-persona sarebbe, così, adatto a declinare l’aspetto invariante (istituzionale) della vita secondo il Vangelo (*depositum fidei*) ed apostolicità della Chiesa) in rapporto a quello assolutamente personale concretamente realizzato e perseguito da ogni battezzato, evidenziando nella componente istituzionale non un *quid* in qualche modo autonomo ed autoreferenziale con cui i fedeli sarebbero quasi ‘costretti’ a confrontarsi più o meno conflittualmente, ma la semplice ‘formalizzazione’ di ‘ruoli’ e ‘funzioni’ (*ministeria, munera, officia*) che concretizzano l’esercizio articolato ed ordinato del *ministeriale sacerdotium* che *Lumen Gentium* presenta come funzionale alla comune condizione di ogni battezzato (*commune sacerdotium*), in una prospettiva che non necessita per esistere e funzionare di null’altro che della stessa esistenza ecclesiale e della *Traditio* che la rende possibile». P. GHERRI, *Bilancio canonistico*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), 854-855; anche in: P. GHERRI (ed.), *Diritto canonico, Antropologia*, 396-397.

1. I TERMINI DELLA QUESTIONE

1.1 *Decidere, decisione*

Dal punto di vista concettuale/filosofico, la *decisione* è stata messa a tema ‘autonomamente’ soprattutto a partire dalla Filosofia ottocentesca (dopo essere stata tradizionalmente considerata nell’ambito di una più ampia teoria dell’agire umano); in entrambe le prospettive, tuttavia, si è stati inclini a conletterla alla *volontà*, come passaggio previo all’*azione*⁹: desiderio¹⁰ => decisione => azione.

«In un’accezione tradizionale, la decisione può essere intesa come il secondo momento dell’atto volitivo: quello che –stando alla ricostruzione scolastica– segue la *deliberazione* e precede l’*esecuzione*. Si tratta del momento che, come suggerisce l’etimo latino, “tronca” il momento deliberativo; e che è anche detto, con altro traslato, *risoluzione*. La decisione riassume sinteticamente la posizione dello spirito umano di fronte alle varie forze presenti alla coscienza, e implica appunto una dichiarazione di preferenza. L’idea o il motivo prevalente, tale perché scelto dalla volontà, determina l’azione»¹¹.

Lo stesso interessamento esistenzialista del secolo scorso (Heidegger, Jaspers, Caturelli, Tiberghien), ha posto in forte rilievo la componente ‘riflessiva’ del decidere di sé –coinvolgendo il tema della *libertà*– continuando a prescindere completamente dalla *componente cognitiva*¹². Non di meno, anche il tema delle ‘motivazioni’ è stato ordinariamente affrontato solo in termini di

9 «Con una decisione *ci si impegna* a seguire il corso d’azione che, date le circostanze e il fine che si intende perseguire pare relativamente più vantaggioso a chi decide». A. LA SPINA, Voce: *Decisione*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, III, Milano, 2006, 2576 (di seguito abbreviata in: “*Enciclopedia filosofica 2006*”). «Paul Ricoeur intende la decisione come quel momento deliberativo che fa scattare l’azione. Fra tutti gli atti che designano “quel che c’è da fare”, la decisione si distingue in quanto: 1) designa categoricamente un’azione propria; 2) attraverso di essa il soggetto prende posizione e fa sì che qualcosa sia. Il carattere “categorico” della decisione la distingue da altre modalità del volontario, quali la velleità, l’auspicio e il comando (P. RICOEUR, *Le Volontaire et l’involontaire*, t. 3, Paris, 1964, 45)». D. MORANDO - E. SEVERINO - P. PAGANI, Voce: *Decisione*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 2578.

10 Così, almeno, lo intendeva chiaramente Schopenhauer, affermando che l’atto di volontà, fintanto che è considerato in divenire, si chiama “desiderio”, quando invece è ormai compiuto si chiama “decisione” (cfr. A. SCHOPENHAUER, *Preisschrift über die Freiheit des menschlichen Willens*, cap. II, citato da: D. MORANDO - E. SEVERINO - P. PAGANI, Voce: *Decisione*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 2578.

11 *Ibidem*.

12 Cfr. A. LA SPINA, Voce: *Decisione*, 2576.

‘libertà’, rimanendo in ambito prevalentemente *volitivo* e trascurando la *portata cognitiva* della ‘motivazione’¹³. L’avvento delle Discipline psicologiche –con Freud (1856-1939)–, d’altra parte, aveva già incentivato lo spostamento dell’ambito motivazionale sul versante ‘emotivo’, finendo inevitabilmente per annullare la *componente cognitiva* della motivazione.

L’embargo della *conoscenza* in riferimento alla *decisione* pare essersi interrotto solo di recente con la sua considerazione nella prospettiva del “*problem solving*” (=la soluzione di problemi, visti come scostamenti tra le situazioni di fatto date e ciò che il decisore ritiene desiderabile) indotta dagli studi sull’intelligenza artificiale¹⁴. Vengono così in risalto le *competenze* di cui il decisore è portatore e «che lo inducono a vedere il problema e a concepire le alternative in un certo modo»¹⁵ ...e con esse –finalmente– la *conoscenza*, richiamata anche dal bisogno di ‘informazioni’ di cui strutturalmente i ‘processi decisionali’ automatizzati necessitano. Questo, d’altro canto, ha però riconfermato l’insufficienza del solo apporto ‘informativo’ di fronte al forte peso giocato dal ‘fattore psicologico’: in particolare l’avversione/propensione al rischio¹⁶.

Non si può tuttavia ignorare come, in ambito giuridico, le cose assumano coordinate differenti: un approccio volitivo-emotivo, infatti, non è in grado di dar ragione della forte *richiesta di motivazioni* (condivisibili-accettabili) che così spesso si coglie nel vissuto reale davanti ad ogni ‘decisione’ che riguardi o coinvolga la vita delle persone. In tali casi, infatti, ciò che si richiede non è l’esplicitazione dei ‘gusti’ del decidente, o dei suoi desideri o propositi, ma delle sue ‘ragioni’, degli elementi cioè –anche ‘concreti’– la cui *conoscenza* ha indotto la decisione in oggetto. Tanto maggiormente tali ‘elementi’ saranno conosciuti e conoscibili (=ragioni), tanto maggiormente cresceranno le pro-

13 «Il concetto di motivazione si connette con quelli di causalità e d’intenzione, riferendosi, come segnala anche l’etimo, agli aspetti di tensione dinamica e motilità colti nei rapporti con le mete cui si dirigono le diverse azioni. Il tema della motivazione è andato del resto sempre più imponendosi e precisandosi nella moderna Psicologia: [...] e ciò a onta dei tentativi riduzionisti e dei fraintendimenti tipici delle mode cognitiviste e comportamentiste, caratterizzate da relativa chiusura, da titubanze e perplessità verso il pieno riconoscimento delle componenti affettive dell’agire umano (e animale)». P. BONAIUTO - V. BIASI, Voce: *Motivazione*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 7651-7652.

14 Cfr. H.A. SIMON, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge, 1969.

15 A. LA SPINA, Voce: *Decisione*, 2576, oltre alle «*motivazioni*, che lo inducono a individuare certi fini e a intraprendere certi processi decisionali». *Ibidem*.

16 «Si è osservato, inoltre, come il modo di presentare un problema decisionale, per esempio descrivendo un’opzione positivamente o negativamente, possa influenzare significativamente le scelte. Si viola così il principio normativo secondo cui la descrizione di un problema o la procedura con cui è affrontato, se logicamente equivalenti, non dovrebbero influire sulle preferenze e sulle decisioni finali». P. LEGREZZI, Voce: *Decisione, teoria della*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 2580.

babilità di condivisione/accettazione anche delle loro ‘naturali’ conseguenze (=decisione).

Occorre considerare inoltre come in campo giuridico, mentre di per sé non rilevano i ‘sentimenti’ e le ‘emozioni’ (*de internis non iudicat Prætor*), abbiano invece grande valore sia l’*ignoranza* che l’*errore*, proprio come vizi della *conoscenza* che incidono sulla *volontà* giuridicamente necessaria/rilevante affinché si abbiano “atti giuridici” validi: non si può ‘volere’ ciò che non si conosce o non si conosce in modo corretto!¹⁷ Un atto di volontà (=decisione) posto per/con *difetto di adeguata conoscenza* (=ignoranza o errore) è claudicante, aprendo qualche volta all’invalidità (*ex tunc*) e, molto più spesso, alla rescindibilità (*ex nunc*) di quanto incongruamente ‘deciso’, poiché –in fondo– non pienamente ed intenzionalmente ‘voluto’¹⁸.

È necessario considerare anche, soprattutto per i giuristi (e lo specifico taglio delle presenti riflessioni), la differenza sostanziale tra la *decisione per se stessi* (di cui s’interessa principalmente la Psicologia) e quella *per altri*, come sono sempre quelle di governo e quelle giudiziali/arie¹⁹. Anche a questo livello l’elemento cognitivo rileva specificamente ed in modo strutturale, poiché chi decide di altri (terzi) non può che farlo in base ad una ‘disponibilità’ degli elementi cognitivi necessari alla decisione stessa, che solitamente non gli è, però, connaturata. Chi, infatti, *decide di se stesso* (e per se stesso) dovrebbe ‘sapere’ e ‘conoscere’ quanto lo riguarda²⁰, chi, invece, deve *decidere di altri* (e ‘per’ loro) facilmente incontra proprio la difficoltà dell’*adeguata conoscenza* che, quindi, deve essere considerata come ‘parte’ *integrante/strutturale* della questione, senza che elementi diversi come la *potestà/giurisdizione* o l’*autorità* possano in qualche modo soccorrere *ab extrinseco* tale assenza. Proprio come accade in ambito di governo ed in Tribunale a chi debba decidere di fatti che ‘non conosce’.

Su tale decisione, poi, ricade anche la *responsabilità*²¹ in quanto rivolta al futuro dell’azione da compiere: un futuro che non è *ab-solutus*, prendendo

17 Secondo l’assioma scolastico “*nihil volitum quin præcognitum*” che impediva la pericolosa frattura tra conoscenza e volontà.

18 CIC, Can. 126. «L’atto posto per *ignoranza* o per *errore*, che verta intorno a ciò che ne costituisce la sostanza, [...] è nullo; altrimenti vale, se dal Diritto non è disposto altro, ma l’atto intrapreso per *ignoranza* o per *errore* può dar luogo all’azione rescissoria a norma del Diritto».

19 La formula, inusuale, è opportuna per rispettare e valorizzare la diversa terminologia civilistica e canonistica in materia.

20 Cfr. CIC, Can. 15 §2 secondo cui «l’*ignoranza* o l’*errore* [...] su un fatto personale non si presumono».

21 «Chi non voglia agire impulsivamente, ma per atti elettivi, deve prendere la sua decisione dopo aver

consistenza autonomamente, ma ‘in conseguenza’ (almeno parziale) di quanto precedentemente deciso da chi aveva tale compito, tanto più se in modo ‘istituzionale’, com’è per l’attività di governo e quella giudiziale/aria.

1.2 Giudicare, giudizio

Anche a riguardo della nozione di *giudizio*, la questione della sua identificazione e definizione dal punto di vista concettuale/filosofico sembra porsi manifestamente in termini molto diversi da quelli cui il giurista è istintivamente portato, soprattutto dal punto di vista cognitivo.

1.2.1 Giudizi esistenziali

L’approccio filosofico primario²², infatti, pone in netta evidenza (e preminenza)²³ la *componente cognitiva del giudizio*²⁴ quella, cioè, che da Aristotele a Kant alla Logica moderna e contemporanea ha collocato il giudizio all’interno degli ‘strumenti’ della conoscenza, facendone il principale responsabile delle *affermazioni cognitive*.

In tal modo il *giudizio* (di ‘esistenza’²⁵) viene colto non nella sua necessaria connessione e finalizzazione all’*azione umana* come tale, ma soltanto come strumento della *conoscenza*, promuovendone una concezione sostanzialmente ‘formale’. Ciò comporta però una radicale svalutazione della sua portata ‘esistenziale’ ed ‘operativa’ cui, per contro, tendono a rifarsi tanto l’approccio *estetico* che quelli *morale* e *giuridico*.

Un tale giudizio si ‘limita’ così ad essere mero ‘strumento’ della sola ‘ragione’: una sorta di ‘moto/attività’ ad essa interno, che contribuisce –sol-

riflettuto sul da farsi e vagliato il pro e il contro delle varie possibilità che gli sono aperte dinanzi. Ciò significa che tutta la personalità è impegnata nella decisione, e che questa implica *responsabilità*». D. MORANDO - E. SEVERINO - P. PAGANI, Voce: *Decisione*, 2578; cfr. P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.

22 Si veda la citata *Enciclopedia filosofica 2006* che sviluppa le seguenti voci: *giudizi analitici e sintetici, giudizi divisivi, giudizi esistenziali, giudizi estetici, giudizi limitativi, giudizio, giudizio apodittico, giudizio assertorio, giudizio condizionale e sillogismo condizionale, giudizio descrittivo, giudizio determinante, giudizio e Filosofia pratica, giudizio estetico, giudizio giuridico, giudizio morale, giudizio pratico, giudizio problematico, giudizio riflettente, giudizio teleologico*.

23 Forse non senza un certo stupore per la cosa in sé.

24 Rispetto a quella ‘potestativa’: del tutto assente.

25 Cfr. S. CAMELLA, Voce: *Giudizi esistenziali*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 4823-4824.

tanto– al suo esercizio ma senza varcarne le soglie. Tale giudizio –di mera *esistenza*– in questo modo ‘struttura’ ed ‘esprime’ la conoscenza, prestandosi quale semplice strumento per la costruzione degli *asserti* –detti anche (significativamente!) “giudizi (esistenziali)”– attraverso i quali la conoscenza umana progredisce in modo ‘predicativo/proposizionale’²⁶. In tal modo, al di là di ogni successiva articolazione funzionale in differenti tipologie di giudizio, si enfatizza una visione del giudizio come *affermazione di ‘verità predicativa’* circa la consistenza o meno del rapporto enunciato tra ‘soggetto’ e ‘predicato’²⁷, in una concezione puramente vero-funzionale che non può vantare alcun rapporto con la realtà (a cui tende, invece, la c.d. verità aletica) né con la vita, limitandosi –appunto– alla sola ‘verità’ dell’enunciato, della quale –non di meno– un giudizio di tal sorta non pare in grado di rendere adeguata ragione.

La storia del pensiero occidentale, di fatto incardinata (per questa tematica) su Aristotele e Kant, mostra però una sorta di strabismo/schizofrenia concettuale quando, nella concretezza di una riflessione più ampia, si trova a dover re-introdurre, per altra via, la dimensione/portata/funzione ‘pratica’ del giudizio, assolutamente necessario per un sensato discorrere sull’attività umana concreta. Ecco, allora, ri-apparire i *giudizi ‘pratici’* espressamente indirizzati all’azione²⁸: è la *ragion pratica* che –storicamente– integra Etica, Morale e Diritto ...fino alla più recente Politica.

La quantità e qualità delle affermazioni via via poste in tale ambito, tuttavia, per quanto spesso in se stesse vevoli e condivisibili, non supera affatto il problema dello scarto tra ‘puro’ e ‘pratico’, *universalità* e *contingenza*, *essenze* ed *enti* (come variamente monumentalizzati sia negli aristotelismi che nei kantismi) continuando a mantenere il giudizio come semplice ‘tappa’ interna alle dinamiche cognitive ...tanto ‘pure’ che ‘pratiche’, continuando ad alimentare le problematiche fondamentali sul rapporto tra le due dimensioni/parti della realtà: noumenica e fenomenica (secondo il vocabolario kantiano, di fatto ormai ampiamente recepito e metabolizzato).

26 Attraverso, cioè, ‘affermazioni’ che vengono poste in relazione alla realtà o a ‘parti’ di essa, secondo le specifiche della c.d. Logica proposizionale.

27 Ciò che corrisponde alla c.d. Teoria corrispondentistica della verità maturata lungo la Scolastica e rilanciata da A. Tarski.

28 Di fatto ancora assolutamente formalistici in quanto basati, ancora una volta, su di un sillogismo che, seppur ‘pratico’ nulla perde del proprio carattere formalistico (*deontico*, anziché *modale*, ma pur sempre deduttivo) e, quindi, sostanzialmente a-valutativo (per tutta la questione ‘logica’ si veda: G. BASTI - P. GHERRI [edd.], *Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011 - attualmente in preparazione).

L'evidente esistenza ed irriducibilità (tra i giudizi *pratici*²⁹) di giudizi *estetici*³⁰ e giudizi *morali*³¹ non fa altro che parcellizzare ancora maggiormente lo stesso concetto di giudizio, limitandone sempre più la portata e la consistenza, col moltiplicarne le 'specie'.

1.2.2 Giudizi 'comparativi'

Ciò però che non emerge in questa prospettiva (costituendone invero l'intrinseca debolezza e la difficile accettabilità teoretica e fondativa) è la portata dell'indispensabile elemento 'pre-giudiziale', quello, cioè, previo al giudizio di verità/congruità, tanto 'puro' che 'pratico'³²: il 'pre-supposto' (assioma, dogma...). Di fatto, anche le più acute riflessioni sui 'tipi' di giudizio e sulla loro consistenza non mettono (mai?) in luce le 'modalità' del giudizio... la sua 'struttura interna': *in primis* la sua irrinunciabile *struttura comparativa*.

Di fatto: non esiste giudizio alcuno dove non si abbia *comparazione*! Né si dà 'vero' giudizio tra elementi della stessa 'specie'³³. Costitutiva del giudizio è, infatti, la possibilità/capacità di 'conversione' ad un'unica *ratio* di elementi, valori, fattori, *costitutivamente* differenti e –di per sé– incomparabili: proprio quello che –il 'metafisico'(!)– Hume rifiutava³⁴. Diversamente non si avrebbe 'giudizio' ma semplice 'calcolo': come tanto desiderava (non meno metafisicamente) Leibniz³⁵!

29 Cfr. S. ALBERGHI - L. CORTELLA, Voce: *Giudizio pratico*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 4841-4842.

30 Cfr. C. NOLET, Voce: *Giudizi estetici*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 4824; G. GARELLI, Voce: *Giudizio estetico*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 4839-4840.

31 Cfr. R. FANCIULLACCI, Voce: *Giudizio morale*, in *Enciclopedia filosofica 2006*, 4841.

32 Concretamente 'ciò' in base a cui si compilano le c.d. *tabelle di verità* circa le corrette attribuzioni tra soggetti e predicati. L'affermazione che la proposizione Q è vera o falsa oppure che essa è contraria ad S o equivalente a T è, infatti, (e può solo essere!) il risultato di un 'giudizio' rispetto a 'qualcosa' che non è affatto contenuto né in tali tabelle, né in alcuna delle sole proposizioni in esse enunciate.

33 Essendo, infatti, questi in qualche misura reciprocamente rapportabili, la loro 'comparazione' si realizza secondo *criteri omogenei* di equivalenza, dimensione, forma... (v. *infra* nota n. 34).

34 Con la sua 'fallacia naturalistica' che, evidentemente, ignorava come il 'passaggio' tra l'ordine dell'*essere* (l'unico secondo cui, in fondo, egli stesso era in grado di pensare!) e quello del *dover essere* potesse attuarsi solo a livello non di *necessità* (*Metafisica*!) ma di *giudizio*.

35 «Quando sorgeranno controversie fra due filosofi, non sarà più necessaria una discussione, come [non lo è] fra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che essi prendano in mano le penne, si siedano di fronte agli abachi e (se così piace, su invito di un amico) si dicano l'un l'altro: *Calculemus!*». G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, Leipzig, 1666; (citato in: J.M. BOCHÈNSKI, *La Logica formale. La Logica matematica*, [A. CONTE, cur.] Torino, 1972, 357).

Di fatto, ogni giudizio necessita di ‘presupposti’ già saldamente posseduti: *conoscenze previe*, poiché ciò che non si ‘conosce’ già, non potrà mai essere ritenuto *elemento di comparazione* (attiva o passiva). Il giudizio di verità, o congruità, o necessità, o utilità³⁶, deve infatti pronunciarsi sempre per via ‘comparativa’ rispetto a qualcosa che faccia da ‘referente referenziato’ (l’unità di misura, il ‘*princeps analogatum*’ che, proprio perché *magis cognitum*³⁷, permette una almeno minima comparazione, fosse anche solo ‘analogica’). Sotto questo profilo va considerato anche come sia del tutto illusorio pensare al *giudizio* come alla ‘bilancia’ attraverso la quale si possa realizzare tale comparazione³⁸. In realtà, infatti, l’attività del *giudicare* (=dare/esprimere giudizi) non s’identifica affatto con la bilancia in se stessa, ma sta ‘fuori’ della bilancia, collocandosi espressamente nella *scelta* del giusto ‘contrappeso’ affinché la bilancia evidenzi il raggiungimento o meno dell’equilibrio degli elementi da comparare. Proprio la bilancia rende bene l’idea del vero giudicare come ricerca del giusto *equilibrio* (=bilanciamento) tra fattori assolutamente diversi e disomogenei, colti però, –*in casu*– *sub determinata specie*: il ‘peso’ per la bilancia (anziché la *dimensione*, la *capacità*, la *temperatura*, ecc.). Il ‘famoso’ kilogrammo di piume che ‘pesa’ quanto un kilogrammo di piombo!

Il *giudizio* è sempre un’operazione che si attua non per *similitudine* (come l’*analogia*³⁹) ma *per equivalenza* ...e la *equi-valenza* è sempre tale solo in riferimento ad una ‘valenza’ specifica e predeterminata prima ed al di fuori del suo strumento di ‘verifica’. La bilancia, in fondo, non “pesa” ma evidenzia l’equivalenza dei “pesi”.

1.3 Valutare, valutazione

Quanto –così– emerso in riferimento al giudizio come *ponderazione* e *comparazione*, pone in risalto l’elemento espressamente *valutativo* che, di fatto, ne costituisce il vero ‘cuore’, l’essenza irrinunciabile.

36 Passando dall’ambito ‘esistenziale’ (in relazione all’essere) a quelli pratici (in relazione all’agire).

37 «*Ergo quod est prius cognitum quodammodo est magis cognitum*». R. DEI GIROLAMI, *De bono communi*, in *Memorie domenicane*, nuova serie 16 (1985), cap. 11, primo (opera datata al 1301-1302, oggi presso la Biblioteca nazionale di Firenze alla collocazione “Conv. soppr. C 4.940 [1315-1316 ca.], ff. 97ra-106rb”, edita a stampa sulla citata Rivista “Memorie domenicane” del 1985 alle pagine 123-68).

38 Si noti come questa ‘immagine’ sia stata variamente utilizzata e referenziata proprio per esprimere la *dimensione comparativa del giudicare*. Non a caso la bilancia fu individuata come storica raffigurazione della giustizia.

39 Quale ‘bilanciamento’ tra similitudini e differenze.

Prendendo atto che la voce “valutazione” è assente nelle ordinarie ‘referenze’ concettuali di stampo filosofico⁴⁰, la sua concettualizzazione si rende maggiormente necessaria, per quanto più difficoltosa, proprio sotto il profilo concettuale (*explicatio terminorum*) che fa da raccordo di base alle presenti riflessioni.

Non pare discutibile la connessione semantica tra “valutare”, “valutazione”, “valore”, tanto nel senso di *riconoscere* che di *attribuire valore* a qualcosa⁴¹. Si tratta senza dubbio di un’attività espressamente e prettamente ‘umana’ nel senso più profondo del termine, in quanto riferentesi ad un’attività di complessità notevole che, non solo nessuna ‘macchina’ potrebbe attuare, ma –più profondamente– *ciascuno* attua in modo del tutto ‘personale’ ...e spesso anche discontinuo e non uniforme. Proprio l’*estrema personalità* di questa ‘operazione’ ha reso necessaria la messa a punto (sempre solo a livello di ‘criteri’) anche di una specifica Disciplina scientifica denominata “Estimo”⁴² il cui scopo consiste proprio nella corretta gestione di tale attività valutativa –o estimatoria, che dir si voglia–. Gli ambiti commerciale ed artistico possono dare una pur semplice idea di cosa significhi/comporti tal genere di attività, evidenziando con certezza la sua *radicale irriducibilità* a qualsiasi forma di ‘calcolo’ ed *automatismo deterministici*. La stessa irriducibilità del binomio *valore-costo*, di cui ciascuno ha esperienza pressoché quotidiana, testimonia la portata del problema anche solo a livello economico/commerciale, soprattutto quando gli ‘oggetti’ da valutare presentino caratteristiche di tutta specialità (tecnica o economica) oppure ‘dimensioni’ (mercato finanziario) o ‘requisiti’ fuori della portata delle singole persone. Non per nulla sono ormai di prassi

40 Sia nell’*Enciclopedia filosofica 2006*, che in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Treccani Filosofia*, Roma, 2008, sia in N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, 3 ed. agg. e ampl. (G. FORNERO, cur.) Torino, 1998; il termine è presente invece, indirettamente, in: D.M. BORCHERT (ed. in Chief), *Encyclopedia of Philosophy*, 2 ed., 9, Detroit et alii, 2006, 636-644 (voci: W.K. FRANKENA, *Value and valuation*; J.J. KUPPERMAN, *Value and valuation [addendum]*).

41 Non è, però, su questa ‘differenza’ che si concentra l’attenzione attuale.

42 «La stima o *estimo* è quella Disciplina che insegna ad esprimere motivati giudizi sul valore dei beni economici. Questi giudizi di valore, comunemente detti stime, si esprimono, generalmente, indicando la quantità di moneta reputata equivalente al valore dei beni stessi, perché nell’attuale economia monetaria, la misura di ogni valore dei beni economici viene espressa in moneta. Ma il valore dei beni economici non è un unico attributo fisso e permanente di essi e non dipende soltanto dalla loro intrinseca qualità; il valore, in senso economico, è un fatto dell’uomo e non una proprietà oggettiva dei beni. Sicché per uno stesso bene economico, nel medesimo tempo e luogo si possono avere più specie o tipi di valore, ciascuno di essi, peraltro, determinato quando sia noto il motivo, ossia la ragione pratica, ovvero ancora il fine che col richiesto giudizio si vuol raggiungere». N. FAMULARO, *Stima*, in A. AZARA - E. EULA (dir.), *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1971, 440.

comune le ‘perizie giurate’ oppure il ricorso alle c.d. ‘agenzie di *rating*’⁴³ attraverso cui i sistemi economici tentano di formalizzare in qualche modo qualcuno, almeno, degli elementi principali che concorrono alla necessaria ‘valutazione’ di molte componenti della nostra quotidianità, attribuendo il difficile compito estimatorio ‘ad altri’ in qualche modo esterni agli ‘oggetti’ di cui si tratta, nell’intento di conseguire una ‘oggettività’ di valutazione che superi la ‘soggettività’ di chi è ‘parte in causa’. Salvo dover considerare –*ex post*– anche l’inevitabile condizionamento che gli stessi ‘valutatori’ ricevono dall’essere loro stessi ‘parte del sistema’ valutativo⁴⁴.

Il problema non solo è non-deterministico⁴⁵, ma si pone spesso come anche extra-logico⁴⁶ rifiutando così di piegarsi a qualunque ‘strumento’ intellettuale che l’umanità sia riuscita a concepire e porre in atto⁴⁷. Tanto più che –come progressivamente risulta dagli studi neuropsichiatrici– sono proprio ‘zone’ diverse del cervello umano ad essere chiamate ad operare già in ragione degli ‘oggetti’ considerati e non solo delle loro (im/)possibili correlazioni (mentali).

In questo contesto (correlato al *giudizio*) andrebbe anche tenuto presente il fatto che la *valutazione* è, di per sé, *mono-referenziale*: si gioca, cioè, elemento per elemento, oggetto per oggetto, circostanza per circostanza. L’attività estimatoria propriamente detta, infatti, poiché ha come proprio obiettivo la ‘valutazione’ di singole ‘realtà’ (per quanto sempre all’interno di determinati ‘contesti’, comunque ‘complessi’) si realizza però per ciascun ‘oggetto’ separatamente (indipendentemente dalla sua articolatezza e complessità). Ciò acquista un maggior risalto se si consideri come, invece, il *giudicare* costituisca un’attività espressamente *pluri-referenziale* in quanto trova la propria consistenza e specificità proprio nel rapportare-tra-loro più ‘realtà’ distinte, spesso anche portatrici di ‘valutazioni’ diverse, disorganiche e disarmoniche; quando non anche contraddittorie.

43 Le più grandi e rinomate agenzie di *rating* mondiali sono “Standard&Poor’s” e “Moody’s”, seguite da “Fitch” ed altre minori e più settoriali.

44 Secondo il principio d’indeterminazione di Heisenberg o la prospettiva del circolo ermeneutico di Gadamer. Le vicende che hanno coinvolto negli anni 2008 e 2009 un certo numero di Istituti bancari ed Imprese connessi alle stesse Agenzie di *rating* con evidenti conflitti d’interesse nella certificazione di Bilanci, solvibilità, ed altri ‘fattori’ di controllo economico ne danno buona dimostrazione.

45 La preferenza del pistacchio rispetto al cioccolato.

46 È più buono il cioccolato o va più forte il treno?

47 Si consideri, nel caso, come la Logica sia solo uno di tali strumenti, certo efficace, ma non totalizzante.

Nessuna ‘operazione’ (=calcolo) dunque, né ‘tecnica’ (=procedimento) in senso proprio, alla base della *valutazione* che terminerà in un *giudizio* su cui si baserà una *decisione*... senza tuttavia che questo precluda nei fatti tanto la valutazione che il giudizio che la decisione di cui le nostre vite sono quotidianamente ricolme.

Quale *referenzialità*, dunque, occorre cercare e mettere in luce perché tutto ciò sia effettivamente ‘reale’ ed ‘umano’? Come dare fondamento e consistenza a tanta complessità?

Si è già accennato alla *conoscenza*, di cui ciascun soggetto è portatore. Sarà essa la principale fonte di ‘referenze’ cui attingere nel riconoscere o attribuire (a seconda dei casi/oggetti) la necessaria/inevitabile valutazione a quanto entri nell’interesse del momento. È così, d’altra parte, che funzionano espressamente le attività ‘formative’ di coloro che saranno professionalmente chiamati ad esprimere ‘valutazioni’: ci si esercita su decine e decine di ‘oggetti’ di cui si conoscono perfettamente le caratteristiche individuative e percettive effettivamente rilevanti in modo da acquisire un ‘bagaglio di conoscenze’ ed un’esperienza tali da poter offrire un attendibile riferimento o parametro d’individuazione delle componenti maggiormente significative e della loro corretta valorizzazione. Maggiore è l’*esperienza* di cui si dispone, maggiori saranno di fatto le *conoscenze* cui potersi riferire per esprimere valutazioni corrette e plausibili ...all’interno di un circolo virtuoso il cui ‘innesco’ e ‘volano’ rimane la conoscenza di cui ciascun soggetto è portatore, tanto consapevolmente che no⁴⁸. La controprova *in re ipsa* è data dai casi di amnesia, in cui è di tutta evidenza che proprio la perdita delle conoscenze precedentemente possedute produce una incapacità valutativa anche totale, poiché il soggetto si trova privato del *terminus a quo* (il *magis cognitum*) cui rapportare l’esperienza attuale.

Ciò apre, inevitabilmente, un ‘nuovo fronte’ nella riflessione concettuale su *giudizio* e *decisione* implicando, oltre al tema della *conoscenza* sin qui evocato, anche quello –complesso– delle ‘*motivazioni*’, cui si accennerà più oltre.

1.4 *Giudicare e decidere*

La necessaria relazione/dipendenza del *decidere* dal *giudicare* sin qui evidenziata permette così di porre in luce una componente assolutamente strutturale dell’*esperienza giuridica* occidentale (cui il Diritto della Chiesa appartie-

48 Poiché l’esperienza spesso lascia ‘segni’ ben più efficaci della loro ‘evidenza’.

ne a pieno titolo), spesso né vista né sospettata da parte dei giuristi, nella sua costante presenza all'interno di ciascun Ordinamento giuridico, tanto storico, che vigente.

Si tratta proprio e allo stesso tempo della *irriducibilità* e –parziale– *indistinzione* e *separabilità* delle tre azioni di base di ogni *attività* che porti ad una ‘soluzione’ concreta da adottare: *valutare-giudicare-decidere*. Tre ‘momenti/fasi’ della stessa ‘attività’ che da secoli si cerca di ‘individuare’ con precisione e ‘separare’ e ‘garantire’ attraverso le più diverse *formalizzazioni*, in modo da poter (presumere di) prenderne/mantenerne in qualche modo il *controllo*. Una ‘attività’ però che, proprio perché assolutamente *personale* (propria, cioè, e peculiare di ogni e ciascun ‘soggetto’), continua a sottrarsi ad ogni possibile standardizzazione della sua sostanza più profonda. *Conoscere, valutare, giudicare e decidere*, infatti, *coinvolgono la persona* –tutta la persona– come tale, *la esprimono e la implicano* in modo irrinunciabile, al punto che nessuno può concretamente ‘farlo’ per qualcun altro. Quando anche, in effetti, si accettasse di ‘lasciar fare ad altri’ in realtà non si tratterebbe che di ‘assumere’ il risultato dell’*altrui attività decisionale* come valido anche per se stessi, ma non si potrebbe in alcun modo ‘far proprio’ il *processo decisionale* attuato da un’altra persona. Semplicemente si ‘condividerebbe’ la sua decisione.

Unico ‘rimedio’ in qualche modo strutturale che si è potuto tentare di mettere in atto per attuare/garantire questo ‘controllo’ è stato la molteplicità e la ridondanza dei ‘Giudici’ e dei ‘Giudizi’, richiedendo sia Giudici collegiali che diversi gradi di Istanza che conformità delle Sentenze, ecc. L’assicurazione/garanzia, cioè, del risultato della ‘attività’ (di *valutare-giudicare-decidere*) messa in atto da un Giudice, attraverso la sua –almeno– ‘compatibilità’ con quella operata da altri⁴⁹.

Allo stesso tempo emerge sempre maggiormente in tale ‘attività’ la determinazione del *conoscere* al fine di attuare adeguatamente il proprio *valutare-giudicare-decidere*. La *conoscenza* ...e non ‘la Legge’, come in molti credono convintamente, è il vero motore di questa ‘attività’. Non è la ‘norma’ infatti, né la/una *voluntas* o *auctoritas/potestas/iurisdictio* a costituire il fulcro del ‘pronunciamento’ potestativo giuridico ma un insieme di elementi che coinvolgono ed interrogano profondamente la *persona* del decidente, prima ancora che il destinatario della decisione.

49 Cfr. in questa prospettiva quanto già posto in luce durante la Quarta giornata canonistica del marzo 2009 (P. GHERRI [ed.], *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010).

In questa prospettiva occorre, pertanto, riconoscere che nessuna vera decisione viene mai assunta senza un previo giudizio, indicando così la giusta relazione tra le due attività: [prima] giudizio, [poi] decisione, senza che l'elemento terminologico immediato possa sconfessare la realtà secondo cui anche quella 'giudiziale' (la Sentenza) è una "decisione" vera e propria, non meno –di per sé– di un Decreto o di un Precetto o altro atto di potestà esecutiva di governo.

2. L'ORIZZONTE

Dopo aver (metodicamente) provveduto sin qui a "spareggiare le carte in tavola" attraverso la *recognitio critica* del sostanziale ambito di riferimento della tematica (*pars destruens* della ricerca), mettendone in luce almeno alcuni dei 'veri' elementi portanti –al di là della loro *comune percezione* (soprattutto 'giuridica'), è ora necessario 'dichiarare' l'obiettivo –il *target*– della riflessione in atto; obiettivo *unitario* ma *complesso* poiché articolato a *più livelli*.

In effetti, *termini, concetti, semantiche* (dal punto di vista filosofico) non meno che *procedimenti, norme ed Istituti giuridici* (da quello giuridico) non riescono ad esaurire in tutto il suo spessore la tematica proposta: c'è infatti un pre-supposto che, per quanto remoto, non può essere lasciato in ombra poiché sarebbe proprio esso a 'fare ombra' su qualunque accenno o ipotesi di 'risposta' che la riflessione potrebbe offrire. Si tratta, niente meno, che della *domanda di fondo* dell'intera Modernità (europeo-continentale) da cui hanno preso origine la maggior parte delle sue espressioni –soprattutto negative– non solo per il pensiero cristiano-cattolico ma per lo stesso pensiero in sé e per sé⁵⁰.

2.1 La domanda

Referente sostanziale della questione/materia è Immanuel Kant (1724-1804) con la sua 'necessaria' –a suo modo d'intendere– separazione tra [a] *percezione/rappresentazione della realtà* e [b] sua *consistenza ontologica*: il 'fenomeno' (il reale per noi) e il 'noumeno' (il reale in sé), e tutte le conseguenti forme e tappe dell'*incomunicabilità strutturale* tra 'soggetto' e 'oggetto'.

50 Come ben evidenziava Giovanni Paolo II nella sua "*Fides et Ratio*" (IOANNES PAULUS PP. II, *Litteræ encyclicæ de necessitudinis natura inter fidem et rationem: Fides et Ratio*, in AAS, XCI [1999], 5-88).

“Ragion pura” e “ragion pratica” –ereditate (di fatto!) da un profondo passato ultramillenario– continueranno a spartirsi le misere spoglie di una realtà ormai ridotta a soli ‘ingredienti’ (le ‘essenze’ oggetto della ‘ragion pura’, e suoi aventi parte anche nelle generazioni pregresse) e ‘procedimenti’ (tutto quanto da –quasi– sempre indicato come ‘pratico’), senza nessuna possibilità di gustare la ‘fragranza’ di *quanto davvero sperimentato* nel fatto/atto (nella ‘meraviglia’) di *vivere*. Come se si volesse sostituire un mastro pasticciere con ‘qualcuno’ che legga una ricetta stando seduto in dispensa, tra uova, burro, latte e sacchetti di farina, zucchero e cacao!

È il grande problema del ‘nostro’ possibile accesso alla realtà: problema che sarebbe tuttavia inutile voler affrontare dal punto di vista ‘ontologico’ (come, invece, fecero gli idealisti ‘tedeschi’) quando non se ne fossero dapprima poste –e confermate– le sicure basi gnoseologiche in riferimento all’effettiva portata e consistenza del ‘pensato’ umano⁵¹.

Problema *gnoseologico*, dunque, e non *ontologico*, problema che, se risolto a favore dell’efficacia della conoscenza umana –che anche le Scienze moderne e la derivata Tecnologia confermano inoppugnabilmente– non può che *riconoscere/accogliere* un reale ‘punto di contatto’ –un *transitus/medium*– tra le ‘due sponde’ irriducibili della *soggettività* e dell’*oggettività*. Esattamente quanto può essere individuato in modo corretto nell’attività –tipicamente ed esclusivamente umana e *personale*– dell’“esprimere giudizi”!

Ciò comporta due ‘corollari’ di portata –almeno giuridica– non trascurabile: vengono meno tanto [a] il riduzionismo del “*calculemus*” leibniziano⁵² che [b] il dualismo della fallacia naturalistica di Hume⁵³.

Le due posizioni (la prima delle quali costituisce soltanto un ‘consapevole’ miraggio, costantemente inseguito attraverso i secoli⁵⁴) nascondono in re-

51 Il vero problema, in effetti, non è il ‘pensare’ o il ‘pensiero’ umano ma il suo ‘prodotto/risultato’: chi/che cosa ne garantisce la ‘realtà’? Senza questa, infatti, il pensare/pensiero sarebbe solo una ‘sensazione’ ...più o meno gradevole, o debole.

52 Cfr. G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011 (attualmente in preparazione).

53 Cfr. P. GHERRI, *Norme e regole nella vita e nel Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXI (2008), 689-690, anche in: P. GHERRI, *Norme e regole nella vita e nel Diritto*, in P. GHERRI (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2009, 25-26.

54 Una di quelle cose che, secondo B. Russell, agli uomini piace tanto pensare: «gli esseri umani trovano difficile, in ogni campo, di basare le opinioni sulle prove invece che sulle proprie speranze [...] È facile inventare una Metafisica che abbia per conseguenza che l’induzione è valida, e molti l’hanno fatto; ma non hanno offerto alcun argomento, per farci accettare la loro Metafisica, oltre il fatto che essa è piacevole». B. RUSSELL, *La visione scientifica del mondo*, Bari, 1988, 12.

altà lo stesso pre-supposto/anelito: l'assenza dell'apporto umano (personale) nel 'rapporto' con la realtà ...senza, per altro, indicare 'chi' dovrebbe a quel punto 'rapportarsi' con tale realtà.

Entrambe, infatti, attendono/pretendono/cercano la soluzione dall'esterno: una soluzione che, però, non potrà mai venir data né a Leibniz, a causa dell'irriducibile complessità del reale –cui il soggetto sempre appartiene ...ed 'attivamente'–, né a Hume, con la sua pretesa –non meno deterministica– di assimilare la *necessità deontica* a quella *ontica* affinché, proprio per questa via, essa stessa s'imponga al soggetto 'modalmente': come il cieco impulso ad una inconsapevole macchina.

Non di meno va relegato tra le cianfrusaglie della soffitta il 'geniale' –quanto ingenuo– tentativo cartesiano di individuare 'dove' e 'cosa' avrebbe potuto/dovuto permettere –ancora fisicisticamente– tale interconnessione: la "ghiandola pineale"⁵⁵ in quanto *unico* elemento di 'asimmetria' del cervello umano (allora conosciuto); la bizzarria della proposta non la declassa tuttavia alla banalità totale dal punto di vista concettuale in quanto, almeno, Cartesio aveva provato a cercare 'qualcosa' che appartenesse non alla 'natura' in sé o alla 'ragione' soltanto, ma all'*uomo concreto*: un passaggio non scontato per la vestale del "*cogito*"!

2.2 Un'ipotesi di soluzione

Pur non potendosi trattare che di qualche 'sollecitazione', gli elementi sin qui rilevati ed i fattori messi in luce paiono già sufficienti per indicare la direzione in cui cercare una possibile soluzione: si tratta, rinunciando ad ogni estrinsecismo, di *porre al centro la persona*, il *soggetto agente*, colui che –unico– pone in essere le azioni di *giudicare* e *decidere* ...fino ad 'agire' nel senso più forte e concreto del termine⁵⁶.

È questo, d'altra parte, l'ambito cui anche 'classicamente' ci si è riferiti per tutta la riflessione c.d. 'pratica', costantemente riconosciuta come, almeno, inevitabile, anche nelle 'fasi' maggiormente metafisiche delle riflessioni occidentali.

Porre al centro la persona, l'agente, significa, però, *rimodulare il linguaggio* –ed i relativi concetti e significati– passando da una prospettiva

55 Cfr. R. DESCARTES, *Les passions de l'âme*, (s.l., 1649), I Partie, artt. 31, 32, in R. DESCARTES, *Opere*, II, Bari, 1967, 420-421.

56 Si rimanda, solo evocativamente, per indicare la portata di ciò a cui ci si riferisce a: M. BLONDEL, *L'Action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris, 1893.

‘statica’, com’è quella basata sulle *essenze*, ad una prospettiva ‘dinamica’, connessa, invece, all’*azione*. Sarà così necessario rinunciare –per quanto realmente possibile– ai ‘sostantivi’ (tutti astratti e, perciò, falsamente ‘univoci’ e, soprattutto, ‘reali’) per riconoscere il primato dei ‘verbi’ indicanti ‘azione’; non più, quindi: (‘la’) *valutazione*, (‘la’) *motivazione*, (‘il’) *giudizio*, (‘la’) *decisione*, ma: *valutare*, *motivare*, *giudicare*, *decidere*, ponendo nelle mani della persona come tale il compito e la responsabilità di ‘farlo’, agendo in tal modo/senso. E, non di meno, riconoscendo solo a lei tale capacità e possibilità. Cosa sarebbero, infatti, *decisione* e *giudizio* in un mondo delle ‘essenze’ in cui nulla si muove e nulla accade?⁵⁷ *Decidere* e *giudicare*, al contrario, ‘si fanno’. Appartengono necessariamente alla dimensione dell’*esistenza* e dell’*azione*: *singolare* e *personale* (non *universale*, né di un –generico/aspecifico– *ente*). E proprio nell’*esistenza* e nell’*azione* l’uomo ha la necessità, spesso inderogabile ed inevitabile, di dover *giudicare* e *decidere* ...e di doverlo fare proprio per ‘unire’, ‘congiungere’, ciò che nella realtà (percepita) appare –invece– diviso e separato ...o tale è diventato.

Si evidenzia così come sia *la persona come tale* a porsi quale ‘ponte’ tra le due ‘sponde’ della realtà: quella *oggettiva* (che le si pone di fronte) e quella *soggettiva* (che ‘è’ lei stessa), tenendole ‘connesse’, almeno in alcuni snodi irrinunciabili ...come una vera e propria ‘cerniera’. Ciò, tuttavia, sempre ‘agendo’: compiendo cioè quelle ‘operazioni’ che, uniche, possono offrirle il necessario risultato.

2.3 *Una luce sul cammino*

Quanto sin qui detto sembra trovare una buona base teoretica di riferimento nella riflessione (e nell’opera) del Gesuita canadese B. Lonergan (1904-1984)⁵⁸ il quale, nella sua teoria gnoseologica, pone il *giudicare* ed il *decidere* quali tappe qualificanti dello stesso processo del *conoscere* che vede appunto nella persona la propria ‘sede’ e referenza più autentica. Secondo Lonergan, infatti, ogni conoscenza (meglio: *azione di conoscere*) si articola sempre attraverso quattro azioni cicliche: *osservare*, *capire* (=avere *Insight*), *giudicare*, *decidere*, che ciascuno deve compiere, non essendo riconducibili

57 Senza che si possa utilizzare la *falsa dinamica* tra ‘potenza’ e ‘atto’ per surrogare una *vera azione*.

58 Docente di Teologia dogmatica presso la Pontificia Università Gregoriana negli anni Cinquanta e perito conciliare.

(kantianamente) alla ‘opera’(?) di ‘una/la’ ragione (pura o pratica)⁵⁹, ma della *persona* stessa, che diventa così la (unica) vera protagonista del rapporto con la realtà.

In questo, anzi, Lonergan non parla affatto di ‘ragione’⁶⁰: la dea sette-ottocentesca cui l’umanità aveva fatto voto (e scempio!) di sé... accettando di sacrificarle ogni altra componente/espressione della persona; dovendosi considerare anche come –per di più– l’*autogol* anti-razionalistico sia venuto addirittura non dal pensiero ‘cattolico’ ma da quello del ‘sospetto’ *razionalista/determinista* di Freud, con la sua consegna dell’uomo –anche– all’*inconscio* ed ai suoi ‘istinti’ indomiti.

Giudicare e decidere sono, invece, per Lonergan le due ‘tappe’ qualificate e qualificanti del *conoscere* (attivo) umano; tappe che si *percorrono* –solo– dopo aver ‘colto’ (attraverso l’*Insight*) il vero ‘cuore’ delle realtà a cui ci si sia accostati criticamente *osservando* con attenzione ciò che l’esperienza pro-pone (*ob-jetta*) a ciascun soggetto come effettivo ‘contatto sensibile’ con quella realtà cui lui stesso appartiene.

2.3.1 Giudicare in Lonergan

Secondo Lonergan l’intellezione delle realtà di cui si sia fatta esperienza genera “domande per intelligenza” che mettono in luce l’esistenza di “qualcosa da comprendere”⁶¹; le molteplici possibili risposte a queste domande vanno però vagliate per trattenere quelle che rispondano al ‘vero’ (almeno probabile): sono le “domande per riflessione” alle quali si risponde in modo *affermativo* o *negativo*⁶², integrandole o meno alla propria conoscenza. L’offrire risposte affermative o negative, l’essere d’accordo o in disaccordo, l’assentire o dissentire, sono frutto del *giudicare*. In tal modo il giudizio è l’*ultimo atto* in una serie che inizia dalle ‘presentazioni’ della realtà emergenti dall’osservazione critica ed avanza attraverso *comprensione* e *formulazione* (operate dall’intellezione) per raggiungere poi la *riflessione* (che si opera nel giudizio) e, di conseguenza, l’*affermazione* o *negazione*. Il contenuto peculiare del giudizio: il “sì” o “no”, costituisce così un parziale

59 Oppure, hegelianamente, di ‘uno/lo’ spirito.

60 Ma di “coscienza” ed “auto-coscienza”.

61 Cfr. B. LONERGAN, *Insight. Uno studio del comprendere umano*, Roma, 2007, 369.

62 L’autore si colloca, classicamente, nella linea dei giudizi come affermazioni/funzioni d’esistenza.

incremento ‘finale’ nel processo conoscitivo⁶³. Il giudizio, poi, in quanto accoglienza o rifiuto di una ‘comprensione’ della realtà, costituisce e genera un “impegno personale”, e comporta l’“assumersi una responsabilità” connessa alla comprensione della realtà cui si è aderito:

«perché alla domanda per riflessione si può rispondere non solo con sì o no, ma anche con “non lo so”; si può rispondere in modo assertorio o modale, con certezza o solo probabilità; infine, la domanda in quanto presentata può essere accantonata, possono essere introdotte distinzioni e possono essere formulate nuove domande. La varietà di possibili risposte rende piena ragione delle sventure e debolezze della persona che risponde e col medesimo colpo chiude la porta a possibili scuse per gli errori. Un giudizio è responsabilità di colui che giudica. È un impegno personale»⁶⁴.

Ciò che, tuttavia, interessa maggiormente Lonergan a riguardo del giudizio non è tanto la sua ‘logica’ o dinamica interna, quanto il suo legame strutturale con l’intero agire umano: l’*aspetto contestuale del giudizio*. Per quanto, infatti, singoli giudizi conducano a singoli passi nelle ricerche verso la loro conclusione, nondimeno i singoli passi sono connessi l’uno con l’altro in un modo altamente complesso poiché mai distaccato dai ‘contesti’ esperienziali ed esistenziali di ciascuno. L’aspetto contestuale del giudizio appare così in tre maniere:

«c’è la relazione del presente al passato. Perciò, i giudizi passati rimangono con noi. Essi formano un orientamento abituale, presente e operativo, ma solo da dietro le quinte. Essi governano la direzione dell’attenzione, valutano le intellezioni, guidano le formulazioni e influenzano l’accettazione o il rigetto di nuovi giudizi. Le intellezioni precedenti rimangono con noi. Esse facilitano l’accadimento di fresche intellezioni, esercitano la loro influenza sulle nuove formulazioni, forniscono presupposti che sono alla base di nuovi giudizi o negli stessi campi di ricerca, o in campi connessi, o in quelli meramente analoghi. Di qui, quando un nuovo giudizio è fatto, c’è in noi un contesto abituale di intellezioni e altri giudizi, ed esso è pronto a elucidare il giudizio appena compiuto, a completarlo, a bilanciarlo, a trarre distinzioni, ad aggiungere qualificazioni, a fornire difesa, a offrire evidenza o prova, a tentare persuasione.

63 Cfr. B. LONERGAN, *Insight*, 370. «Il comprendere afferra nelle presentazioni date o immaginate una forma intelligibile emergente nelle presentazioni. La concezione formula l’idea afferrata insieme con ciò che nelle presentazioni è essenziale all’idea. La riflessione chiede se tale comprensione, tale formulazione siano corrette. Il giudizio risponde che esse lo sono o non lo sono». *Ivi*, 369.

64 *Ivi*, 366.

In secondo luogo, ci sono le relazioni entro il presente. I giudizi esistenti possono essere trovati in conflitto e, così, liberano il processo dialettico. Ancora, quand'anche non fossero in conflitto, essi possono non essere completamente indipendenti l'uno dall'altro e, così, stimolano lo sforzo logico per la coerenza organizzata.

In terzo luogo, ci sono le relazioni del presente al futuro. Le domande a cui rispondiamo sono poche in confronto con le domande che attendono una risposta. Il conoscere è una struttura dinamica. Se ogni giudizio è un incremento totale che consiste di molte parti, nondimeno esso è solo un minuscolo contributo nei confronti dell'intero della conoscenza»⁶⁵.

Questo, tuttavia, non è il 'tutto' del giudizio come tale; esiste infatti un'altra consapevolezza necessaria da acquisire intorno ai nostri 'giudizi': essi, pur cumulativi —e cumulabili—, rimangono infatti sempre 'puntuali', parziali, incompleti, aperti all'ulteriorità della conoscenza indotta dalla continua e variegata esperienza del vivere.

«Noi, infatti, non possiamo fare se non un giudizio alla volta, e un singolo giudizio non può portare tutto quello che noi conosciamo alla luce piena del conoscere effettivo. [...] Tutto quello che conosciamo è in qualche modo con noi; è presente e operativo nel nostro conoscere; ma si cela dietro le quinte e rivela se stesso soltanto nell'esattezza con cui ogni più piccolo incremento al nostro conoscere è effettuato. L'occupazione della mente umana in questa vita sembra essere non la contemplazione di ciò che conosciamo, ma l'inesorabile dedizione al compito di aggiungere incrementi a una conoscenza meramente abituale»⁶⁶.

Esprimere un giudizio, quindi, non comporta immediatamente la risoluzione delle questioni, dei dubbi, delle ipotesi... ma soltanto il 'fissare' gli 'elementi' strutturali per la soluzione finale; elementi *chiari* e quanto più possibile *certi* ma non ancora esaustivi della complessità cui si deve far fronte tanto per la conoscenza che per la successiva azione.

2.3.2 Decidere in Lonergan

Cuore della fase 'risolutoria' (tanto della conoscenza che dell'azione) è la decisione: è soltanto essa che pone fine, all'interno di ciascun 'ciclo' gnoseo-

65 *Ivi*, 370-371.

66 *Ivi*, 372.

logico, al cumulo inarrestabile dei giudizi, fissando di tappa in tappa il punto della situazione ed indicando la direzione operativa da seguire per il futuro. Essa è un “atto di volere” che «possiede le alternative interne di acconsentire o di rifiutare»⁶⁷ –quando si tratti della conoscenza– e quelle ‘esterne’ di *scegliere* tra più “corsi di azione” differenti considerati simultaneamente ed in alternativa reciproca, assumendone responsabilmente uno e scartando tutti gli altri. La sua peculiarità, tuttavia, non appare che confrontandola col giudizio, cui si connette ed integra.

«La decisione, allora, assomiglia al giudizio dal momento che entrambi selezionano un membro di una coppia di elementi contraddittori; come il giudizio o afferma o nega, così la decisione o acconsente o rifiuta. Ancora, sia la decisione sia il giudizio si interessano dell’attualità; il giudizio, però, si interessa di completare la conoscenza, da parte di una persona, di un’attualità che già esiste, mentre la decisione si interessa di conferire attualità a un corso di azione che altrimenti non esisterà. Infine, sia la decisione sia il giudizio sono razionali, poiché entrambi trattano oggetti appresi con l’intellezione ed entrambi accadono a causa di un riflessivo afferrare le ragioni.

Comunque, c’è una differenza radicale tra la razionalità del giudizio e la razionalità della decisione. Il giudizio è un atto della coscienza razionale, ma la decisione è atto dell’auto-coscienza razionale. La razionalità del giudizio emerge nel dispiegarsi del distaccato e disinteressato desiderio di conoscere nel processo verso la conoscenza dell’universo dell’essere. La razionalità della decisione emerge, invece, nella richiesta del soggetto razionalmente cosciente per la coerenza tra il suo conoscere e il suo decidere e fare»⁶⁸.

La decisione, pertanto, non è legata solo alla razionalità ma si radica ultimamente nella coscienza, non però del “corso d’azione” prospettato in quanto semplice ‘oggetto gnoseologico’ o dei motivi della sua possibile/raccomandabile scelta, ma dell’azione stessa da porre in atto e delle sue conseguenze, sempre solo ‘valutabili’ e mai davvero ‘conoscibili’ a priori⁶⁹. Ciò che la sbilancia sul futuro, a differenza del giudizio sempre conseguente al passato⁷⁰.

67 *Ivi*, 767.

68 *Ivi*, 767-768.

69 Cfr. *ivi*, 768.

70 Lonergan in proposito trova più vantaggioso per la propria posizione parlare di ‘attualità’, ma la sostanza non cambia affatto: «il giudizio, però, riconosce meramente un’attualità che già esiste; mentre la decisione conferisce attualità a un corso di azione che, altrimenti, è meramente possibile». *Ivi*, 770.

Di più: la decisione in quanto espressione della volontà e della coscienza potrebbe anche sottrarsi alle esigenze della razionalità cui, invece, i giudizi corretti non sfuggono. Infatti:

«io non posso impedire che domande per riflessione sorgano; una volta che sorgono, io non posso mettere da parte la richiesta della mia razionalità che io assentisca se, e solo se, io affermi il virtualmente incondizionato; e, una volta che io giudichi che devo agire in una determinata maniera, che non posso sia essere ragionevole sia agire altrimenti, allora la mia ragionevolezza è collegata all'atto da un legame di necessità. Tale è il significato dell'obbligazione»⁷¹.

Non di meno, però, «rimane il fatto che io posso mancare di soddisfare le mie obbligazioni conosciute, che il ferreo legame di necessità può risultare essere un fascetta di paglia»⁷², poiché mentre «la razionalità che impone un'obbligazione non è condizionata internamente da un atto di volontà», al contrario quella «che adempie a un'obbligazione è condizionata internamente dall'accadimento di un atto ragionevole di volontà»⁷³. Di fatti:

«il soggetto razionale, in quanto adempie a un'obbligazione, non è solo un conoscente, ma anche un facente, e la sua razionalità non consiste meramente nell'escludere l'interferenza col processo cognitivo, ma anche nell'estendere la razionalità del suo conoscere nel campo del fare. Quella estensione, però, non accade semplicemente conoscendo le proprie obbligazioni. Accade proprio dal momento che uno vuole far fronte alle proprie obbligazioni»⁷⁴.

Loneran introduce qui, allora, quello che costituisce il vero elemento differenziale rispetto alla modernità (tedesca): l'*auto-coscienza del decidente*, distinta dalla semplice *coscienza del conoscente*, superando d'impeto tutte le attribuzioni dello 'spirito' (= *Geist*) e centrando senza esitazioni l'azione nel singolo soggetto 'personale';

«la coscienza razionale viene trasformata in auto-coscienza razionale. Ciò che nel contesto della coscienza razionale è una necessità razionale, nel contesto dell'auto-coscienza razionale diviene un'esigenza razionale. [...] È l'aggiunta

71 *Ivi*, 769.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 *Ibidem*.

dell'ulteriore esigenza costitutiva di un atto di volontà che (1) segna lo spostamento dalla coscienza razionale all'auto-coscienza razionale e (2) cambia ciò che è necessità razionale nel campo del conoscere in esigenza razionale nel più ampio campo sia del conoscere che del fare»⁷⁵.

Innegabile che una tale 'dipendenza' della decisione personale *de futuro* dalla volontà *in praesenti* l'assoggetti però ad una radicale contingenza:

«infatti, le intellezioni che rivelano possibili corsi di azione rivelano anche che essi non sono necessità, ma mere possibilità, bisognose di valutazione riflessiva. La valutazione riflessiva, a sua volta, porta alla luce non ciò che deve essere così, ma meramente ciò che, per tali e tali ragioni, può essere scelto o rigettato. In ultimo, anche quando la valutazione riflessiva rivela che solo un corso di azione è ragionevole, nondimeno c'è bisogno della ragionevolezza del volere attuale; e, come la ragionevolezza degli atti umani di volontà non è una dotazione naturale, ma una conquista personale sempre incerta, c'è una terza e finale contingenza per l'attualità dei corsi di azione. In particolare, si noterebbe la fallacia in ogni argomento dal conoscere determinato al volere determinato»⁷⁶.

Ciò che rilancia in pienezza l'assoluta ed irrinunciabile 'personalità' della decisione che sempre occorrerà tenere in considerazione in ogni ambito dell'agire, soprattutto giuridico.

2.4 *Un ulteriore presupposto fondativo*

Non si può ignorare come la concezione lonerganiana della conoscenza e dei suoi processi 'interni' sia stata efficacemente preceduta (e come introdotta) in Europa dalla riflessione c.d. fenomenologica, proposta da E. Husserl (1859-1938) alle soglie del XX sec. e perseguita e perfezionata da molti e valenti autori della prima metà del Novecento (tra cui, *in primis*, E. Stein, 1891-1942), fino ad un vero e proprio culmine nel pensiero filosofico, teologico e spirituale di K. Wojtyła (1920-2005)⁷⁷. Lo sviluppo di tale *Fenomenologia* è avvenuto in modo pressoché parallelo (e spesso 'integrante') con altre innovative istanze

75 *Ivi*, 769-770.

76 *Ivi*, 771.

77 Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il Personalismo cristiano di Giovanni Paolo II. Quale significato giuridico?*, in P. GHERRI (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Roma, 2008, 67-121.

filosofiche del Novecento quali: Ermeneutica, Esistenzialismo, Personalismo, ponendo sempre al centro la *persona* ed il suo ‘agire’ soprattutto per quanto ne riguarda le ‘modalità interiori’. La questione portante per Husserl fu infatti mettere a punto

«una *Fenomenologia della coscienza* di contro ad una *Scienza naturale della coscienza*. [...] cosa che potremmo esprimere dicendo che la Psicologia ha a che fare con la “coscienza empirica”, con la coscienza colta nell’atteggiamento empirico, intesa come qualcosa che esiste nella connessione della natura; di contro, la Fenomenologia tratta della “pura” coscienza, vale a dire della coscienza colta nell’atteggiamento fenomenologico»⁷⁸.

Non si può ignorare come, in effetti, si sia trattato di una vera rivoluzione copernicana rispetto al precedente pensiero ‘continentale’: la Fenomenologia che si articola e studia nel Novecento non è più, infatti, quella de ‘lo’ spirito (*das Geist*) di hegeliana forma e memoria (quanto diverso in ciò dalla kantiana ‘ragione’?) ma quella della ‘persona’ come tale nel suo continuo ‘essere-divenire’ modellato da una *coscienza* non più ridotta/riducibile al –solo– cartesiano “*cogito*”.

Ciò evidenzia come la tematica *fenomenologico-coscienziale* rivesta una portata assolutamente di prim’ordine in relazione soprattutto alla dinamica del *valutare-giudicare-decidere* intorno a cui si ‘condensano’ le *maggiori peculiarità* dell’*umano* e del *personale*, in qualunque ‘momento’ della sua attività.

Detto in altri termini: ‘cosa’ avviene –e ‘come’ ciò avviene– nella persona che valuta-giudica-decide? Ancora: ‘cosa/come’ cambia quest’attività quando destinatario del *valutare-giudicare-decidere* non sia la persona stessa (il decidente) ma un altro? Un ‘altro’ generico, anonimo, sconosciuto, oppure un ‘altro’ specifico, personale, amato/odiato? Come, non tanto le ‘funzioni’ cerebrali (di cui tratta la Neuro-psichiatria contemporanea), ma la *coscienza* di sé e della realtà intervengono in tale processo? Che cosa ciò comporta in sede di premesse e presupposti e che cosa implica in fatto di conseguenze ed esiti del *valutare-giudicare-decidere*?

All’interno di un orizzonte di questa ampiezza e portata diventa inevitabile considerare come ciò che l’attività giuridica e molte delle sue teorizzazioni⁷⁹ hanno spesso ridotto a ‘forme’, ‘sostanze’, ‘nature’, ‘fattispecie’, ecc. non possa

78 E. HUSSERL, *La Filosofia come Scienza rigorosa*, Roma-Bari, 2010, 28.

79 Tra cui: Filosofia del Diritto, Teoria generale del Diritto...

ricevere credibilità –e ‘sostenibilità’ alcuna– se si tralascia e trascura la *persona*. Oppure se si fa di essa soltanto un semplice *esecutore* o *fruitore* di uno *Ius* (pre-esistente e ‘congenito’) da cercare e scoprire ...ed a cui ‘sottomettersi’ come ad un trascendentale dell’umano, una sua ‘possibilità’ di essere⁸⁰.

Al contrario: solo la *coscienza* del proprio ed altrui *vivere* può ‘animare’ questo ‘mondo’ facendone un *habitat* davvero adatto alla *persona* come tale ed alle relazioni senza delle quali ci si ritrova ad essere soltanto ‘individui’ ... per quanto *giuridicamente dotati*⁸¹.

2.5 La componente psicologica

Conoscere, valutare, giudicare, decidere, sono attività non solo *espressamente* ‘umane’ ma assolutamente ‘*personali*’: solo la persona –ed ogni/ciascuna persona– è in grado di ‘svolgere’ tali attività e, non di meno, in ‘modi’ e soprattutto con ‘esiti’ spesso molto diversi anche di volta in volta, non solo in *tempi* diversi (p.es., a distanza di anni) ma anche in *luoghi* diversi (circostanze ambientali o socio-affettive).

Ciò comporta la necessità di dedicare alla *persona* come tale una speciale attenzione che sappia (di dover) andare ben al di là di qualunque formalizzazione di queste ‘attività’⁸² che non sono e non restano mai confinate alla sola ‘ragione’ (vigile e critica) ma coinvolgono *aspetti percettivi ed affettivi* spesso anche dalle radici *inconsce* (senza che ciò ne faccia necessariamente delle psicopatologie). Senza dare qui spazio alla possibile/necessaria dialettica tra ‘sapere’ e ‘credere’ (conoscenza e convinzione), tipica della Logica epistemica⁸³, vanno invece poste in risalto le *dinamiche* più proprie della *consapevolezza* cui ogni attività personale è connessa: proprio ciò che manca ad ogni ‘processore’ semplicemente logico ...e che nessuna ‘logica neuronale’, per quanto complessa, articolata e ‘realistica’, potrà eguagliare o sostituire.

Porre al centro la *persona consapevole* significa, per la Psicologia, delimitare innanzitutto le proprie competenze di analisi⁸⁴ riconoscendole col-

80 Cfr. P. GHERRI (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007.

81 ...Da ‘madre natura’ che –assieme alla luce di questo mondo– avrebbe dato ad ogni uomo come “*suum*” da rivendicare.

82 Tanto più se meramente convenzionale o istituzionale.

83 Cfr. G. BASTI, *Logica aletica, deontica e Ontologia formale*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto* (in corso di stampa).

84 Come già insistentemente sollecitato ed illustrato da Husserl nel differenziarla dalla (sua) Fenomenologia coscienziale.

locate al solo livello ‘*descrittivo*’ (dell’agire individuale) e non ‘*essenziale*’ (=della ‘natura’ umana come tale). L’approccio psicologico, infatti, s’indirizza essenzialmente all’individuazione ed allo studio delle *preferenze individuali* di ciascun ‘singolo’ (livello c.d. idiosincratico⁸⁵) piuttosto che alla ricerca di ‘leggi generali’ del comportamento o alla formulazione di teorie comprensive dell’agire umano come tale (livello c.d. nomotetico). La Psicologia, per parte sua, non entra nello *statuto ontologico* del processo di *valutare-giudicare-decidere* ma nella sua *declinazione di fatto*, ponendo –non di meno– la questione interdisciplinare dell’invenimento delle possibili mediazioni fra il *dato di fatto* (=è così *perché* succede così) e il *dato di necessità* (=succede così *perché* è così).

Che cosa dunque ‘accada’ nella persona –ed alla persona– che conosce, valuta, giudica, decide, è qualcosa che non si può ridurre a schematismi teorici (generali), per quanto articolati e complessi; si tratta invece di assumerne la dimensione e portata ‘immanente’ e ‘relativa’ ad ogni singola(re) esperienza esistenziale/personale.

Da essa sgorgano *intuizioni* che connettono tra loro *conoscenza* ed *affettività*, pianificazione di sé e identità di sé, *presente* (parzialmente noto) e *futuro* (solo supposto), in dipendenza/relazione da un *passato* –pure– solo parzialmente percepito (parte consciamente e parte no). Tutti elementi che, intrecciandosi fra loro, possono *rafforzare*, *indebolire* o *distorcere* –ma raramente abolire– le modalità e gli esiti del *processo decisionale* e, prima ancora, dotano il soggetto di una sua ‘*antropologia di fatto*’ (e spesso non esplicitata) circa gli antecedenti del suo decidersi.

È in quest’orizzonte che si delinea l’ampio campo delle *motivazioni* e, più ancora, della loro espressione e recepibilità da parte di ciascuno. Le *preferenze*, infatti, non meno che i *ricordi*, le *convinzioni* ed *aspirazioni*, intervengono in modo deciso –e spesso anche preponderante–, accanto alla *conoscenza*, all’interno dei processi valutativi e di giudizio che preludono ad ogni decisione, tanto positiva (per agire) che negativa (per l’inerzia e la rinuncia). Proprio questi fattori assolutamente ‘personali’ –e spesso imponderabili per i terzi– possono tuttavia costituire un elemento altamente significativo nella *condivisibilità* tanto delle valutazioni che dei giudizi che delle –conseguenti– decisioni.

85 Nel linguaggio tecnico della Psicologia il termine “idiosincratico” non indica –solitamente– l’avversione (idiosincrasia) verso qualcosa/qualcuno, come nel linguaggio comune, quanto piuttosto ciò che risulta afferente alle preferenze individuali (in tale senso l’avversione è una forte non-preferenza).

3. IN IURE

Le questioni, di grande complessità già dal punto di vista concettuale generale sin qui illustrato, non diventano certo più semplici quando ci si adentri espressamente nell'ambito giuridico, ove anche solo la relazione tra “*Decisio*” e “*Iudicium*” è in grado di porre interrogativi e questioni di portata ingovernabile⁸⁶. Non sarà questo, tuttavia, l'approccio proposto alle diverse tematiche ‘giuridiche’, le quali verranno sollecitate in modo più ‘settoriale’, su elementi specifici che aiutino a cogliere la problematica da punti di vista ‘complementari’, sempre alla ricerca di un plausibile *chiarimento di quei termini e concetti*⁸⁷ cui troppo spesso la dottrina (e qualche Legislatore) ricorre in modo semplicistico e senza sufficienti avvertenze.

3.1 Un indizio semantico

Proprio in vista del poter porre domande specifiche a varie Discipline giuridiche intorno al tema del rapporto tra *decidere* e *giudicare*, appare quantomeno interessante la proposta di un ulteriore elemento concettuale (e problematico) che possa fare da *trait-d'union* tra i diversi approcci e, allo stesso tempo, offrire elementi di riflessione e concettualizzazione ‘fondamentale’ sul tema in esame. Si tratta del concetto stesso di “*Ius*” da cui derivano –in un modo o nell'altro– tutti gli altri ‘termini’ dell'ambito giuridico.

Senza addentrarsi nella ricerca semantica (già svolta anche reiteratamente in dottrina) sull'origine del termine *Ius*⁸⁸, appare più proficuo e fruttuoso riper-

86 Si segnala in specifico come, p.es., nel recente (nuovo) “Codice italiano del Processo amministrativo” (cfr. REPUBBLICA ITALIANA, *Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Attuazione dell'Articolo 44 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del Processo amministrativo*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CLI [2010], Serie generale, 7 luglio n. 156, Supplemento ordinario n. 148/L), le precedenti “Decisioni” del Consiglio di Stato siano divenute “Sentenze”, suscitando non poche perplessità tanto negli addetti ai lavori che negli studiosi della materia amministrativistica.

87 Giudizio, giurisdizione, potestà, Decisione, Sentenza... Diritto, giustizia, ecc.

88 «Dal punto di vista strettamente terminologico, innanzitutto, risulta particolarmente significativa la radice del termine *ius*, di origine certamente indoeuropea. Se, infatti, vi è chi, scorgendo, alternativamente, un riferimento al carattere di imperatività, di unificazione sociale, ovvero di pacificazione (rituale) di *ius*, ricollega tale radice al termine *jug* –da cui deriverebbero anche i termini *iungo* e *iugum*–, altri (ed è questa l'interpretazione che in questa sede risulta più interessante) si rifanno all'etimo sanscrito *yoh*, da cui trarrebbe origine anche *Iovis*, e sostengono un legame diretto con il linguaggio pre-giuridico magico-sacrale. Ciò confermerebbe che, anticamente, la risoluzione delle controversie presupponeva il giuramento di fronte agli dei [cfr. E. CANTARELLA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 2001, 93-94]. Quel che è certo è che il concetto (indifferenziato) di *ius* senz'altro

correrne le principali fasi di evoluzione storico-funzionale che hanno progressivamente portato alla nascita dei termini “*Iuris-dictio*”, “*Iudicium*”, “*Iudex*”, “*iustum*”, “*iustitia*”. Pare ovvio, d’altra parte, dal punto di vista antropologico e culturale che il lemma più semplice e concretamente fruibile⁸⁹ sia quello ‘originario’ che ha dato l’innesto alla successiva ‘evoluzione semantica’ per le realtà connesse al suo ambito esistenziale. Ciò spinge quindi ad esaminare i termini non in modo sincronico⁹⁰ ponendone in luce le ‘attuali’ –solo presunte– interconnessioni semantiche (ormai rigidamente ‘fissate’ ed interconnesse a livello concettuale da secoli di consumato utilizzo), ma in modo diacronico cercando di evidenziare ‘che cosa’ (‘lungo’ e ‘nel’ vivere umano) ha generato ‘che cosa’, non potendo trascurare in questo approccio la consapevolezza della ‘categorialità’ del Diritto⁹¹, ben espressa dall’adagio “*Ius sequitur vitam*”.

L’evoluzione del Diritto romano (principale referente e responsabile in materia, almeno per il linguaggio giuridico, e le derivate categorie e dottrine, del mondo occidentale) è chiara: lo *Ius* è, alle origini, il *pronunciamento* (*dictum/decretum*)⁹² su base divinatoria dello stato di fatto da accettarsi dai contendenti che abbiano sottoposto –mediatamente– alla divinità la loro disputa a motivo di interessi contrastanti connessi alle medesime cose⁹³. L’*ordalia* nelle

precede la distinzione tra norma giuridica e norma religiosa (*Fas*), riconducibile al fenomeno che Eva Cantarella indica come umanizzazione del diritto [2001, 94]: in origine, il mancato rispetto di quanto stabilito iure costituiva non soltanto un torto nei confronti della comunità, ma anche una vera e propria offesa alla divinità». A. COLORIO, *Diritto e cervello: verso le nuove frontiere del neurodiritto*, in *i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*. Rivista on-line, Ottobre 2010, numero 10, 400 < URL: <http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue10/colorio.pdf> (in data 22-12-2010) >. Cfr. La fortissima dimensione rituale giuridico-sacrale del diritto romano viene precisata e ribadita da Ferdinando Zuccotti in un recente articolo (cfr. F. ZUCCOTTI, ‘*Bellum iustum*’, *o del buon uso del Diritto romano*, in *Rivista di Diritto romano*, IV [2004], 1-58).

89 In quanto esperienzialmente più immediato e non bisognoso di ‘spiegazione’ alcuna.

90 Tutti quelli, cioè, attualmente presenti sul vocabolario, come se fossero apparsi nel linguaggio tutti insieme, allo stesso tempo/modo.

91 Già conclusivamente assestata nella Prima Giornata canonistica interdisciplinare: P. GHERRI (ed.), *Categorialità*.

92 Si faccia attenzione al valore ‘intrinseco’ –costitutivo– del “pronunciamento” giudiziale: la Sentenza è sempre proclamata oralmente! Non di meno, l’attività dello *Ius-dicere* si è sempre caratterizzata per un’alta ritualità (=la toga) che la mantiene legata alla sua origine ‘sacrale’: lo *Iudex* è ‘parato’ come il *Pontifex/Sacerdos* e, nel proprio agire, segue un *ritus* e delle *formulae*.

93 «È ben nota la propensione dei giuristi romani di ogni epoca a considerare i loro Istituti piuttosto sotto il profilo processuale che sotto quello sostanziale; la propensione, in altri termini, a mettere in evidenza la spettanza di un’Azione piuttosto che quella di un diritto, la soggezione ad un’azione piuttosto che l’obbligo di eseguire una determinata prestazione. Ne consegue, tra l’altro, che i termini “*Ius*”, “*obligatio*” ed “*actio*” risultano dalle fonti promiscuamente impiegati per indicare entrambi i lati, attivo e passivo, di un rapporto giuridico sostanziale». G. PROVERA, *Diritto ed azione nella esperienza giuridica romana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Arnaldo Biscardi*, coll. *Acta et studia*, IV,

sue forme più primitive lo testimonia chiaramente: essa è il “giudizio di Dio”, la sua “parola” sulla situazione contestata (*sententia/decretum*)!⁹⁴

Proprio a partire da tale comportamento lo *Ius* si presenta come *pronunciamento conclusivo della soluzione pacifica e pacificante della contesa sorta tra membri della stessa comunità esistenziale* (spesso religioso-politica)⁹⁵. I *Pontifices/Sacerdotes*, allacciando un rapporto speciale (divinatorio) con la divinità, “*Ius dicunt*”: chiudono la lite e sanano la convivenza sociale in nome di un *dictum/decretum*⁹⁶ che, in quanto ‘divino’ nella propria origine (almeno funzionale), deve essere recepito e rispettato per quello che è e vale. “*Ius*” e “*Fas*”, rispondono così a domande diverse poste alla divinità sul comportamento umano da tenersi: *Ius* a riguardo delle relazioni inter-umane, *Fas* a riguardo di quelle tra uomo e divinità. In tal modo viene indicato e qualificato come “*iustum*” ciò che corrisponde allo *Ius* nelle relazioni inter-soggettive (sociali) rendendo “*iustus*” chi le rispetta, “*fastum*” ciò che corrisponde al *Fas* nella relazione religiosa (ed etico-morale immancabilmente connessa/derivata) rendendo “*pius*” chi le osserva.

L’attività attraverso cui si proclama tale ‘verdetto divino’ –*dictum/decretum*– (ovviamente inappellabile!) è la “*Iuris-dictio*” (*dicere Ius*), la circostanza in cui ciò si attua prende il nome derivato di “*Iudicium*”; di lì a poco lo stesso *Pontifex/Sacerdos* sarà sostituito, in tale funzione, dal “*Iudex*”⁹⁷. Il *Iudicium* si svolgerà a lungo dapprima secondo modalità ancora di stretta *matrice sacrale*

Milano, 1983, 325. Si trattava, in fondo, soltanto di ‘legittimare’ pubblicamente l’intervento ‘privato’ –spesso violento come la “*manus iniectio*”– con cui il legittimo proprietario di un ‘bene’ andava a riprenderselo in casa di chi glielo aveva sottratto; che ciò avvenisse in conseguenza dell’*actio* concessagli dal Magistrato era importante perché evitava lo scadimento nella semplice violenza privata (vendetta) tra con-*cives*. È chiaro, in tale contesto, come non esistesse “*Ius*” prima dell’*Actio*.

94 Lo sfondo culturale e terminologico è condiviso (almeno) sia in ambito greco che ebraico.

95 Cfr. F. D’AGOSTINO, *Filosofia del Diritto*, Torino, 1996, 12: «la regola, in altre parole, esiste [...] per garantire che il rapporto tra soggetti possa essere autenticamente relazionale, possa essere autenticamente pacificante e associativo cioè propriamente giuridico; come mostra il fatto che i soggetti quando agiscono giuridicamente, agiscono col fine di garantire reciprocamente se stessi e i loro interessi, e non certo per mero desiderio di mostrarsi ossequiosi alle prescrizioni delle norme».

96 Si noti come “*decretum*” sia il participio passato di “*decerno*”: scegliere, selezionare, decidere.

97 Si prenda necessariamente atto del come tale ‘passaggio’ in qualche modo de-sacralizzante (laicizzazione dello *Ius*) tenda ad intervenire in funzione dell’aumento della conflittualità sociale da gestire attraverso il *Iudicium*; ciò accade a Roma col crescere del numero dei *cives*, ma anche in altre realtà antropologiche si segue lo stesso sviluppo; assolutamente inequivocabile in materia quanto riferito dal testo biblico a proposito dell’attività ‘giudicante’ di Mosè: *Es* 18, 13-26 e *Dt* 1, 9-17; il raffronto dei due racconti conserva la dinamica (evidentemente non pacifica) della moltiplicazione degli addetti alla *Iuris-dictio* proprio in funzione dell’aumento del numero del popolo (e delle sue contese). Non di meno, tuttavia, rimane un passo –indicato come parallelo– in Nm 11, 14-17 in cui velatamente emerge la stessa situazione a riguardo del ‘governo’ (reggere) e la sua soluzione si presenta come divinamente ispirata/disposta.

come nella “*Legis actio sacramento*” (attraverso cioè il giuramento ‘religioso’ come tale)⁹⁸, poi in modo ‘formulare’ (“*per formulas*”): attraverso la ‘proclamazione’ (= *dicere*) di “*formula*” fisse con cui, sostanzialmente, le parti si sfidavano reciprocamente finché colui che sapeva di non dire la verità taceva soggiacendo all’altrui posizione/pretesa⁹⁹.

La volontaria osservanza di quanto è “*iustum*” (in quanto così indicato dal *dictum/decretum* espresso in *Iudicio*) costituisce la preziosissima *virtù sociale* della “*iustitia*”: uno dei ‘cardini’ (da cui: virtù cardinale) di qualunque umana società e della sua stessa sopravvivenza. La sua tematizzazione ad opera di Ulpiano è cristallina in merito: «*iustitia est constans et perpetua voluntas Ius suum cuique tribuendi*»¹⁰⁰ ... in un tempo in cui lo *Ius* era già divenuto il ‘contenuto’ stesso del *dictum* da parte dello *Iudex*; un ‘contenuto’ che ormai può essere anche ‘fissato’ in concetti (*Iurisprudentia*) o formalmente rivendicato davanti ad altri *Iudices* (*actiones*).

L’intero vissuto umano, d’altra parte, indirizza con chiarezza in tale direzione: poiché, infatti, lo ‘*Ius*’ (= soluzione pacifica e pacificante del conflitto di interessi esistenziali) a volte non ‘appare’ *evidente* o forse *condiviso* dalle parti (che lo ritengono *in-iustum*), ci si affida ad un ‘altro’ (il ‘terzo’, *Iudex*) che lo indichi o lo proclami (*Ius dicere*) attraverso un *Iudicium*. In tal modo lo *Ius* non è qualcosa in sé¹⁰¹, ma il ‘risultato’ di un’attività assolutamente specifica che solo un ‘esterno’¹⁰² può compiere: lo “*Ius-dicere*” (e la divinità era quanto di più ‘esterno’ potevasi invocare). Ciò corrisponde anche alla stessa

98 Si trattava di un’azione generica e generale adatta per tutti i casi in cui non esisteva altra *Actio* specificamente prevista per far valere la propria pretesa: «*Sacramenti actio generalis erat de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat [...] nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat paene nomine*». G. 4.13.

99 Il sistema giudiziale romano conobbe tre tappe sostanziali: «quella delle *Legis actiones* (epoca arcaica e repubblicana sino alla fine del II sec. a.C.), la procedura formulare (si procederà *per formulas* dal II sec. a.C. sino all’anno 348 quando Costanzo le abolirà), la procedura *extra-ordinem* (dal I sec. d.C.; prenderà il sopravvento nel sec. IV e diverrà l’unica)». G.L. FALCHI, *Introduzione ai fondamenti del Diritto europeo*, Roma, 2007, 198.

100 Dig. 1.1.10.1.

101 Praticamente ‘congenito’ a ciascuno e che si palesa (passando dalla sola ‘potenza’ all’atto) al solo apparire del primo ‘altro’ essere umano che, in tal modo, glielo debba riconoscere... secondo quanto variamente espresso da molti autori all’interno della dottrina c.d. del *realismo giuridico classico* (si veda: J. Hervada per tutti).

102 Si veda quanto già in più sedi propugnato circa la costitutività di questo ‘terzo’ per la stessa essenza dello *Ius*: P. GHERRI, *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 132.

evoluzione dei meccanismi giudiziari (e conseguentemente giuridici). Lo *Ius* è il pronunciamento dello *Iudex in Iudicio* quale soluzione pacifica e pacificante del conflitto: *Ius ob noxium*¹⁰³ ...Non *ex natura*!

Da qui tutte le successive ‘astrazioni’ e formalizzazioni semantico-funzionali: [a] *iustum* è quanto corrisponde allo *Ius*, [b] *iustus* è colui che si attiene allo *Ius*, rispettandolo e facendosene, eventualmente, carico, [c] *iustitia* diventa il fedele rispetto e la tutela proprio di tale *Ius*, ciò che ‘qualifica’ il comportamento di chi è *iustus*.

Anche se solo in modo complementare, ma altamente significativo per la ‘tenuta’ storica dei fatti e dei concetti che ne derivano, va considerato come la stessa ‘logica’ risulti sottostare anche alla qualificazione biblica di Dio come “giudice” (e più spesso “giusto giudice”¹⁰⁴) ponendone in risalto proprio questa funzione in qualche modo originaria: essere la ‘fonte’ dello *Ius* (i “suoi giusti decreti” di cui traboccano i Salmi e gli scritti sapienziali). In quest’ottica l’uomo “giusto” è proprio colui che si attiene ai “decreti” (=decisioni, giudizi, volontà) di Dio, e questa è –anche– la “giustizia” biblicamente intesa (*Ius* e *Fas*, insieme¹⁰⁵). Lapidaria in merito l’espressione del Libro del Siracide: “il Signore è Giudice e per lui non c’è preferenza di persone” (*Sir* 35, 15). Questa *iustitia* ‘biblica’ (quella di Abramo, dei Patriarchi e profeti, di Giuseppe di Nazareth¹⁰⁶) –che non ha nulla di ‘giuridico’– corrisponde in realtà alla *pietas* romana, evidenziando di rimbalzo l’origine e la profonda valenza ‘religiosa’ della sua costitutiva connessione-dipendenza dalla divinità.

Una tal consapevolezza, oltre all’aderenza all’evoluzione storica di concetti ed Istituti, evita chiaramente anche la dubbia circolarità tra i diversi elementi (*Ius*, *iustum*, *iustitia*) che s’incontra, invece, nella teorizzazione che vuole la giustizia concretizzare il Diritto e viceversa (*Ius obiectum virtutis iustitiæ; iustitia ... dare unicuique ius suum*): la c.d. teoria del “realismo giuridico classico”¹⁰⁷ che, in realtà, non supera in nulla la semplice

103 Cfr. P. GHERRI, *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici tra giuridicità e Diritto*, in G.L. FALCHI (ed.), *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale - 9/10 marzo 2010, Città del Vaticano, in fase di pubblicazione (paginazione non disponibile).

104 Poiché, con ogni evidenza, spesso gli uomini che ‘giudicano’ non sono tali.

105 Il cui contrario è l’“abominio” (=nefas), mentre chi lo pratica è “empio” (=non pio).

106 Si noti come per nessuno di questi ‘giusti’ si ponga mai la/una questione giuridica quanto, piuttosto, sempre squisitamente religiosa.

107 Proposta da alcuni canonisti di scuola spagnola che vorrebbero indicare con tale formula la ‘propria’ concezione del Diritto come derivante dalla “*ipsa res iusta*”; si vedano esemplarmente: J. HERVADA,

tautologia¹⁰⁸. Si consideri, poi, che la giustizia –in quanto ‘virtù’– non è ‘qualcosa’ in sé, una *res* (e neppure un ‘valore’), ma un modo di comportarsi (un *habitus*) che, per di più, riguarda sostanzialmente la volontà (*firma et constans voluntas*) e, quindi, la sua ‘realizzazione’ non può che attuarsi nel comportamento di ciascun ‘singolo’ soggetto virtuoso ...nel suo individuale stile di vita (dimensione etico-morale). Cosa abbiano a che fare con tale atteggiamento personale un *Iudex*, uno *Ius-dicere*, uno *Ius*, non pare logicamente, e concretamente, arguibile.

Che, *di fatto*, la crescita irrefrenabile del fenomeno giuridico come tale (in ragione del complessificarsi del *vivere socio-istituzionale*¹⁰⁹) abbia portato ad uno slittamento (prima semantico e poi concettuale) verso una “*iustitia*” (come *res*) in qualche modo auto-poietica e di portata assiologica¹¹⁰ così da farne l’esito finale dell’intera attività giuridica è comprensibile dal punto di vista socio-antropologico, pur rimanendo assolutamente problematico nella sua assunzione di *principio* a livello teoretico e concettuale, oltre che operativo.

Altro elemento che merita attenzione in questa ‘prospettiva’ teoretica –ma anche/soprattutto storica– è l’assenza totale ai vari ‘stadi’ evolutivi concettuali di una *Lex*, o qualcosa di simile, che indichi, motivi o definisca, in qualunque maniera, cosa sia “*Ius*”, in modo che questo ne possa o debba in qualche modo dipendere.

3.2 Giudicare e decidere nella pratica giuridica

Se in tal modo stanno (o possono fondatamente e ragionevolmente porsi) le cose, il contributo chiarificatorio derivabile dalla pressoché totalità delle

Introduzione critica al Diritto naturale, Milano, 1990, VI; C.J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di Diritto*, Milano, 2009, V; VI; C.J. ERRÁZURIZ, *Metodo giuridico e metodo teologico nello studio del munus docendi Ecclesiae*, in D. CITO - F. PUIG (curr.), *Parola di Dio e missione della Chiesa. Aspetti giuridici*, Milano, 2009, 10-11; J.P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, 1987; F. PUIG, *La esencia del Matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona, 2004.

108 Si veda in merito: P. GHERRI, *Legittimazione*, (paginazione non disponibile).

109 In merito è evidente l’evoluzione dello *Ius Quiritum* (=dei discendenti di Romolo) che da “*Ius civitatisurbis Romæ*” (da cui: “*Ius civile*”) venne progressivamente esteso ai Latini (=abitanti del *Latium*), poi agli Italici (“guerra sociale”: 90-88 a.C.), poi all’intero Impero (Editto di Caracalla: 212 d.C.), man mano che aumentava l’integrazione (e la mobilità) tanto dei *cives* (=cittadini romani *strictu sensu*) che dei *peregrini* all’interno di confini dell’*Imperium*.

110 Intesa e concepita, almeno funzionalmente, come ‘valore’ da perseguire/assicurare come espressione e garanzia del ‘bene comune’.

forme e modalità di *individuazione formale ed efficace (=Iudicium)* e “pronuncia della soluzione pacifica e pacificante dei conflitti esistenziali creatisi nel vivere umano” (=Ius)¹¹¹ diventa decisivo per comprendere meglio cosa significhino, presuppongano e comportino, “*giudicare e decidere*”, prima di tutto nella giuridicità occidentale odierna, poi nella Chiesa stessa¹¹².

Ai tecnici del Diritto si pone così il compito di ‘sondare’ alcune concrete forme e modalità di *individuazione* e pronuncia della *soluzione pacifica e pacificante* dei conflitti esistenziali che scuotono il (quieto?) vivere umano, tracciando una sorta di ‘orizzonte’ che evidenzia la specifica ‘tensione strutturale’ che lega tra loro *giudicare e decidere* in ambito giuridico, all’interno di una dinamica ben più ampia di quanto i singoli termini e linguaggi ‘tecnici’ sembrano suggerire. Verranno così in considerazione anche la ‘motivazione’ e le ‘conseguenze’ del provvedimento giuridico (anche ecclesiale); provvedimento che non perde queste stesse caratteristiche neppure quando non si tratti di risolvere ‘conflitti’ (come avviene in Tribunale) ma di ‘strutturare’ una *pacifica e pacificante* convivenza sociale o comunitaria¹¹³ attraverso l’attività istituzionale di governo.

3.2.1 In ambito civilistico

Mantenendosi legati unicamente all’essenza dello *Ius* come sin qui concettualmente illustrato, risulta di grande significatività ed efficacia il riferirsi al *giudicare e decidere giuridicamente* attraverso diverse forme di ‘soluzione dei conflitti’ attualmente in uso in vari Ordinamenti giuridici. Sarà così possibile evidenziare come una parte significativa degli elementi e fattori di *giudizio e decisione* che spesso rischiano di restare ‘sommersi’ all’interno dei sistemi giuridici e procedimenti ‘codiciali’ non siano –in realtà– radicalmente diversi da quanto attuato fuori da essi. Che si tratti, pertanto, di modalità non strettamente dipendenti dalla *Lex* come tale (per quanto con effetti ad essa riferibili) come l’Arbitrato, la Mediazione o il Processo di *Common Law*, oppure di

111 Sia lungo il tempo, sia contemporaneamente in luoghi differenti.

112 Che, di fatto (almeno), a questa pre-comprensione ed auto-comprensione partecipa e contribuisce fin dalle proprie origini, essendosi sviluppata essenzialmente sul ‘ceppo’ romanistico ed avendo lungamente partecipato alla sua stessa vicenda fino, almeno, all’epoca del c.d. *Ius commune*.

113 Circa la necessaria differenza tra convivenza sociale o convivenza comunitaria si rimanda alla differenziazione di questi due ‘modelli’ già espressa in P. GHERRI, *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009), 234-235; anche in: P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale*, 122-126.

procedimenti più formali e rigorosi fissati rigidamente dalla *Lex*¹¹⁴, le peculiarità di ogni singolo ‘percorso’ (= *processum*) –per quanto parziali– metteranno in luce elementi che appartengono comunque, quali *presupposti* o *apporti di fatto*, ad ogni giudizialità, per quanto in modo spesso ancora impercettibile a molti operatori del Diritto.

3.2.1.1 L’Arbitrato

Nell’ottica dello “*Ius dicere*” al di fuori della sede/modalità ad esso ordinariamente deputata in ambito ‘pubblico’ (il Tribunale) è necessario non trascurare come una serie numericamente significativa di ‘conflitti’ (o comunque di discrepanze di valutazione e conseguente operatività) venga ordinariamente ‘gestita’ e risolta, ormai da secoli, in sede arbitrale. Ciò si realizza considerando non tanto –o solo, o principalmente– ‘norme (legali)’ prestabilite in modo generale (e generico)¹¹⁵ ma *altri elementi/interessi* che portano ciascuno dei ‘contendenti’ a ritenersi nel ‘giusto’ circa il proprio modo d’intendere l’*applicazione sostanziale* del dettato normativo oppure –addirittura– a ‘preferire’ un dettato normativo ad un altro.

Non per nulla nel linguaggio comune si dice proprio che quanto la gente cerca nelle varie situazioni contenziose non è tanto l’osservanza della Legge (come tale) ma “avere ragione”¹¹⁶. Non importa se secondo la Legge (quale?)¹¹⁷ o secondo ‘altro’ da essa differente. Una ‘ragione’ che, poiché disputata e messa in discussione, richiede un intervento che, sulla base di una differente *valutazione*¹¹⁸ dei diversi elementi e fattori in questione, possa operare un diverso

114 Come avviene da quasi un secolo anche per il Diritto canonico.

115 Come accade quasi sempre all’interno dei singoli Ordinamenti giuridici.

116 Molto più difficilmente si usano espressioni del tipo “far valere i propri diritti”.

Emblematicamente, e non senza esprimere una chiarissima concezione di cosa sia/fosse *Ius*, il “palazzo delle Magistrature comunali” di Padova si chiama ancor oggi “Palazzo della ragione”: proprio perché in esso si esercitava il *Iudicium* come “*reddere rationem*”.

117 Il ‘proporsi’ od ‘operare’ anche in Europa di altri sistemi di *Iuris-dictio*, quali quello ‘islamico’ attivo in Gran Bretagna, pongono in evidenza come alla ‘gente’ (nello specifico cittadini non islamici) non interessi affatto con ‘quale’ Legge si riconosca loro l’agognata ‘ragione’: purché il risultato (*ius*) si ottenga e sia favorevole a chi lo ha chiesto. Si veda in merito la crescente preoccupazione per tale fenomeno: M.S. NATALE, *Londra, Tribunali della sharia anche per i non musulmani. Le corti islamiche scelte perché più funzionali*, in *Il corriere della sera*, 134 (2009), n. 172, 22 luglio, 16; M. ALLAM, *A Londra i Tribunali islamici applicano la Sharia. Migliaia di Sentenze su Matrimoni, divorzi e eredità. Così la religione diventa Legge*, in *Il corriere della sera*, 133 (2008), n. 48, 26 febbraio, 1; 17.

118 E forse più serena poiché non da *Iudex in causa propria*.

giudizio ed una conseguente diversa *decisione* la quale, tenendo adeguatamente conto dei fattori più significativi per le parti, ponga fine all'incertezza¹¹⁹. Tanto più che spesso ciò che si cerca è proprio una *conclusione condivisa* ad una vicenda le cui conseguenze (economiche o esistenziali) intralciano la normale attività/vita ben più delle loro 'cause'. In tale prospettiva il semplice fatto che il c.d. *Lodo arbitrale*¹²⁰ non sia una 'Sentenza' in senso tecnico, non solo non toglie nulla alla sua effettività giuridica (ed esistenziale), ma non cela neppure la stessa combinazione di *valutazione-giudizio-decisione* che si esprime ordinariamente in sede 'processuale' pubblica. Il fatto che, in linea di principio, l'Arbitro non decida solo/tanto *ex Lege* –per quanto ciò accada molto spesso– ma *ex rationibus*, non toglie nulla neppure alla natura e portata di quello che è –e rimane– ad ogni effetto un vero 'processo decisionale' giuridicamente rilevante. Per quanto non assunta da un Giudice secondo una Legge (prestabilita)¹²¹, l'efficacia pacificante della Decisione è la stessa, una volta entrati nella sua esecutività, la quale –propriamente– non è operata dal Giudice come tale ma 'garantita' dall'Ordinamento¹²².

3.2.1.2 La Mediazione

In una linea analoga, per quanto radicalmente diversa nei propri presupposti di base, si pone la Mediazione, oggi in fase 'crescente' in diversi ambiti

119 P.es., dell'interpretazione o applicazione di una norma –spesso– contrattuale, restituendo piena funzionalità alla relazione tra i soggetti in lite.

120 «L'espressione "Lodo" è adoperata in varie accezioni, ma, riferita al Procedimento arbitrale, indica la Pronuncia con cui si conclude lo stesso e l'Atto che esprime quella Pronuncia. [...] La Decisione deve essere adottata secondo le norme di Diritto, salvo che gli Arbitri siano stati autorizzati "con qualunque espressione a giudicare secondo equità". [...] Nella pronuncia secondo equità gli Arbitri prescindono dalle regole di Diritto per ispirarsi unicamente a principi che essi desumono dal Diritto naturale. [...] E ciò perché le esigenze nelle quali il Diritto naturale trova le sue radici sono quelle effettivamente sentite dall'aggregato sociale in un dato momento, che possono non essere state ancora normativizzate ovvero possono costituire il superamento di principi di Diritto positivo». C. CARBONE, *Lodo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV, Milano, 1975, 1-2.

121 Quanto stabilito dalle diverse Legislazioni statuali in materia arbitrale interviene certamente nelle concrete modalità di attuazione di questo Istituto giuridico, con ricadute anche teoretiche in merito; non di meno, tuttavia, la *ratio* soggiacente all'Arbitrato come tale non pare potersi affatto ritenere dipendente da tali disposizioni. Allo stesso tempo attraverso l'Arbitrato è possibile dare effetto 'legale' all'interno di uno specifico Ordinamento giuridico a norme (di Legge) specifiche di un altro Ordinamento, come accade coi c.d. Tribunali islamici in Inghilterra, lasciati/fatti agire all'interno della logica arbitrale che permette di scegliere in base a quali '*rationes*' risolvere giuridicamente la contesa.

122 Di fatto in molti Ordinamenti l'esecuzione della Sentenza si caratterizza come attività giuridica differente dalla sua pronuncia.

della vita giuridica occidentale¹²³ tra cui quelli non poco delicati e problematici dei rapporti familiari, della devianza comportamentale minorile, della convivenza multiculturale. Si tratta di un'attività in sé non *sostitutiva* rispetto a quella strettamente giudiziale¹²⁴, ma 'alternativa' nel senso che i suoi risultati possono evitare (=essere alternativi a) il ricorso al Tribunale, giungendo a *sanare il conflitto* per altra via: in fondo stabilendo di comune accordo uno *Ius* (=pronunciamento concorde pacificante/pacificatorio) cui attenersi.

Nella Mediazione, caratterizzata dall'*assenza di potestà decisoria* del Mediatore, il 'terzo' (né Giudice, né Arbitro) esercita un ruolo fondamentale nel favorire un *incontro* tra le parti che le stimoli ad una nuova fase di *valutazione-giudizio-decisione* ulteriore e forse diversa da quelle precedenti in cui ciascuno autonomamente si era accontentato di osservare, giustificare ed accrescere le proprie posizioni o quelle a lui favorevoli. Il procedimento mediativo tende a mettere a punto una *soluzione pacificante* (e *meno traumatica* possibile per le parti) basata sulla concreta *condivisione* della decisione stessa: proprio ciò che ne garantirà anche la messa in opera (Esecuzione) senza un necessario intervento autoritativo o 'giurisdizionale'¹²⁵, poiché il Tribunale non verrà adito.

Per quanto al termine del percorso mediativo non esista una 'Sentenza', tuttavia, la *decisione condivisa* porta ad un insieme di azioni e comportamenti che di fatto la rendono inutile, poiché si è già cercato ed ottenuto per altra strada quanto normalmente si esige dal pronunciamento del Giudice: il ristabilimento condiviso della relazione turbata/interrotta (=Ius). Non le 'norme', quindi, ma l'incontro ed il dialogo tra le parti coinvolte stanno alla base sia dell'Istituto giuridico mediativo che degli esiti da esso perseguiti, a livello prima *esistenziale* che *sociale*. Ma proprio l'esistenza individuale (=la vita concreta dei singoli) si pone sempre alla base di ogni 'socialità', caratterizzandone la tipologia e le dinamiche, soprattutto nelle situazioni di maggior problematicità: quelle in cui/da cui sorge necessario lo *Ius*, tutte le volte che

123 In Italia ormai imposta *ex Lege* come obbligatoria nella normale Procedura civile, al fine di sgravare i Tribunali di molte liti inutili. La Mediazione dovrà essere esperita a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, in materia condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (cfr. REPUBBLICA ITALIANA, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CLI [2010], Serie generale, 5 marzo, n. 53).

124 Com'è, invece, l'Arbitrato.

125 Come avviene, invece, per il 'Lodo arbitrale' che, per ottenere efficacia, dev'essere 'attuato' secondo le prescrizioni legali.

la ‘controparte’ non è un “tu” con cui incontrarsi (come nella Mediazione o nell’Arbitrato) ma un semplice anonimo “altro” (come nel Giudizio).

3.2.1.3 Il Giudizio di *Common Law*

Il Giudizio/Processo di *Common Law*, da secoli utilizzato in vari Paesi di cultura anglosassone con ottimi risultati, si caratterizza per il riferimento non tanto ad un ‘sistema di Leggi’ prevenienti i fatti in questione (=Civil Law) quanto a *Precedenti giurisprudenziali*¹²⁶ (attraverso il c.d. “*stare decisis*”), implementando l’efficacia di una concezione e pratica giuridica troppo spesso ignorata soprattutto dai giuristi (e canonisti) continentali¹²⁷. Forma giudiziale del massimo livello giuridico ma senza una stretta dipendenza da un Codice che preveda –inevitabilmente– soltanto ‘alcune’ (per quanto numerose) fattispecie comportamentali tra le tante umanamente possibili (e concretamente attuate), il Giudizio di *Common Law* assolve esattamente alla stessa funzione di ogni altro Istituto giuridico volto alla pronuncia della soluzione pacifica e pacificante tra le parti (=Ius). Un modo ‘diverso’ di concatenare (=processum) ‘fatti’ ed ‘atti’ per giungere allo *stesso risultato*: risolvere una lite/contesa o fissare uno *status quo* da ritenersi giuridicamente vincolante per le parti e la stessa società.

Nel Giudizio di *Common Law* è la concreta ‘prassi’ del vissuto sociale che prevale sulla genericità di tante norme astratte e puntigliose che non riescono (neppure di principio) a gestire a priori la complessità del vivere umano e delle sue devianze e conflittualità. Un Giudizio conforme [a] al sentire comune, [b] alle Decisioni precedenti, [c] allo spirito –anche culturale– della convivenza sociale all’interno della quale le vicende si svolgono, offre certamente criteri di *valutazione-giudizio-decisione* ben diversi da quelli (pre)imposti da una Legge generale e, comunque sempre d’altri tempi/circostanze¹²⁸, alla quale occorre ‘sussumere’ gli atti e fatti oggetto dell’intervento giudiziario¹²⁹. Proprio l’indisponibilità di principio di fattispecie prefissate a priori dalla Legge, spinge questa modalità di pronunciamento giudiziario ad essere particolarmente *aderente alla vita concreta*, sfruttandone anche molti elementi di *carattere valutativo* e coinvolgendo nell’attività giudiziaria un numero

126 Ed ai *principi* del Diritto in essi pretesamente espressi/formulati.

127 Come se l’unico Diritto esistente ed in qualche modo ‘vero’ fosse quello codiciale.

128 Quelli in cui la Legge venne creata e promulgata.

129 Con una fatica simile a quella con cui spesso si cerca di mettere qualcosa di grosso dentro in un sacco...

certamente più ampio di fattori utili al *giudizio* ed alla conseguente *decisione*. Non di meno anche la gestione dell'eventuale 'insoddisfazione' giudiziale non si basa sulla specifica attenzione alle 'forme', come nei sistemi di *Civil Law* (attraverso una Corte di Cassazione), ma col ricorso ad un 'tipo' differente di Corte/Tribunale che applica 'principi' valutativi e decisionali diversi: la *Court of Equity*.

3.2.1.4 Natura partecipativa del Processo

Dopo aver ampliato l'orizzonte del *valutare-giudicare-decidere* giuridico oltre i confini troppo angusti di una mera *applicazione della Legge* (di stampo 'napoleonico'), è ormai possibile porre in luce¹³⁰ come la peculiare 'natura' del Processo vada individuata non tanto [a] nelle (sue) 'forme' o [b] nella potestà da cui promana la Decisione giudiziale/aria quanto, maggiormente, [c] nel suo '*presupposto*' costitutivo: il *contraddittorio giudiziale*. Al punto che si potrebbe vedere il Processo quale *modalità partecipativa di conoscenza* di ciò che abbia turbato la quieta convivenza inter-soggettiva, in vista del pronunciamento giuridicamente efficace di un'adeguata soluzione per la vicenda stessa ed i rapporti sottesi (=Ius) da parte del decisore (=Giudice) competente. In tal modo (attraverso il Processo) il *contraddittorio* tra le parti e/o le loro posizioni processuali si configura come lo strumento di base per acquisire la conoscenza della realtà relazionale oggetto della controversia a cui s'intenda offrire soluzione giuridica.

Di fatto, per mezzo del Processo gli elementi 'cognitivi' (rilievi, testimonianze, perizie, documenti, ecc.) raccolti durante le Indagini, vengono 'integrati' dall'apporto diretto delle parti, cui il Giudice può rivolgersi anche separatamente ma sempre nell'ottica della raccolta di un loro vero *apporto* alle conoscenze già acquisite, al fine di poter meglio *valutare* e *giudicare* atti e fatti alla luce del valore e significato attribuiti loro da parte degli interessati. Il problema è strutturale poiché, se bastasse raccogliere i dati 'oggettivi' (cognizioni) come avviene in sede investigativa, non ci sarebbe più alcun bisogno di *valutazione* e *giudizio*: la *decisione* risulterebbe 'matematica', leibnizianamente computazionale. Il *nomen Iuris* (=sussunzione) attribuito ai diversi eventi dal Pubblico Ministero sarebbe l'unico elemento qualificatore e quantificatore dell'accaduto e non esigerebbe in seguito altro intervento 'umano' ...come accade, invece, all'interno della *necessaria* dinamica processuale che

130 Soprattutto in campo europeo continentale e canonistico.

pone al centro l'apporto delle parti, tanto personale che funzionale (posizione processuale), per averne un singolare contributo di conoscenze e valutazioni di utilità irrinunciabile per chi debba *giudicare* e *decidere* in merito al conflitto a lui deferito. In tal modo il *contraddittorio*, anche indiretto, risalta quale elemento specifico ed in qualche modo *fondativo* dello stesso *Processo*, ben prima della mera applicazione di norme (anche legali), giovandosi di una strutturale dimensione 'dialettica'¹³¹ di approccio alla stessa realtà che può offrire molto di più alla umana conoscenza di qualunque auto-valutazione ed auto-giudizio. Poiché nessuna relazione è auto-fondante e mono-referenziale, l'apporto dialettico delle parti è irrinunciabile per meglio conoscere la realtà dei fatti che dovranno poi essere valutati per giudicarne la portata e decidere di –adeguata– conseguenza. In tale prospettiva il 'dibattito processuale' (o contraddittorio delle parti/Patroni) si pone strutturalmente molto al di là di un semplice "diritto di difesa" o "giusto Processo" che sia necessario assicurare alle parti; è invece il loro concorso/apporto 'dialettico' a dover essere garantito ed assicurato perché si abbia un vero 'Processo'.

Caratteristica, e forse specifica, del Processo diventa, allora, quella sorta di co-valutazione che si attua proprio attraverso la dinamica processuale che prepara il Giudice a *giudicare* la Causa, dopo aver 'assunto' la pluralità di elementi –fattuali e valutativi– messi a disposizione dai diversi protagonisti del dibattimento processuale. *Come, quanto, perché*, ciascuno di essi 'pesi' e 'contribuisca' alla formazione del giudizio del Giudice rimane questione che, seppur spesso 'indirizzata' dalla Legge, non è di principio separabile dalla sua stessa *persona* ...né dalla sua 'antropologia di fatto', né dalle sue convinzioni ideali più profonde.

Non di meno, al di là della –anche movimentata– dinamica processuale, non va sottovalutato lo *status* specifico peculiare di ogni Decisione giudiziale/aria come tale: essa infatti –per quanto *contestabile*– risulterà sempre e comunque *irrevocabile* da parte di colui (il Giudice) che l'abbia pronunciata. Proprio da ciò nascono Appelli e/o Querele di nullità verso tale *Ius*. Tale caratteristica della Sentenza giudiziale/aria non va affatto sottovalutata in quanto, a differenza di altri strumenti decisionali, essa pone in evidenza l'assolutezza di quanto avviene all'interno tanto della dinamica conoscitivo-valutativa che di quella giudicante-decisionale; un'assolutezza che pone in ulteriore risalto quanto 'si svolge' *entro ed attraverso* l'apporto personalissimo del decidente, attuabile –ed attuato– 'solo' *una tantum*.

131 Ciò che non esclude affatto una correlativa dimensione dialogica dello stesso strumento processuale; 'dialettico' infatti non s'identifica necessariamente con contrappositorio.

3.2.2 *In ambito canonico*

3.2.2.1 Conoscenza e ‘giudizio’ nella Chiesa

Tra gli elementi da tenere in specifica considerazione quando si tratti di ‘giudizialità’ canonica si pone la funzione prevalentemente cognitiva (=di accertamento) che caratterizza in modo sostanziale il Processo canonico nelle sue varie tipologie (dichiarativo, condannatorio, penale...). Alla base, infatti, del governo ecclesiale (esecutivo e giudiziale) non si trovano essenzialmente elementi riguardanti i diversi ‘soggetti’ in quanto individui (privati)¹³² in rapporto alla società o alle (sempre poche) risorse materiali disponibili¹³³, quanto, invece, lo ‘stato’ di persone o cose che, in sé o per le specifiche finalità loro assegnate¹³⁴, possa legittimamente risultare ‘dubbio’ (o anche sconosciuto/indefinito) all’interno della comunità ecclesiale, condizionandone in tal modo la piena *attività o fruizione* all’interno della più ampia *vita e missione* della Chiesa. Essa infatti interviene giudizialmente su materie e cose che riguardano quasi esclusivamente aspetti della vita dei fedeli connessi al loro *esser parte* (più o meno attiva) della compagine ecclesiale. Lo stesso vale delle ‘cose’ connesse al conseguimento degli scopi e finalità canonici (Culto, sostentamento dei ministri, pastorale, carità¹³⁵). Laddove poi, straordinariamente, la Chiesa accetti di pronunciarsi su altre materie o soggetti, lo fa più per –invocata– *autorevolezza* (morale) che non per autorità vera e propria (=giurisdizione/potestà), come potrebbe verificarsi nel caso di verificare l’esistenza/consistenza di c.d. Matrimoni naturali o simili¹³⁶ o questioni di proprietà di beni, eredità, filiazioni, ecc.¹³⁷ e, pertanto, non espressamente normato dall’Ordinamento canonico come tale¹³⁸ ma, pur tuttavia, di qualche rilievo per una *reale vita cristiana*.

132 Diritti, prerogative, doveri, riguardanti la vita, l’identità, il patrimonio, le attività, l’integrità fisica, il lavoro, ecc.

133 Cfr. P. GHERRI, *Corresponsabilità*, 135, specialmente alla nota 53.

134 Come, p.es., beni ecclesiastici o beni sacri.

135 CIC, Can. 1254 «§2. I fini propri sono principalmente: ordinare il Culto divino, provvedere ad un onesto sostentamento del clero e degli altri ministri, esercitare opere di apostolato sacro e di carità».

136 Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *L’assenza della forma canonica preclude l’operatività del Processo di nullità matrimoniale? Un’ipotesi*, in *Ius canonicum*, XLVII (2007), 177-214.

137 O altro elemento normalmente individuato come ‘privatistico’. Va segnalato opportunamente in questo caso come il Tribunale canonico applicherebbe –con equità canonica– la Legge del luogo in cui si trova il bene in oggetto (ex Can. 22) contemperandola con principi di Diritto naturale e giurisprudenziali sia canonici che –spesso– romanistici.

138 Cfr. P. GHERRI, *Corresponsabilità*, 124-126.

Le questioni riguardanti lo *status* delle persone e delle cose all'interno della vita ecclesiale, d'altra parte, non potrebbero avere altra *trattazione* che quella *verificativa-dichiarativa* (cfr. Can. 1400¹³⁹). Non di meno anche per il delicatissimo ambito 'penale' canonico ciò che risulta essere il principale oggetto d'Indagine (=conoscenza) non è tanto il 'fatto' in sé (come accade negli Ordinamenti statuali 'allertati' anche dalla sola "notizia di reato" di cui occorre 'scoprire' il colpevole) ma la sua concreta *imputabilità* "grave ed esterna" (cfr. Can. 1321 §1¹⁴⁰) in capo al suo autore (noto). Ed anche quando a muoversi non sia una 'parte' (=singolo soggetto interessato: persona fisica o giuridica) ma un Pubblico Ministero, com'è il Promotore di giustizia, ciò avviene sempre per 'certificare' (=rendere certo) l'effettività o l'imputabilità di un atto le cui ricadute sulla vita ecclesiale non possono essere trascurate né per il suo autore (nei confronti del quale la Chiesa potrebbe tuttavia agire anche soltanto attraverso il c.d. *foro interno*) né per la comunità investita da troppo gravi disordini spirituali, dottrinali o morali, che potrebbero comprometterla in quanto *comunità di salvezza*¹⁴¹.

È in ragione di questa strutturale *funzione cognitiva* (=di accertamento o verificativa) del Processo canonico che risaltano sia il 'protagonismo' del Giudice ecclesiastico che la sua centralità¹⁴² nella vicenda processuale. Protagonismo che ne giustifica ed induce l'atteggiamento, il comportamento, l'operatività, sia nei confronti delle parti (private e pubbliche) che della stessa Causa sottoposta alla sua *conoscenza e giudizio*. Il ruolo del Giudice canonico è 'attivo': è lui che, una volta 'coinvolto' attraverso il Libello, 'assume' e 'gestisce' l'iniziativa processuale dandole il necessario impulso¹⁴³ affinché si giunga ad una conoscenza veritiera dei fatti e delle situazioni da essi derivanti,

139 «§1. Oggetto del Giudizio sono: 1° i diritti di persone fisiche o giuridiche da perseguire o da rivendicare, o fatti giuridici da dichiarare».

140 «Nessuno è punito, se la violazione esterna della Legge o del Precetto da lui commessa non sia gravemente imputabile per dolo o per colpa».

141 Gli 'antecedenti' concreti già evidenziati dal Nuovo Testamento, così come un certo numero di esortazioni dell'epistolario apostolico appaiono buoni 'testimoni' dei rischi, tanto interni che esterni, da evitare.

142 Cfr. E. DI BERNARDO, *Il Cardinal Roberti e la teoria del "rapporto giuridico processuale"*. *Linee evolutive*, Città del Vaticano, 2008, 254-255.

143 Per quanto nel Processo canonico viga il 'principio dispositivo' in ragione del quale molti Atti sono di iniziativa di parte ed il Giudice non possa intervenire *ex officio*. È il caso, p.es., della Modifica del Dubbio concordato (*ad instantiam partis*: Can. 1514), della rinuncia al Processo o ad alcuni Atti della Causa. Il Giudice può procedere all'acquisizione di Prove *ex officio* solo se vi sia pericolo di grave ingiustizia nell'emissione della Sentenza o per negligenza di una delle parti (Can. 1452). Non è poi da confondersi l'*iniziativa* (sempre di parte) con l'*impulso* (anche del Giudice).

in modo da ‘dichiararli’ nella loro fondatezza e portata, traendone le conseguenze per le parti in Causa, all’interno dell’orizzonte più ampio della vita ecclesiale. In questo delicato compito di “conoscere la Causa”, l’attività più specifica assegnata al Giudice canonico risulta senza dubbio quella espressamente ‘*valutativa*’: è il Giudice infatti che verifica l’ammissibilità e l’utilità delle Prove prodotte (Can. 1517) in Giudizio ed il modo di valutarle, sebbene la Legge processuale stabilisca una ‘gerarchia’ tra le Prove stesse ed indichi quale sia, o possa essere, lo specifico valore da attribuire a ciascuna di esse (=Prova piena o parziale). L’oggetto di *valutazione e giudizio* (e *decisione*) ‘nella’ e ‘da parte della’ Chiesa, non risulta, pertanto, la persona come tale ma sue (singole) ‘azioni’ che possano pregiudicarne la ‘pacifica’ –o efficace– appartenenza ecclesiale o, più semplicemente, uno specifico *status* canonico che la ponga in particolare ‘rilievo’ rispetto alla vita ed all’attività degli altri *Christifideles* (coniugato, chierico, religioso). Proprio tale *status* di persone e cose costituisce l’oggetto fondamentale del Giudizio canonico¹⁴⁴, delineando rapporti del tutto particolari tra Istituzione ecclesiale e persona del fedele.

3.2.2.2 Conoscenza e certezza morale nel giudizio canonico

Le caratteristiche già evidenziate circa la complessità del *valutare-giudicare-decidere* già dal punto di vista antropologico (prima che concettuale), unitamente alla specifica *dimensione cognitiva* del Processo canonico, conferiscono uno speciale valore all’indicazione del Can. 1608 §1¹⁴⁵ che richiede al Giudice canonico di agire con “certezza morale” in *qualsiasi* Sentenza egli debba pronunciare.

Si tratta di una formula in qualche modo ‘tecnica’ per escludere in modo espresso la semplice ‘probabilità’ o una –peggiore– ‘prevalenza’ di sole ragioni/interessi. Ciò espressamente per il fatto che il pronunciamento giudiziale canonico dev’essere un pronunciamento di ‘conoscenza’ (= *cognizione*¹⁴⁶) e non di semplice ‘opinione’ (= *convinzione*)¹⁴⁷.

144 In fondo si tratta di *status* sostanziale della persona anche quando si giunga a decidere per l’inflizione di una Pena (=delinquente giudicato colpevole ed intaccato nelle sue prerogative giuridiche o spirituali) o per la condanna ad una restituzione o ad un pagamento (=ingiusto possessore/fruitori di prerogativa o bene altrui).

145 «§1. Per pronunciare una Sentenza qualsiasi si richiede nell’animo del Giudice la certezza morale su quanto deve decidere con essa».

146 Da non intendersi in senso tecnico-processuale ma ‘concettuale’.

147 Ormai irrinunciabili in questa prospettiva le considerazioni emerse nella Quinta Giornata canonistica interdisciplinare (marzo 2010) a proposito delle Logiche deontiche ed epistemiche da affiancarsi

La materia prevalente (ma anche la finalità in ragione di cui –eventualmente– ci si interessi pure di altri elementi in sé non specificamente ecclesiali) di cui si occupa il Processo canonico è, infatti, di ordine sostanzialmente spirituale –lo ‘stato’ delle persone¹⁴⁸– in riferimento alla possibilità o necessità (alle volte) che i fedeli manifestino –o di cui debbano essere resi partecipi (o privati)– di poter meglio giovare dei ‘beni’ che costituiscono l’oggetto della missione ecclesiale stessa (cfr. Can. 213) della quale hanno scelto di essere partecipi con/per la propria vita¹⁴⁹.

In tale prospettiva l’esistenza o meno di requisiti, condizioni, vincoli, circostanze, doveri, prerogative di vario genere, profila ‘situazioni esistenziali’ (globali) di grande delicatezza, cui non si possono ‘opporre’ semplicemente delle ‘ragioni’ o degli ‘interessi’, in quanto l’elemento sempre comunque in gioco è la *persona* del fedele come tale, vista nel suo rapporto con la salvezza evangelica di cui la Chiesa sa di essere semplice –per quanto autorevole– ministra, oltre che custode.

Opinioni, convincimenti, credenze (meno che mai: interessi)... non possono pertanto commisurarsi con l’irrinunciabilità di tale ‘nucleo sostanziale/ontologico’ (=la persona) che, come più volte ribadito già da S. Paolo, è stato valutato ‘degnò’ del sangue di Cristo stesso in croce (*ICor* 8, 11). Solo la certezza morale –credente– possiede i *requisiti cognitivi minimi* –ma anche *sufficienti*– per poter intervenire (in realtà: solo pronunciarsi) ‘intorno’ a tale nucleo esistenziale e spirituale.

All’interno di questo quadro teoretico e concettuale non pare ormai più rinunciabile la sottolineatura della profonda differenza che intercorre tra tale ‘*certezza morale*’ che il Giudice ecclesiastico deve essersi formata in vista della Decisione da pronunciare ed un non-equivalente ‘*giudizio morale*’ che spesso –ecclesiasticamente– si sarebbe tentati (e storicamente si è creduto) di dover esprimere circa i fatti –ma non di meno le stesse persone– dedotti in Giudizio ...tanto più trattandosi della valida celebrazione di Sacramenti. Di fatto anche il linguaggio comune non risulta favorevole a questa consa-

necessariamente nell’attività giuridica a quelle semplicemente modali (cfr. G. BASTI - P. GHERRI [edd.], *Logica e Diritto, tra argomentazione e scoperta*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011 - in preparazione).

148 Che tale rimane anche, in fondo, nel Processo penale canonico, poiché si tratta di certificare e dichiarare lo ‘stato’ di delinquente in cui il fedele sia venuto a trovarsi; ‘stato’ da cui può recedere attraverso la necessaria conversione e le opere di emendamento e riparazione ad essa connesse.

149 Si consideri qui la necessaria prospettiva comunitaria piuttosto che societaria, come espressa in: P. GHERRI, *Corresponsabilità*, 124-126.

pevolezza ed alla sua comunicazione, dal momento che non dimostra alcuna attenzione alla *dichiarazione* circa i fatti oggetto di *conoscenza-valutazione-giudizio-decisione* ma finisce per concentrarsi sulla ‘qualificazione’ di “colpevole” in capo a chi li abbia posti in essere. Una qualificazione che, secondo l’opinione pubblica, è (e *deve* essere) proprio un *giudizio morale* di reprobità e riprovazione della persona come tale¹⁵⁰.

Come e quanto ciò abbia caratterizzato spesso l’agire dei Giudici ecclesiastici (e lo stesso sistema processuale canonico) non è difficilmente dimostrabile; basti semplicemente ricordare come nel Processo di nullità matrimoniale del Codice pio-benedettino l’oggetto sostanziale del Giudizio canonico finiva per essere la ‘colpa’ (in capo ad almeno una delle parti) di aver celebrato un Sacramento nullo¹⁵¹. Di fatto il vecchio Processo canonico matrimoniale era una *questione* principalmente di *coscienza*¹⁵² poiché verteva sulla *validità* presuntamente *morale del Sacramento*. Quanto un tale ‘presupposto’ coinvolgesse nell’attività valutativa anche elementi di specifica *accettabilità morale*, a volte addirittura prima e più di quelli espressamente giuridici, è facilmente riscontrabile dalla pregressa dottrina in materia¹⁵³. Il nuovo Processo di nullità matrimoniale, al contrario, si sbilancia con maggior decisione sulla ‘*recognitio facti*’ per verificare *ex-post* se il Sacramento in quanto tale ci sia davvero stato oppure no. In ciò continuano certamente ad avere una fondamentale importanza gli atteggiamenti tenuti/assunti dalle parti all’interno della vicenda (sacramentale) sottoposta a Giudizio. Non tanto però nell’ottica espressamente ‘morale’ quanto, invece, nella concreta espressione e relazionalità intersoggettiva. Incapacità e ‘simulazioni’ (ed in generale i vizi del consenso) sono ben evidenti in questa prospettiva, esprimendo elementi affatto diversi da quelli –classicamente– richiesti

150 Si ricordino in proposito le varie forme e modalità di “infamia” che nei secoli scorsi (ed ancora oggi in certe culture) accompagnavano le condanne penali.

151 Si trattava dell’assoluta necessità di avere sempre un ‘accusante’ (attore) ed un ‘accusato’ (convenuto) della nullità come tale del Matrimonio, ciò che impediva il *litisconsortio* tra i coniugi (putativi) poiché non era possibile ammettere che non ci fosse un –vero– ‘colpevole’ di un ‘atto/situazione’ così grave (cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il litisconsorzio nel Processo di nullità matrimoniale: rappresentanza e responsabilità*, in P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 291-345).

152 Come si evince con chiarezza dalle norme che imponevano al Difensore del vincolo di intervenire sempre contro la nullità del vincolo sacramentale al di là della semplice ragionevolezza; l’obbligo giuridico, infatti, gli incombeva “*pro sua conscientia*” (cfr. E. DI BERNARDO, *Conformità delle Sentenze come ‘responsabilità’ condivisa*, in P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale*, 347-380).

153 Che, ad onor del vero, doveva una sua certa indefinitezza all’indifferenziazione generalizzata tra (Teologia) Morale e Diritto (canonico) (cfr. P. GHERRI, *Canonistica, Codificazione e metodo*, Città del Vaticano, 2077, 113-116).

per compiere peccato grave, quali sono: la piena avvertenza ed il deliberato consenso...

3.2.2.3 Motivazione della Decisione

Tra gli elementi concettuali delineati a livello introduttorio si è accennato solo fuggacemente alla ‘motivazione’, per quanto in maggior connessione alla componente psicologica del *decidere* che non a quella ‘giuridica’.

L’ambito giuridico ‘occidentale’ tuttavia ha dimostrato, soprattutto nell’ultimo secolo, una profonda attenzione a tale ‘elemento’ del *processo decisionale* posto in essere a livello ‘istituzionale’ (Tribunale e Governo), al punto da farne un fattore in continua crescita ...divenuto ormai pregiudiziale. In una *società orizzontale/egualitaria* (=non gerarchica), fatta ormai di soli ‘pari’, nulla può oggi essere/*rimanere immotivato*, soprattutto una ‘negazione’ o un ‘onere’ che ‘riducano’ le potenzialità ed aspirazioni individuali¹⁵⁴. È così che oggi le ‘norme’ processuali del mondo giuridico occidentale condividono il sostanziale ‘assioma’ secondo cui tutte le Decisioni (giudiziali/arie) devono essere ‘ motivate’¹⁵⁵; l’assenza di motivazione rende –variamente– nulla la Sentenza e –parimenti– espone ad impugnativa il Decreto, mostrando così la costitutività sostanziale della *motivazione* rispetto alla *Decisione*.

La questione pare andare di pari passo con la ‘laicizzazione/desacralizzazione’ dell’attività *Ius-dicente*: quando, cioè, lo *Ius dicere* non è più appannaggio (anche indiretto, come nella *Legis actio sacramento*) della divinità –e dei suoi ‘referenti’– ma diventa ‘azione’ pienamente umana (=socialmente paritaria), l’uomo stesso esige di poterla ‘verificare’ e ‘controllare’ prima-di/ per poterla accettare quale efficace *soluzione pacifica e pacificante* di quanto abbia perturbato a livello socio-relazionale la sua esistenza (=Ius). Alla –evidente– insindacabilità del responso divino ‘originario’¹⁵⁶, accettato per fede/ convinzione, succede –e si contrappone– pertanto la necessaria *sindacabilità* di quello umano per il quale si esigono, prima ancora di specifiche strutture

154 Ciò in modo generale e non solo in sede processuale; si vedano p.es. le diverse norme civilistiche che esigono ormai da tempo ed in modo generalizzato la “motivazione del rifiuto di ammissione” ad Associazioni, Società cooperative, ecc.

155 Cfr. C. BEGUS, *Ricezione ed istituzionalizzazione del Personalismo nella Giurisprudenza canonica*, in P. GHERRI (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008, 176-177.

156 Cui normalmente non è data neppure ‘verifica’ attraverso una ‘seconda’ interrogazione, assumendo il principio che lo stesso soggetto non possa contraddirsi sulla stessa cosa.

di verifica (quali sono le Istanze superiori o ulteriori), elementi almeno di ‘fondatezza’ quali risultano dalla *motivazione*. Lo *Ius* secolarizzato, divenuto ormai attività pienamente umana (sociale-istituzionale), deve corrispondere a ciò che maggiormente esprime e facilita l’umano consenso: la ragionevolezza. La *ratio*, quindi, e non più la *fides* diventa il fondamento dell’acceptabilità della Decisione che ‘incide’ sulla vita personale e sociale/comunitaria: solo la ‘motivazione cognitiva’ può, allora, rendere comunicabile e recepibile il giudizio-decisione perché sia assunto ed attuato.

Tale impostazione tuttavia non è universalmente condivisa a livello giuridico, in quanto in alcuni Ordinamenti dell’estremo Oriente (Cina in particolare) la Decisione giudiziale –anche umana– rimane ‘oracolare’: pura proclamazione che, in quanto tale, dev’essere accettata ed applicata¹⁵⁷; non di meno ciò continua ad accadere anche nei sistemi giudiziari di forte connotazione ‘sacrale’ –com’è quello islamico– in cui la Sentenza deriva la propria ‘forza’ dalla ‘volontà superiore’ che ne ha posto le basi attraverso la Legge religiosa¹⁵⁸.

La questione non si pone, invece, per il Diritto canonico che, nonostante sentenze all’interno di un contesto anche formalmente religioso (cfr. Cann. 1609; 1612 §1), ha adottato ben presto il principio della *ragionevolezza della Decisione* giudiziale/aria espressa attraverso la motivazione. L’aspro confronto durante tutto il Medio Evo tra la propensione germanica per il duello giudiziale (ordalia) e quella canonica per il ‘confronto’ tra le ragioni delle parti¹⁵⁹ (Processo giudiziale/ario) testimonia proprio questa radicale pre-comprensione canonica. Tanto più ora, nell’orizzonte ecclesiale/canonico fortemente rimodulato dalla Ecclesiologia conciliare: in essa il Popolo di Dio rimane sì ‘gerarchicamente’ strutturato ma tale *elemento teologico* non presuppone né comporta –più– una immediata ‘sacralizzazione’ dell’agire istituzionale/autoritativo che renda *absoluti* i fedeli che agiscono in nome della Chiesa stessa. Il ‘ricupero’, anzi, della dimensione più strettamente comunitaria della vita ecclesiale ha richiesto una nuova struttura di *consiliarità* intorno a coloro

157 «Nella tradizione cinese il Giudice non era chiamato a motivare la decisione in quanto la mancanza di spiegazione delle regole giuridiche applicate era utile a mantenere acceso l’interrogarsi sul loro contenuto e sulla loro portata». C. BEGUS, *Ricezione*, 176, nota 42 (con riferimento a: P.G. MONATERI, *Giurisprudenza*, in AA.Vv., *Trattato di Diritto civile. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, 1999, 500).

158 La Sentenza del *Qadi*, il Giudice islamico, non è motivata (cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, 484).

159 «La Chiesa era contraria al *parvus ritus Iudiciorum* germanico, ossia al duello, al giuramento. Oltre che, come si è visto, alle *compositiones pecuniariae*». E. CORTESI, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, 281.

che in essa hanno responsabilità di governo, ponendo l'accento maggiormente sui *presupposti* (teologici, spirituali e pastorali) che non sulla concretezza delle *modalità di azione*. In tal modo anche nell'Ordinamento canonico la *motivazione* riveste oggi un ruolo costitutivo, almeno dal punto di vista istituzionale.

D'altra parte, la natura maggioritariamente *dichiarativa di fatti* che sostanzia il Processo canonico non potrebbe esplicitarsi in altro modo: è, infatti, la ricostruzione dei 'fatti' a costituire la reale risposta alla domanda giudiziale "*an constet*" di cui l'"*affirmative*" o il "*negative*" non sono che l'estrema formalizzazione sintetica, anche *formalmente distinta* dalla sua motivazione.

Allo stesso tempo anche la struttura formale della Sentenza canonica è intenzionalmente diretta a perseguire la stessa finalità, dovendosi esporre –tanto *in Iure* che *in facto* (cfr. Can. 1611, 3°)– le diverse ragioni (cfr. Can. 1612 §3) ed i diversi elementi in base a cui ciò di cui il Giudice è venuto a *conoscenza* ed ha *valutato* la Causa sono stati *giudicati* 'adatti' ad assumere la *decisione* (=Sentenza) concretamente adottata.

La portata *conciliativa e non oppositiva* della Sentenza canonica¹⁶⁰, non di meno, non potrebbe trovare altre forme/modi di espressione e valorizzazione: in un 'sistema' organico di relazioni di condivisione e comune adesione allo stesso ideale esistenziale (*communio/communitas*) ciò che sana l'eventuale lacerazione comunitaria (*Ius*) non può essere che un elemento/fattore ri-costruttivo della relazionalità interrotta/compromessa. Ciò avviene *in primis* 'condividendo' i 'perché' (motivazioni) delle Decisioni assunte a tale scopo. Solo così, infatti, la Decisione può costituire la base anche per un nuovo *futuro-comune* e non limitarsi ad estinguere *ex-auctoritate* una questione ormai passata. La questione risalta ancora maggiormente quando ciò riguarda, come nella quasi totalità dei casi (=nullità matrimoniale), il 'reintegro' dello *status* canonico-sacramentale precedente, permettendo nuovamente ai fedeli di partecipare in pienezza alla vita di Grazia ed alla missione ecclesiale¹⁶¹.

160 Integrando elementi concettuali e fondativi strutturanti una specifica modalità giudiziale già messi in evidenza per l'Arbitrato e la Mediazione.

161 Comunque mai venuti meno in seguito a semplice 'separazione coniugale' la quale, tuttavia, non può per sé sola far adeguatamente fronte a nuove 'aspettative' –anche maggiormente fondate dal punto di vista spirituale– di chi sia ormai 'certo' della nullità del proprio Matrimonio canonico.

3.2.2.4 Conoscere per giudicare

Proprio l'ampiezza di elementi considerati in relazione ad un *giudicare-decidere* in ambito istituzionale, potenzialmente molto ampio nelle proprie 'dimensioni' poiché non strettamente dipendente dalla meticolosità della Legge, sollecita una specifica attenzione nei confronti delle forme processuali di stampo codiciale (*Civil Law* e Diritto canonico), aiutando a porre in luce non tanto i necessari e palesi riferimenti alla Legge ma gli elementi che si riferiscono alla *conoscenza*, necessaria per applicare la Legge. Ciò in quanto –almeno strutturalmente– nei sistemi 'codiciali' la *valutazione* dei fatti, in qualche modo, è già stata fatta previamente dal Legislatore (attraverso le diverse *species facti*) e ad essa deve attenersi anche il *giudizio*; proprio questo, però, inclina a spostare l'attenzione dei Giudici necessariamente sulla *conoscenza* (previa), in quanto sarà solo questa a fornire gli elementi da 'stimare' secondo la Legge, attraverso la c.d. sussunzione. Viene così in risalto l'importanza della parte prettamente *investigativa* del 'Processo giudiziale codificato' cui i vari Codici di Procedura civile o penale 'offrono' il loro supporto, in modo spesso puntigliosissimo, finalizzato a 'guidare' e dirigere la stessa fase 'conoscitiva' assegnata, a seconda dei casi/tipologie, anche ad altro Magistrato (Pubblico Ministero in Italia, Promotore di giustizia nell'Ordinamento canonico) perché provveda proprio a porre le *basi cognitive* minime da cui prenderà poi corpo la vera e propria Istruttoria¹⁶² giudiziale svolta da chi dovrà pronunciare la Sentenza, o da suo delegato (Giudice istruttore). La stessa 'ammissibilità' della Causa diventa, così, a sua volta oggetto di primaria e specifica *valutazione-giudizio-decisione* (*fumus boni Iuris*, canonicamente; 'rinvio a Giudizio' nell'Ordinamento italiano) prima ancora di essere 'assunta' direttamente dall'Organo giudicante. Ciò permette di evidenziare come, ad ogni buon effetto, la maggior parte dell'attività giudiziaria ordinariamente svolta in qualsiasi Tribunale non vada attribuita né alla fase specificamente di giudizio, né a quella di decisione propriamente tali, quanto piuttosto –con assoluta prevalenza– alla *fase conoscitiva* c.d. istruttoria. È infatti ai Giudici istruttori che incombe la maggior parte dell'attività 'processuale', volta proprio ad 'istruire' la Causa raccogliendo ed organizzando in modo ordinato e consequenziale

162 «Quella che noi chiamiamo –con espressioni che non sono del tutto equivalenti– “istruttoria” o “istruzione” costituisce una fase essenziale ed insopprimibile di ogni Procedimento. Ogni Procedimento, infatti, è diretto a raggiungere l'accertamento di determinati fatti, che devono condurre tendenzialmente all'accertamento della “verità”, solo in base al quale potrà esservi una cosciente pronunzia del Giudice». U. BASIELLO, Voce: *Istruzione del Processo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, 131.

(anche se spesso solo ipotetico) tutto il materiale utile a “conoscere la Causa”, secondo la terminologia ancora in uso nell’Ordinamento canonico¹⁶³.

3.3 *Decidere per governare*

Molti degli elementi sin qui evidenziati a riguardo del *decidere-giudicare* in ambito giudiziale/ario non perdono nulla della propria consistenza più profonda quando vengano accostati in riferimento ad un altro ambito di vita istituzionale qual è quello c.d. *esecutivo* tipico dell’attività di governo. Non è infatti improprio affermare anche per esso la costitutività della ‘motivazione cognitiva’ in quanto si tratta pur sempre di giudizio e decisione ‘pubblica’, attuata in modo istituzionale per/con finalità istituzionali, che riguarda e coinvolge *destinatari* diversi dal *decidente*, mutandone la ‘collocazione’ giuridica (*status/ufficio/ministero*) e, pertanto, anche esistenziale.

3.3.1 La decisione di governo nella Chiesa

Di fatto anche la Decisione di governo segue lo stesso *iter/processus* di qualunque altra *decisione umana* poiché comporta sempre una *valutazione* di fatti e circostanze, tanto ‘oggettivi’ che ‘personali’, un *giudizio previo* che, una volta approntato ed espresso, chiede di essere come ‘inserito’ nella realtà sociale/societaria affinché se ne traggano opportune/adequate conseguenze, quelle, nel caso specifico, rispondenti alla *volontà* dell’Autorità di governo, in ragione del *munus/ministerium* ad essa stessa (allo stesso modo) affidato.

Questo, tuttavia, ‘inaugura’ una prospettiva in qualche modo ulteriore a quelle già considerate per l’attività giudiziale/aria: la *finalità* della Decisione stessa che, come tale, non potrebbe appartenere alle Decisioni giudiziali/arie che si configurano normalmente come risposta specifica a domanda ‘chiusa’ (= *petitum*), avendo già al proprio interno la loro finalità. Mentre, infatti, tali Decisioni sono rivolte, di per sé, al *passato*, quelle di governo sono naturalmente indirizzate al *futuro*; mentre, ancora, le prime guardano al passato onde ristabilirne ‘uno’ specifico momento/*status*, le seconde guardano ad un futuro

163 In tale Ordinamento, poi, per lunga tradizione esiste l’espresso ruolo di (Giudice) ‘Uditore’ (cfr. P. BUSELLI MONDIN, *L’Uditore secondo la Dignitas Connubii: come esercita la sua potestà giudiziale?*, in *Apollinaris*, LXXXI [2008], 761-796).

ancora inesistente ma che deve, tuttavia, essere predisposto e reso attivo. Pur all'interno di una prospettiva così profondamente diversa, tuttavia, non sembrano mutare in modo sostanziale le dinamiche sin qui evidenziate; anche le *decisioni di governo*, infatti, devono poggiare su di una solida *base cognitiva*, per quanto rivolta più alla conoscenza di circostanze e persone anche reciprocamente non-connesse (in vista della loro futura connessione, come accade, p.es., per l'affidamento di un ufficio pubblico o ecclesiastico) che non a quella di un passato in cui tali circostanze e soggetti siano già venuti in relazione e, specificamente, in quella dedotta in Giudizio. Anche in questo caso ci si troverà dinnanzi ad una nuova situazione di fatto, diversa da quella 'corrente', non importa se 'originaria' (in quanto sorga per la prima volta) o 'ricorrente' (in quanto ripristino di uno specifico passato).

Non di meno la stessa dimensione valutativa appare diversa tra 'passato' e 'futuro'; nel primo caso i 'fatti' e le 'circostanze' –già attuatisi– vengono valutati in reciproca connessione al fine di ricostruire veritativamente quanto realmente accaduto per trarne le 'dovute' conseguenze, nel secondo caso, per contro, la valutazione si esprime in modo sostanzialmente 'potenziale', cercando cioè di soppesare quanto ciò che già 'esiste' possa/debba/riesca a condizionare quanto non esista ancora... Per attuare questo tipo/genere di valutazione risulta del tutto necessario conoscere e considerare la 'finalità' della decisione stessa (dimensione intenzionale o teleologica) poiché la realtà conosciuta dovrà esser valutata 'in vista' di quella ipotizzata (=potenziale). Il giudizio di governo che ne conseguirà avrà così caratteristiche del tutto differenti rispetto a quello tipico del Giudice.

A questo si aggiunga la considerazione che, di fatto, la 'realtà' su cui si esercita il governo –anche ecclesiale– esiste indipendentemente dalla persona che deve provvedervi, la quale non è pienamente identificabile col 'ruolo' istituzionale ricoperto poiché mai nessuna decisione potrà essere assunta in modo 'impersonale' da un semplice 'funzionario'; tanto meno nella Chiesa. Va infatti considerato come l'Ufficio ecclesiastico (o pubblico) conferisca solo le potestà istituzionali (giuridiche) per poter intervenire sulla vita altrui in modo autoritativo, senza tuttavia trascurare come la Decisione possa essere presa *solo dalla specifica persona* che 'occupa' quel ruolo, innescando così la dinamica della *conoscenza-valutazione-giudizio-decisione* normalmente evocata in ambito 'esecutivo' come *discrezionalità*, ben diversa dall'*arbitrio*.

Per meglio delineare le 'peculiarità' di quest'attività decisoria è anche necessario rilevare come, data la costitutiva struttura gerarchica della Chiesa nella quale si tende a procedere in *modo elettivo* (=per libera cooptazione) e non

collegiale (=attraverso votazione), la maggior parte delle Decisioni di governo ecclesiale siano ‘libere’ per l’Autorità che le assume, la quale –al di là di eventuali ‘consultazioni’ predeterminate dal Diritto– agisce in piena autonomia ... salvo specificità che ricadano sul Diritto comune per ‘altre’ vie rispetto a quelle espressamente ‘ecclesiologiche’¹⁶⁴. In tale prospettiva non sono senza specifico rilievo i ‘campi’ affidati all’attività esecutiva di governo ecclesiale ed alle sue Decisioni: [a] ordinamento della ‘*portio Populi Dei*’ facente capo alla singola circoscrizione ecclesiastica¹⁶⁵, [b] provvisione della sua cura pastorale, [c] vigilanza sull’esercizio di tale cura. Tre attività intrinsecamente connesse, ma allo stesso tempo estremamente differenti tanto nei singoli presupposti, che nelle finalità specifiche. Tre finalità che comportano, non di meno, anche modalità specifiche di individuazione e conseguimento tanto dei singoli ‘esiti/risultati’ da perseguire (interventi ‘*ordinatori*’) che degli specifici –ed individuali/personali– interventi *provvisionali, pastorali o disciplinari*.

È in quest’orizzonte che si collocano i diversi *processi decisionali* spettanti all’Autorità ecclesiale e da essa posti nei confronti della vita sia di una moltitudine di fedeli (la circoscrizione ecclesiastica) che di alcune persone soltanto (generalmente chierici, o comunque ministri). La ‘libertà’ di principio di tali interventi non li rende tuttavia espressione della *mera volontà individuale* del decidente ma, al contrario, ne mette in risalto la specifica ‘attribuzione’ e responsabilità in capo alla sua persona ...non solo/tanto per la reale possibilità di dover rispondere di eventuali ‘danni’ derivanti dal suo agire (cfr. Can. 128) ma, molto maggiormente, per la espressa prescrizione dei Cann. 50 e 51 che impongono, nell’adottare una Decisione a riguardo di ‘singoli’¹⁶⁶, [a] di ricercare prima le notizie e le prove necessarie, [b] per quanto possibile ascoltare coloro i cui diritti possono essere lesi [c] esporre, almeno sommariamente, le motivazioni della Decisione stessa.

Conoscenza, valutazione, giudizio continuano così a palesarsi come gli elementi cardine di qualunque *Decisione* di governo ecclesiale, in modo né solo ‘alternativo’ né semplicemente ‘complementare’ alla dimensione teologico-spirituale costitutiva di tale delicatissima e preziosa attività nella Chiesa.

La *motivazione* del Provvedimento appare come la ‘sintesi’ degli elementi cognitivi, valutativi e finalistici (teleologico-intenzionali) che lo sostengono

164 Com’è stato lungo i secoli coi diversi diritti di ‘giuspatronato’ derivanti dall’assetto beneficiale della maggior parte delle attività di *cura animarum* svolte dalla Chiesa in Europa.

165 Per ovvii motivi non si considera qui l’attività pontificia rivolta all’intera Chiesa cattolica, ma si preferisce concentrarsi su quella normalmente esercitata a livello ‘particolare’ da parte dei Vescovi diocesani ed altri Prelati loro equiparati nella funzione di governo della comunità di fede.

166 Soggetti, casi, eventi...

e che potranno sollecitarne ed esigerne –salvo onerosità personali immotivate (cfr. Can. 1733)– la stabile esecuzione all’interno e nell’interesse della comunità ecclesiale.

3.3.2 L’Autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza

Nell’ottica del *conoscere per valutare* e quindi *giudicare e decidere* in campo di governo ecclesiale si pone anche la possibilità/necessità di rileggere gli strumenti previsti dall’Ordinamento canonico per sanare le situazioni in cui la Decisione di governo si mostri inadatta ad essere accolta ed attuata da parte del suo destinatario: quanto normalmente viene indicato come rimostranza (*Remonstratio*) verso la Decisione assunta dall’Autorità ecclesiale (cfr. Can. 1733).

Nell’ottica del *conoscere-valutare-giudicare-decidere* sin qui proposta, tale specifica situazione ecclesiale può essere letta, piuttosto che in chiave –immediatamente– contenziosa –come avviene di solito¹⁶⁷–, in chiave di vera e propria *Autotutela* da parte dell’Autorità di governo ecclesiale; *Autotutela* che si realizza attraverso il volontario apporto conoscitivo-valutativo del destinatario della Decisione stessa che interviene attraverso un’istanza di ‘verifica a posteriori’ dell’efficacia della Decisione assunta ma riusata.

L’ottica è innovativa poiché si tratta di non considerare più l’Atto di governo come ‘perfetto’ (cioè completo ed adatto a conseguire i propri scopi)¹⁶⁸ con la sua sola emanazione e notifica *ad normam Iuris* –come avviene per una Decisione giudiziale/aria¹⁶⁹–, ma anche attraverso l’*eventuale* –successivo– apporto volontario (poiché non specificamente richiesto) del suo destinatario. Per quanto ciò appaia difforme rispetto alla teoria sostanziale dell’Atto amministrativo canonico come espressa dalla dottrina (e recepita dal Legislatore canonico), il suo fondamento risulta non di meno di planare evidenza nella necessità –anche legale– che la Decisione di governo ecclesiale sia ad ogni buon conto e fine ‘adeguatamente motivata’ così da risultare condivisibile ed ottenere l’accoglienza ed esecuzione da parte del suo destinatario (cfr. Can. 51). Se ciò, invece, non accadesse *primo ictu* si potrebbe intervenire in un secondo momento (entro dieci giorni dalla Notifica) per conferire all’Atto decisorio le

167 Cfr. J. MIRAS - J. CANOSA - E. BAURA, *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, 2 ed. aggiornata, Roma, 2009, 335.

168 Cfr. *ivi*, 194.

169 Si veda quanto riferito alla definitività ed immodificabilità della Sentenza.

caratteristiche di condivisibilità necessarie alla sua reale efficacia, senza che ciò attivi necessariamente le ‘logiche’ e dinamiche proprie dell’*opposizione* all’atto di governo come tale e del conseguente *contenzioso* col suo autore.

L’intervento, infatti, del destinatario che –dopo la Notifica– ‘offre’ nuovi/ulteriori elementi di conoscenza e valutazione di fatti e circostanze in precedenza non adeguatamente considerate dal decidente permette di rivedere l’Atto stesso conferendogli in seconda battuta l’efficacia prima carente senza che, in tal modo, si attivi un contrasto istituzionale né l’Atto come tale sia posto in vera discussione. L’Autorità di governo ecclesiale che sapesse riconoscere nei *nuovi elementi conoscitivi e valutativi* fornitigli dal destinatario dell’Atto la necessità di operare un diverso giudizio sulla realtà sottoposta alla sua decisione potrebbe così *mutare giudizio* e relativa decisione al fine di non incorrere in un vero e proprio ‘errore’ (di *valutazione* e *giudizio*); ciò corrisponde pienamente al concetto di *Autotutela* che la dottrina amministrativistica civile più matura ha saputo mettere a fuoco nell’ultimo secolo¹⁷⁰.

È proprio la consapevolezza della complessità del *conoscere-valutare-giudicare-decidere* che –quasi– impone questo approccio alla teorizzazione dell’Atto amministrativo singolare come tale, ampliandone la concezione al fine di meglio salvaguardarne l’*efficacia* che, costituendone in effetti la finalità, ne rappresenta praticamente l’*essenza* stessa. Un Atto di governo, infatti, che non potesse sortire il proprio risultato non sarebbe sostanzialmente tale!

3.4 *Giudicare e decidere con prudenza*

Quanto sin qui espresso innesca, non di meno, un altro ambito di riflessione strettamente connesso al *giudicare-decidere*: quello della necessaria *prudenza* con cui il decidente deve comunque fare i conti al momento d’intraprendere le diverse valutazioni e scelte da operare. Ciò non vale solo per l’Autorità di governo, che procede normalmente in modo ‘discrezionale’, ma anche per il Giudice che, anche quando chiamato a decidere in dipendenza dalla Legge (la quale –solitamente– ha già previsto anche le conseguenze dei fatti portati in Giudizio) mantiene però –e deve esercitare– una propria discrezionalità circa la loro ‘quantificazione’ e ricaduta sulle parti e la comunità (sociale o religiosa).

170 Cfr. G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4 ed., Torino, 1987, II, 80-86; F. BENVENUTI, *Autotutela (Dir. amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1959, 537-556.

Dal punto di vista concettuale, l'evidente sbilanciamento/propensione verso il 'futuro' che caratterizza la *prudenza* risulta così completare la prospettiva sin qui proposta a riguardo della *conoscenza*, saldamente connessa –invece– al 'passato', rimarcando ancora una volta lo stretto legame dei *processi decisionali giuridici* con la concretezza ed *effettività della vita*. Una 'decisione giuridica', d'altra parte, non è facilmente assimilabile a qualunque altra decisione 'esistenziale'; essa, infatti, *entra nella vita* di singoli e comunità raggiungendone a volte anche gli 'strati' più intimi ...e ciò dall' 'esterno', poiché –in Diritto– il decidente ed i destinatari non si identificano (praticamente) mai.

L'entrata in gioco del 'futuro' permette, a questo punto, di riconoscere in esso l'elemento di più specifica caratterizzazione del *decidere*, rispetto alle 'attività' ad esso previe. Mentre, infatti, il *giudicare riguarda* maggiormente il *passato*, potendosi presentare come un problema essenzialmente di 'conoscenza' (di 'fatti' già conclusi), il *decidere* deve fare maggior riferimento all'*esito* del percorso: l'*azione* che ne conseguirà e le sue ricadute sull'effettivamente vivibile. Proprio questa 'attenzione previa' al futuro ed alle conseguenze su di esso dell'agire personale risulta essere parte assolutamente 'propria' dell'attività giuridica in ogni suo aspetto, chiedendo che l'assunzione di una Decisione giuridica *preveda, commisuri ed imponga* la propria ricaduta nel futuro non solo conseguentemente a quanto *conosciuto-valutato-giudicato*, ma anche tenendo conto di quanto essa stessa *produrrà di nuovo nella realtà* esistenziale degli interessati. In proposito, è percezione piuttosto comune lo *scetticismo* diffuso verso norme di Legge –e più ancora Sentenze– che impongono conseguenze (=sanzioni) di fatto inapplicabili in conseguenza di determinati Reati, giacché: è del tutto inutile comminare più ergastoli (o anche condanne a morte) alla stessa persona, così come assommare sul suo capo troppe decine di anni (=secoli) di reclusione ...oppure anche il non far scontare la pena oltre una certa età. Indubbiamente principi giuridici e norme legali esigono la 'propria parte', così come 'altri' principi e valori (quelli etici); non di meno, tuttavia, la *concreta non-effettività del deciso* rischia di denunciare l'inutilità di tutto l'apparato giuridico come tale, almeno nei sistemi giuridici maggiormente formalistici (=civil Law).

Ecco perché è alla *prudenza* che il Giudice deve fare riferimento per emettere una Sentenza che abbia una reale efficacia sul vissuto/vivibile umano; una Sentenza, infatti, che risultasse concretamente inapplicabile per qualsiasi motivo (fisico, morale, culturale, sociale, ecc.) perderebbe anche la propria stessa 'consistenza', al di là ed indipendentemente da qualsiasi sua 'motivazione' tanto sostanziale che legale. In modo non certo minore ciò si applica anche

alle Decisioni di governo la cui im-*prudenza* rischia non solo di renderle inefficaci in se stesse ma, molto maggiormente, di creare *nuovi conflitti* che turbano e destabilizzano il buon ordine sociale o comunitario, *contraddicendo* così alla radice la stessa funzione di governo. Proprio tale approccio ‘prudenziale’ ha sempre caratterizzato l’agire dell’Autorità canonica, spesso ‘a cavallo’ tra intervento *disciplinare* o *penale*, potendo fruire per correggere gli abusi tanto di una ‘via’ *giudiziale* che *extra-giudiziale* (=amministrativa, oggi) ...oltre che di un *foro interno* ed uno *esterno*, in modo da assicurare la maggior *efficacia reale* ai propri interventi.

‘Prudenza’, però, comporta ancora una volta *valutare-giudicare-decidere*, senza che la maggior attenzione posta in vista del futuro, anziché del passato, muti sostanzialmente le ‘dinamiche’ dell’intero processo decisionale.

Non sia inutile osservare in merito come lo ‘studio’ dell’attività giuridica, svolta da sempre in maggior parte nei Tribunali¹⁷¹ (o istituzioni equivalenti) –le Sentenze, in massima parte–, sia stato qualificato tecnicamente proprio come “prudenza”: *Iuris-prudentia*, mentre il resto del pensare umano si è generalmente caratterizzato come ‘logia’.

4. GIURISDIZIONE E POTESTÀ: QUALE FONDAMENTO?

4.1 *Giudicare e decidere senza autorità*

Il lungo percorso sin qui articolato pare aver messo in sufficiente rilievo –per quanto in modo indiretto (e non espressamente intenzionale)– come, in fondo, tutto quanto riguarda le ‘dinamiche’ proprie del *conoscere-valutare-giudicare-decidere* che si attua all’interno degli Ordinamenti giuridici ‘occidentali’ (tra cui quello canonico) possa reggersi –e di fatto si regga– in modo sostanzialmente ‘autonomo’, ‘auto-portante’, ‘auto-poietico’, rispetto agli Ordinamenti stessi, rispondendo a livello di strutture e dinamiche fondamentali e portanti *solo a se stesso* ed alle proprie intrinseche necessità che, come pluralmente illustrato, non hanno alcun bisogno di ricevere dall’esterno la loro ‘legittimazione’. *Auctoritas, potestas, iurisdictio*, appaiono, così, poco più che ‘figure concettuali sintetiche’, di grande utilità per semplificare la ‘presentazione’ e gestione teoretica dell’intero ambito e coordinarne alcune espressioni/dinamiche ed applica-

171 Come già sufficientemente illustrato più sopra a proposito del concetto stesso di *Ius*.

zioni concrete¹⁷², ma non –ontologicamente– necessarie al funzionamento dello *Ius* come tale.

A ben vedere, infatti, il loro maggior ruolo si pone più nella *Esecuzione* della Decisione/Sentenza (la sua effettiva ‘applicazione’ alla realtà sociale) che non nella sua ‘costruzione’ e formulazione, evidenziando come la loro necessaria ricaduta sociale/comunitaria non possa, di solito, trascurare una qualche forma di ‘istituzionalità’ attraverso la quale l’intera società/comunità –o una sua parte esistenzialmente significativa– prenda atto e soprattutto ‘urga’ le *conseguenze della Decisione* stessa: la nozione di giuridicità/Diritto già esplicitata in altra sede è pienamente rispondente proprio a questa prospettiva¹⁷³. Di fatto –p.es.– il necessario ‘deposito’ del *Lodo arbitrale*, con cui –eventualmente– si sia decisa una questione applicando il Diritto ‘interno’ ad un altro Ordinamento giuridico, è di tutta evidenza in merito poiché conferisce esecutività a ‘giudizi-decisioni’ che autonomamente non potrebbero esigerla nell’Ordinamento che dovrebbe, invece, riceverla.

Per di più: se il *dicere-Ius* è attività ‘personale’ che non abbisogna per il proprio ‘esserci’ ed attuarsi di nulla di estrinseco rispetto a chi lo pone in essere (=le parti ed il *tertius*), allora il ruolo dell’Istituzione appare chiaramente come di ‘sola’ *unificazione e garanzia* degli intenti e delle azioni di ciascuno: lo ‘spazio esistenziale condiviso’ all’interno del quale ciascuno può cercare e ricevere ciò che è ‘per-tutti’ e dare il proprio apporto ‘a-tutti’. È questa in effetti la vera forza/natura dell’Istituzione dal punto di vista sociologico ed antropologico (non politico o giuridico, che ne sono solo parziali e non-univoche derivazioni funzionali): la sua ‘esistenza’ autonoma rispetto non all’umanità come tale ma alle singole persone che di volta in volta ad essa si riferiscono.

A maggior ragione nella Chiesa la quale opera per un fine ben specifico (=la missione affidatale da Cristo), secondo modalità specifiche (=spirituali), attraverso la custodia e condivisione di un “*depositum fidei*” su cui non possiede alcuna disponibilità sostanziale. Non di meno, in essa la concreta assenza

172 Poiché non è pensabile che ogni volta in cui ci si riferisca al Diritto ed alla sua ‘dichiarazione’ si debba/possa risalire a ritroso rendendo ‘presente’ *in casu* tutta l’evoluzione dell’intera civiltà giuridica; il semplice riferimento concettuale a potestà e giurisdizione è pertanto utile per ‘sintetizzare’ quando necessariamente pre-supposto ma non puntualmente richiamabile.

173 Cfr. P. GHERRI, *Corresponsabilità*, 133: «in tal modo la *giuridicità* consiste essenzialmente nella *capacità* d’influencare le relazioni tra soggetti appartenenti allo stesso corpo socio-istituzionale mutandone in qualunque modo la situazione relazionale precedente, così che la nuova posizione relazionale di almeno uno dei soggetti (oggetti) implicati sia almeno e cumulativamente: [a] *pubblicamente riconoscibile*, [b] *relazionalmente rilevante* e [c] *istituzionalmente sanzionabile per chiunque degli altri soggetti appartenenti a quel contesto socio-istituzionale*»; Diritto risulta pertanto essere: “quanto è in grado d’influencare”.

di un reale *sistema esecutivo* delle Decisioni ne rimanda di fatto la piena efficacia all'auto-assoggettamento (volontario e consapevole) alle stesse da parte dei fedeli cui sono destinate¹⁷⁴.

Ne consegue per la Teoria generale di Diritto (anche canonico), e più specificamente per un'adeguata 'identificazione' dello *Ius*, una chiara riaffermazione del ruolo irrinunciabile e costitutivo della *conoscenza* rispetto alla *volontà*; non di meno la propedeuticità del *giudicare* rispetto al *decidere* pone in maggior risalto gli elementi *valutativi* rispetto a quelli *ottativi*, così come il *decidere*, con la sua necessaria pre-assunzione di un futuro concretamente possibile, deve rispondere a requisiti di *responsabilità* e *prudenza* difficilmente estranei a quanto già entrato in gioco all'interno dell'intero 'processo' decisionale¹⁷⁵.

Giurisdizione, quindi, come sostanziale 'conoscenza-giudizio-decisione'?

L'ipotesi non solo non è improbabile... ma anche restituirebbe lo *Ius* all'umanità, smettendo di farne sia [a] uno strumento di potere –come la cultura giuridica moderna ha invece realizzato¹⁷⁶– che [b] quel 'commercio' d'interessi che non sa più vedere la persona come tale ma solo –eventuali– 'diritti' (a volte, forse, neppure davvero 'suoi') a cui è stata progressivamente ridotta.

4.2 *L'autorità di giudicare e decidere*

Quest'ultima prospettiva che vede nascere la c.d. giurisdizione/potestà (sociale/comunitaria) in *modo pressoché autonomo* (poiché socio-antropologico) rispetto alla necessaria pre-esistenza degli Ordinamenti giuridici che in qualche modo la 'fondino' e la legittimino, riconoscendo sostanzialmente alla sola attività del *dicere-Ius* le caratteristiche necessarie e sufficienti alla vera 'creazione' dello stesso Diritto è riscontrabile anche oggi (in modo confuso ma indubbiamente efficace) nelle attività proprie (ed in quelle connesse) della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷⁷. Proprio da tale Organismo, infatti, e

174 Proprio quella "osservanza" che Grossi vede come qualificante e costituente in modo radicale la stessa giuridicità.

175 Ciò, tuttavia, non fa che riproporre una sostanziale prospettiva istituzional-personalista come plausibile 'chiave' di lettura, strutturazione e funzionamento dell'intera esperienza giuridica, canonica *in primis*.

176 Cfr: P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, in P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Per un recupero del Diritto*, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 70, Milano, 2006, 45-50.

177 Prevista dal Titolo II, Art. 19, della "Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

dalla sua attività si sta già prospettando il sorgere di una *giurisdizione vera e propria* cui gli Stati europei finiranno per trovarsi assoggettati anche contro la loro espressa volontà individuale di ‘permettere’ che ciò avvenga, p.es., attraverso un ‘conferimento’ ad essa di ‘potestà’ tradizionalmente ritenute ‘proprie’ ed inalienabili di ciascuno Stato (post-rinascimentale).

Ciò che, infatti, sta avvenendo attraverso l’azione della C.E.D.U. è proprio l’instaurarsi di una vera *referenzialità sovra-soggettiva* (in un ambito in cui i soggetti unici sono –di per sé– gli Stati aderenti all’U.E. e firmatari del Trattato di Roma istituente la stessa Corte) che esercita comunque un influsso di *‘valutazione-giudizio’* sul comportamento degli Stati in un certo numero di materie ‘decise’, tra l’altro, non dai loro Governi ma dai cittadini come tali col proprio rivolgersi a tale Organismo perché pronunci ‘il Diritto’ in tali materie, le più disparate.

Quanto tale situazione finirà per pesare sui singoli Stati in quanto –pretesamente– ‘uniche’ fonti del proprio Diritto (come dal Rinascimento si è sempre voluto sostenere col proprio “*superiorem non recognoscens*”) non può essere ulteriormente ignorato. Sarà ben difficile, infatti, che gli altri Stati aderenti all’Unione [a] tollerino a lungo le ‘difformità’ normative di qualche singolo Stato membro che la C.E.D.U. abbia ripetutamente evidenziato/contestato oppure [b] non provvedano a ‘trasferire’ in sede europea la fissazione dei parametri ‘comuni’ di riferimento per un numero sempre maggiore di materie a fondamento ‘giurisprudenziale’ comunitario o anche [c] non impongano l’osservanza/adozione di tali ‘esiti’ agli Stati che progressivamente richiedano di entrare a far parte dell’Unione¹⁷⁸ o ad essa si avvicinino, negando così di fatto il presupposto *tutto solo moderno* che vede nell’*esercizio della potestà legislativa* l’apice ed il distintivo dell’indipendenza ed autonomia di uno Stato.

Questo fenomeno, tuttavia, per quanto in modo certamente contraddittorio con le proprie stesse origini e ‘fonti’, sta già ‘illustrando’ –ma anche ‘realizzando’– in diretta il nucleo portante della fisiologia più profonda del sorgere autopoietico della c.d. giurisdizione ‘laica’¹⁷⁹. Non di meno è qui il caso

delle libertà fondamentali”, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (cfr. URL: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0D3304D1-F396-414A-A6C1-97B316F9753A/0/ITA_CONV.pdf> in data 22-12-2010).

178 La questione non è già inutile, p.es., a riguardo della ‘preparazione’ all’adesione di Stati (come la Turchia, ma non solo) di chiara impostazione giuridica ‘non-occidentale’ in cui l’elemento ‘confessionale-religioso’ gioca una parte non secondaria nella formazione della ‘cultura’ ...e, quindi, di giudizio e decisione anche giuridica.

179 Quella, cioè, che è subentrata alla sua ‘gestione’ da parte dei Pontefici ed altre figure in qualche modo referenziate ‘divinamente’.

di ricordare soltanto come da tutta l'Antichità fino al Medio Evo il vero cuore della giurisdizione (regale ed imperiale, e quindi 'personale' e non 'statale') non fosse affatto la potestà legislativa ma proprio quella *giudiziaria*.

Anche gli apporti della dottrina del Realismo giuridico (contemporaneo) delle scuole scandinava¹⁸⁰ e nord-americana¹⁸¹, in fondo, vanno esattamente nella stessa direzione: il Diritto –'reale'– è quello pronunciato dai Giudici (la "*Law in action*" di R. Pound). La prassi forense 'continentale', non di meno, non ignora né contraddice tale realtà quando –sempre più spesso– si appoggia alla Giurisprudenza (applicativa ed interpretativa) anziché al testo di Legge (puramente prescrittivo/dichiarativo), generando anche vere e proprie 'fatti-specie' che la 'Legge' formale (forse) giungerà a recepire solo a distanza di decenni, come –p.es.– per il c.d. danno esistenziale¹⁸².

4.3 Una formalizzazione 'regressiva'

Il percorso sin qui intrapreso, unitamente al riferimento alla Giurisprudenza della C.E.D.U., pongono un 'problema' di sicuro interesse proprio nell'ottica della *conoscenza-valutazione-giudizio-decisione*; un problema che tocca con immediatezza il Diritto processuale canonico, almeno nelle occasioni in cui debba interfacciarsi con gli Ordinamenti 'assoggettati' alla C.E.D.U. stessa. Si tratta, come rilevabile da un articolo di recente pubblicazione¹⁸³, dei presupposti stessi del Diritto processuale contemporaneo.

Due i *casus belli* da considerare: le Sentenze 'italiane' su due casi radicalmente diversi ma di comune origine canonica: a) nullità matrimoniale per impedimento di parentela (causa Pellegrini¹⁸⁴), b) non rinnovo della docenza universitaria per via amministrativa (causa Lombardi Vallauri¹⁸⁵).

180 La c.d. Scuola di Uppsala: A. Hägerström, K. Olivecrona, A. Ross.

181 I Giudici: R. Pound, O.W. Holmes, J. Frank.

182 Non ancora espressamente 'previsto' da alcuna Legge in Italia ma ben presente in Giurisprudenza (cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Sentenza 24 marzo 2006, n. 6572*; REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Ordinanza 25 febbraio 2008, n. 4712*; REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Sentenza 11 novembre 2008, n. 26972*; REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, *Sentenza 30 giugno 2011, n. 14402*).

183 Cfr. M. TOSCANO, *La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CXX (2009), 505-529.

184 Cfr. C.E.D.U., *Affaire Pellegrini c. Italia* (ric. 30882/96), sent. 20 luglio 2001, in URL: < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=30882/96&sessionid=63864894&skin=hudoc-fr> > (al 22-12-2010).

185 Cfr. C.E.D.U., *Affaire Lombardi Vallauri c. Italia* (ric. 39128/05), sent. 20 ottobre 2009, in URL:

Al di là della complessità strutturale e procedurale dei due casi, innescatisi per via indiretta attraverso la giurisdizione (amministrativa) italiana¹⁸⁶ –visto che la S. Sede non partecipa della Convenzione di Roma del 1950– ciò che conta è quanto emerge nella sostanza: le due Decisioni canoniche, poiché *carenti del contraddittorio processuale*, secondo la C.E.D.U. non avrebbero dovuto esser ‘riconosciute’ dall’Ordinamento italiano che, di conseguenza, è stato ‘condannato’.

La ricaduta di tali Sentenze “c. Italia” sul tema *conoscere-valutare-giudicare-decidere* che qui ci occupa è radicale poiché *esclude* di fatto (e si pretende anche ‘di Diritto’!) la strutturalità della *dimensione ‘conoscitiva’*, trasferendo la sostanzialità del Procedimento giudiziale/ario a carico del solo dibattimento processuale... anche quando esso non serva affatto, data la palese sufficienza di una semplice ‘ricognizione’ dei fatti in oggetto (come nel caso del vincolo di parentela). In questo lo stacco col sostanzialismo dell’Ordinamento canonico è considerevole e pare destinato a crescere.

Ciò che, tuttavia, emerge in questi casi non è tanto un semplice elemento di ‘incoerenza’ o ‘difficile conciliabilità’ teoretico-pratica tra Ordinamenti giuridici differenti, quanto piuttosto una *radicale differenza di pre-supposti* degli Ordinamenti stessi e, più ancora, del loro modo di *Ius-dicere*. Differenza sommariamente esprimibile in due posizioni base:

a) posizione canonica: poiché la natura del Processo canonico è sostanzialmente ‘cognitiva’ e si rivolge al raggiungimento ‘a posteriori’ della *verità dei fatti* e delle circostanze in modo da poter ‘dichiarare’ tale *status quo ante* rispetto alla disputa/contestazione dedotta davanti al Giudice, nel caso in cui tale conoscenza sia stata conseguita (o sia conseguibile) in modo certo, p.es., attraverso un Processo documentale (=massimo grado di certezza) non si richiede nessun intervento ‘esterno’ a quello del Giudice che, interrogato “*an sit/constet*” risponde “*affirmative aut negative*”¹⁸⁷;

b) posizione statutale: poiché il Processo statutale mira sostanzialmente –almeno negli ultimi decenni– alla dichiarazione di ‘colpevolezza/dolo/reato’ o ‘innocenza’ di una delle parti, non si può prescindere da una vera e propria accusa¹⁸⁸ (per quanto anche solo ‘rituale’) destinata a mostrare tale ‘condizione’ personale affinché il Giudice –eventualmente– la dichiari e la persegua.

< <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=39128/05&sessionid=63864894&skin=hudoc-fr> > (al 22-12-2010).

186 Fino al Consiglio di Stato.

187 Ciò vale anche per tutti i Decreti di ‘conferma’, p.es., delle Sentenze di primo Grado di nullità matrimoniale da parte del Giudice ‘obbligatorio’ di secondo Grado.

188 Nel Processo canonico, al contrario, è possibile anche non avere una vera ‘controparte’: nel c.d.

La distanza tra le due posizioni, per di più, si sta progressivamente ampliando poiché i vari processi di ‘laicizzazione’ (de-confessionalizzazione, demoralizzazione, de-eticizzazione) della cultura e dei necessari riferimenti di valutazione e giudizio personali dello stesso Giudice sembrano non lasciare alternativa ad una semplice e restrittiva (e parzialissima!) ‘valutazione’ *intra-processuale delle posizioni degli intervenienti* (le parti) in modo da giudicare e decidere –solo– in ragione di quanto sia effettivamente stato espresso nel corso del Processo. In tal modo, per non dover attingere alla ‘propria’ eticità (ovviamente mai ‘oggettiva’), il Giudice (‘relativista’) deve necessariamente ‘assistere’ al contraddittorio delle parti, valutando e giudicando quale in esso soccomba e quale prevalga: nulla di più.

L’identificazione di un ‘giusto Processo’ con la *sola possibilità* di ‘difendersi’ o difendere la propria posizione/pretesa processuale, come preteso dalla C.E.D.U., pare comportare (e preludere a) la *piena rinuncia a qualunque elemento cognitivo-valutativo* dell’attività giurisdizionale e di governo con privilegio di un giudizio che, non paradossalmente, diventa sempre più soggettivista ed ‘estemporaneo’.

liticonsortio infatti, pur rimanendo il Difensore del vincolo come parte ‘resistente’, cadono le figure di Attore e Convenuto (Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il liticonsortio*).

III. ARGUMENTA

Decidere per criteri: il Giudizio in *common Law*¹

LUIS M. BOMBÍN

SOMMARIO: 1. Premesse. 2. Le fonti del Diritto nel *common Law*. 3. La regola del precedente. 4. Elementi costitutivi e classi di precedente nella pratica dei Tribunali nel *common Law*. 5. L'elaborazione del precedente, cioè della norma giuridica giurisprudenziale. 6. Possibilità di superare il vincolo del precedente in Inghilterra. 7. Possibilità di superare il vincolo del precedente negli Stati Uniti: la regola *stare decisis*. 8. Importanza della Legge oggi. 9. Interpretazione della Legge (*statutory interpretation*) in *common Law*. 10. Differente approccio nell'interpretazione della Legge in *civil Law* e in *common Law*. 11. Regola del precedente, *common Law ed equity*. 12. Vantaggi e svantaggi del precedente. 13. A modo di conclusione: avvicinamento del *common Law* e del *civil Law* riguardo alle fonti del Diritto e dell'interpretazione.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The sources of law in *common Law*. 3. The doctrine of precedent. 4. Basic elements and types of precedent in the practice of courts in *common Law*. 5. The development of precedent, i.e. the judicial rule of law. 6. Possibility of overcoming the constraint of precedent in England. 7. Possibility of overcoming the constraint of precedent in the United States: the rule *stare decisis*. 8. Relevance of statutory norm today. 9. Statutory interpretation in *common Law*. 10. Different approach regarding statutory interpretation in *civil Law* and *common Law*. 11. Rule of precedent, *common Law and equity*. 12. Advantages and disadvantages of precedent. 13. Conclusion: Convergence of *common Law* and *civil Law* in their use of sources of Law and interpretation.

1 Relazione presentata in occasione della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema "Decidere e giudicare nella Chiesa", tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense nei giorni 8-9 marzo 2011.

1. PREMESSE

La differenziazione tra il Diritto civile europeo continentale (anche denominato famiglia romano-germanica o, in ambito di lingua inglese, *civil Law*) e il Diritto di matrice inglese o *common Law*, per quanto riguarda il Processo e in particolare la Sentenza, è nota, almeno a tratti generali, a quanti s'interessano al Diritto comparato. Con più o meno sfumature, si dice e si ripete nei manuali di Diritto comparato che il *civil Law* ha come fonte primaria la Legge, redatta secondo principi di generalità, sistematicità e razionalità, mentre il *common Law* ha come fonte primaria del Diritto la Giurisprudenza, basata sul principio del precedente giudiziario o *regola del precedente*.

Nel *civil Law* i Giudici accertano e determinano qual è la Legge, cioè qual è la norma generale applicabile al caso concreto sul quale devono decidere. La fonte primaria del Diritto è dunque la Legge. Le Sentenze fanno Diritto tra le parti litiganti e solamente tra di esse, cioè hanno un'efficacia che ha dei chiari limiti sia dal punto di vista del soggetto (cioè le parti litiganti) che dal punto di vista dell'oggetto in causa (cioè la *causa litis*):

- dal punto di vista del soggetto, perché la Sentenza ha valore solamente nei confronti delle parti in Causa e non è trasferibile, per analogia, a parti estranee al Processo o a casi simili posteriori;
- dal punto di vista dell'oggetto della lite, perché la Sentenza si riferisce singolarmente ed esclusivamente al bene o interesse discusso nel Processo, e non può essere estrolata ad altri beni o interessi simili.

Il *civil Law* è dunque un modello dove prevale un approccio al Diritto dall'alto in basso, dalla norma generale alla sua applicazione al caso concreto. La norma generale o Legge, essendo chiaramente determinata prima di ogni azione processuale, è il criterio guida fondamentale che il Giudice deve seguire nell'emettere la Sentenza. È proprio questo che si vuol dire quando si afferma che nel *civil Law* la fonte principale del Diritto è la Legge.

Nel *common Law*, al contrario, il Giudice è soggetto attivo nella creazione del Diritto. Il Giudice emette la Sentenza non attraverso l'interpretazione e conseguente applicazione al caso concreto di una norma generale o Legge, ma prendendo in conto tutti i particolari del caso concreto e facendosi guidare da eventuali decisioni prese precedentemente da altri Giudici in circostanze simili.

Conseguentemente, si dice, nel *common Law*, il Giudice crea il Diritto attraverso la Sentenza, in quanto, attraverso di essa, determina i *criteri giuridici* che dovranno essere applicati nel futuro a tutti i casi dove sia controverso un oggetto simile e dove le circostanze della controversia siano abbastanza paragonabili. È proprio per questo che si afferma che, nel *common Law*, la

Giurisprudenza è la fonte principale del Diritto mentre la Legge ha una funzione piuttosto secondaria.

2. LE FONTI DEL DIRITTO NEL *COMMON LAW*

Esporrò brevemente quali sono i principali criteri che il Giudice del *common Law* segue per decidere su un caso concreto. Essendo il *common Law* un Diritto giurisprudenziale o *per casi*, l'esposizione non avrà un carattere teorico ma prammatico, tenendo necessariamente in conto alcuni casi concreti. A continuazione, mi soffermerò sul tema della relazione esistente nel *common Law* fra Giurisprudenza e Legge come fonti complementari di Diritto, così come sui criteri d'interpretazione della Legge nel *common Law*. Per facilitare l'esposizione, accennerò a elementi di Diritto comparato, soprattutto riguardo alla famiglia del *civil Law* o famiglia romano-germanica.

Il sistema di *common Law* è, non soltanto ma soprattutto nelle sue origini, un sistema nato fondamentalmente nei Tribunali, cioè è un sistema giurisprudenziale, intendendo questa espressione nel senso di *basato sulle decisioni giudiziarie*². Questo, come è noto, è dovuto alle origini feudali del sistema, al fatto che le Università e la dottrina hanno avuto un influsso quasi irrilevante durante i periodi di nascita e di prima affermazione del *common Law*, e alla mancanza di uno sforzo di sintesi da parte del Legislatore o della dottrina. Infatti, né il Legislatore né la dottrina hanno mai operato un riordinamento profondo e generale del *common Law* mediante una codificazione³.

La Legge, denominata in inglese *Statute*, ha avuto nella storia del *common Law* un'importanza piuttosto secondaria, essendo spesso soltanto un espedien-

2 I termini "Giurisprudenza" in *civil Law* e "Jurisprudence" in *common Law* sono tipici esempi di quegli *acoustic agreement* che facilmente inducono in abbagli proprio per la loro somiglianza. *Jurisprudence* non indica la *Giurisprudenza* qual è intesa nel *civil Law* ma, a seconda dei casi, la Teoria generale del Diritto, la Scienza del Diritto, o la dottrina. Il concetto continentale di *Giurisprudenza* va tradotto non come *case Law* o *Judge-made Law* ma come *decisions of the Court* (cfr. F. DE FRANCHIS, Voce: *Jurisprudence*, in *Dizionario giuridico - Law Dictionary, Inglese-Italiano*, vol. 1, Milano, 1984, 902. E anche nel volume posteriore e complementare: F. DE FRANCHIS, Voce: *Giurisprudenza*, in *Dizionario giuridico - Law Dictionary, Italiano-Inglese*, vol. 2, Milano, 1996, 841). È interessante anche la definizione della voce *Jurisprudence* dell'*Oxford dictionary of Law*: definizione che inizia con le seguenti parole: «*Jurisprudence: The theoretical analysis of legal issues at the highest level of abstraction*». E.A. MARTIN - J. LAW, *A dictionary of Law*, 6 ed., London, 2006, 299.

3 R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5 ed. it. (R. SACCO, cur.), Padova, 2004. Il tema della *Giurisprudenza* è trattato nelle pagine 291-311.

te per correggere le difficoltà e le aporie della Giurisprudenza quando questa fu portata all'estremo⁴. Ad ogni modo, oggi c'è una situazione più complessa in quanto la Legge e il precedente conformano contemporaneamente, come fonti di Diritto, il lavoro del Giudice; oggi il Giudice si trova a decidere dovendo tenere in conto due prospettive non univoche (Legge e precedente) che sono complementari ma, in un certo senso, anche di accezione contrapposta.

3. LA REGOLA DEL PRECEDENTE

Nella famiglia romano-germanica la ricerca dei principi del Diritto è tradizionalmente avvenuta all'interno di un corpo di regole prestabilito: il *Corpus Iuris civilis* al tempo di Giustiniano o le Leggi o i Codici moderni ai nostri giorni. In questa famiglia la Giurisprudenza svolge, normalmente, un compito ancillare. Questo principio è egregiamente affermato dal Codice di Giustiniano, quando attesta che non si deve giudicare mediante esempi ma seguendo le norme generali: «*non exemplis sed Legibus iudicandum est*»⁵. Le decisioni giurisprudenziali possono avere certamente una loro autorità ma, tranne casi molto eccezionali, non sono considerate come fonti di norme giuridiche⁶.

La situazione è molto differente nel *common Law*; anzi è in qualche modo diametralmente opposta. Si potrebbe affermare che nel *common Law* si giudica, esattamente come proibiva il Codice di Giustiniano: nel *common Law* si giudica per esempi e non per norme generali.

Il *common Law*, appena influenzato dall'autorità del Diritto romano, è stato creato dalle Corti regie di Westminster: è dunque un Diritto basato sulle

4 Per il tema della Legge nel *common Law*, si veda: R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 311-317.

5 Il detto, che è quasi sempre ripetuto senza indicare la fonte, proviene dal Codice di Giustiniano ed è specialmente interessante nel contesto della Storia delle fonti del Diritto. Trattando del rapporto fra le varie Sentenze dei Giudici, si afferma che il Giudice non deve giudicare seguendo gli esempi delle Sentenze anteriori, anche se emesse da grandi giuristi, e si comanda che tutti i Giudici devono seguire la verità e le orme delle Leggi e della giustizia. Ecco il testo originale: «*nemo Iudex vel Arbitr existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis Sententias eminentissimorum Praefectorum vel aliorum Procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum Iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed Legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi Magistratus prolatae Sententiae: sed omnes Iudices nostros veritatem et Legum et iustitiae sequi vestigia sancimus*». C. 7, 45, 13, citato secondo l'edizione di: P. KRUEGER, *Corpus Iuris civilis. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, 15 ed., Dublin - Zürich, 1970, 316.

6 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 304.

decisioni dei Giudici, un Diritto giurisprudenziale. La Giurisprudenza non ha avuto all'inizio il compito di applicare le norme giuridiche generali ma, in un primo momento, ha dovuto produrre la norma giuridica. Questo compito di ricerca della norma giuridica ha dato alla Giurisprudenza, in concreto al Giudice, nel *common Law* un'autorità e un prestigio che il Giudice non aveva e non poteva avere nel continente europeo. Le norme imposte dalle Sentenze dei Giudici del *common Law* dovranno essere seguite dal momento in cui sono emesse in poi, sotto pena di mettere a rischio ogni certezza del Diritto e compromettere così l'esistenza stessa del *common Law*⁷.

Quest'obbligo per ogni Giudice di seguire le norme trovate dai Giudici precedenti si conosce come la regola del precedente (*the rule of precedent*), o la regola dello "stare decisis" seguendo l'aforisma "stare decisis et non quieta movere" (attenersi a quello che è stato deciso precedentemente e non agitare quello che è a riposo).

È una regola che necessariamente deve essere presente in un sistema giurisprudenziale per procurare una certa garanzia di uniformità. Infatti, fin dall'inizio del *common Law*, la regola del precedente è stata usata per garantire la certezza e la sicurezza del Diritto. Orbene, il bisogno di certezza giuridica ha avuto un momento di decisa affermazione verso la metà del XIX secolo, ed è in quel momento che la regola del precedente è diventata strettamente obbligatoria in Inghilterra. La tendenza legalista propria del secolo XIX, alla quale corrisponde in Francia la Scuola dell'Esegesi, ha spinto in Inghilterra verso un'attuazione rigorosa della regola del precedente⁸.

Limitandoci al caso dell'Inghilterra, la regola del precedente ha una portata molto concreta, che si può ridurre, in modo molto schematico, a questi punti:

- le Sentenze della *House of Lords*⁹ sono precedenti vincolanti; devono essere seguite da tutti i Tribunali, salvo la *House of Lords* stessa;
- le Sentenze dei Tribunali d'Appello (*Court of Appeal*) sono vincolanti per tutti i Tribunali gerarchicamente inferiori a quel Tribunale d'Appello; sono anche vincolanti per il proprio Tribunale d'Appello;

7 Cfr. *Ibidem*.

8 Questa presenza della tendenza legalista in tutta Europa è messa in rilievo da: R. DAVID - C. JAUFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 304 ss.

9 È da notare che fino a ottobre di 2009 il Tribunale di più alto grado in Inghilterra era il Tribunale della *House of Lords*. In quella data il Tribunale della *House of Lords* fu abolito e sostituito dalla *Supreme Court* (cfr. J. MARTIN, *The english legal system*, 6 ed., London, 2010, 22-23). In questo testo uso le due espressioni alternativamente in funzione del contesto storico.

- le Sentenze dell'Alto Tribunale di Giustizia (*High Court of Justice*) sono vincolanti per gli Organi giurisdizionali inferiori;
- è da notare, inoltre, che la regola del precedente si attua non soltanto sulle decisioni attinenti ai casi concreti presentati ai Giudici ma anche sull'interpretazione delle Leggi (*statute Law*) che eventualmente dovrebbero disciplinare tali casi. Si può affermare che, in base a questo principio, le *disposizioni della Legge inglese finiscono per essere rapidamente sommerse sotto una marea di decisioni giurisprudenziali, la cui autorità sostituisce quella dei testi legali*¹⁰.

4. ELEMENTI COSTITUTIVI E CLASSI DI PRECEDENTE NELLA PRATICA DEI TRIBUNALI NEL *COMMON LAW*

4.1 *L'elemento costitutivo del precedente*¹¹

La decisione o Sentenza (*Judgment*) ha due parti con caratteristiche differenti:

- a) il motivo della Sentenza (*Ratio decidendi*)
È la ragione concreta sulla quale si appoggia la Sentenza. Questo è propriamente l'elemento che costituisce il precedente per i casi posteriori. La *ratio decidendi* è qualunque principio che il Giudice, espressamente o implicitamente, ha considerato come passo necessario per arrivare alla sua conclusione;
- b) le considerazioni marginali (*Obiter dicta*)
Il resto della Sentenza è denominato *considerazioni dette al margine* o *obiter dicta*. Queste considerazioni non sono vincolanti per il Giudice posteriore, malgrado possano avere una certa rilevanza qualora il Giudice indichi come avrebbe risolto il caso se le circostanze fossero state differenti. Questa situazione ipotetica è parte degli *obiter dicta*, ed è dunque non vincolante, ma potrebbe essere di utilità nel futuro.

10 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 309.

11 Ci sono diverse opere che espongono in modo chiaro e, in quanto possibile, ameno il sistema del *common Law* in Inghilterra. Fra questi è da raccomandare la seguente: J. MARTIN, *The english*, 308; l'autrice ha migliorato l'opera in ogni nuova edizione; l'attuale sesta è di gradevole lettura tanto del punto di vista concettuale come grafico.

Un problema non indifferente nella pratica è la separazione della *ratio decidendi* dalle considerazioni *obiter dicta*, giacché non c'è una forma grafica che le distingua e spesso la linea logica di separazione si presta a discussione.

Elemento caratteristico del *common Law* è la particolare importanza attribuita all'opinione dissenziente (*dissenting opinion*) che è molto rilevante nell'economia del precedente. I Tribunali d'Appello (le *Divisional Courts*, la *Court of Appeal* e la *Supreme Court*) sono composti generalmente da tre Giudici, e almeno da due. Nella *Supreme Court* il Collegio giudicante deve essere composto da un numero dispari di Giudici (3, 5, 7, o 9)¹². A volte l'opinione dissenziente, dopo alcuni anni, è diventata fonte di novità giudiziarie.

4.2 Classi di precedenti

a) Il precedente originario (*Original precedent*)

Se sul tema in discussione non c'è stata in precedenza nessuna decisione giudiziaria, quello che il Giudice deciderà formerà un nuovo precedente, cioè un precedente originario, per il futuro. Anche in questi casi, il Giudice tenterà generalmente di dare una soluzione consona con casi anteriori che, anche se non simili, abbiano una qualche analogia. Oggi si vede in questo procedimento la prova del potere dei Giudici di creare Diritto (*creating new Law*).

Come esempio si adduce il caso *Hunter v Canary Wharf Ltd and London Docklands Development Corporation (1955)*. La torre della televisione *Canary Wharf Tower* (250 metri di altezza e 50 metri di lato) fu costruita nel 1990 e gli abitanti della zona incoaronarono contro i costruttori un procedimento per interferenza delle onde televisive. Gli abitanti non furono compensati perché l'interferenza del segnale televisivo non dà diritto all'azione (così come, analogamente, non lo dà la perdita di una bella vista del paesaggio).

b) Il precedente vincolante (*Binding precedent*)

È la decisione emessa da un Giudice in un caso precedente che deve essere seguita posteriormente dal Giudice nei casi posteriori, anche se quest'ultimo Giudice non fosse d'accordo con il principio legale adottato nella decisione originaria. Il precedente vincolante è tale e deve essere seguito sempre che gli elementi del secondo caso siano sufficientemente simili a quelli del caso originale, e sempre che la decisione sia stata emessa da un Tribunale superio-

12 Cfr. J. MARTIN, *The english*, 22-23.

re (in qualche caso, anche se il Tribunale è dello stesso livello) al Tribunale giudicante.

c) Il precedente persuasivo o in forza alla persuasione (*Persuasive precedent*)

È la decisione giudiziaria emessa in un caso anteriore che, *per sé*, non vincola il Giudice posteriore ma presenta, a giudizio di quest'ultimo Giudice, elementi talmente persuasivi e convincenti che in pratica deve essere seguita.

Nel sistema inglese, il precedente persuasivo può originarsi da diverse fonti.

Il precedente persuasivo può darsi, in alcuni casi piuttosto rari, se la decisione anteriore proviene da un Tribunale inferiore. È famoso il caso *R v R (1991)* dove la *House of Lords* seguì la Sentenza della *Court of Appeal* in un caso di violenza (in determinate circostanze il marito può essere tenuto responsabile di violenza all'interno del Matrimonio).

Il precedente persuasivo può darsi se la decisione anteriore proviene dal *Judicial Committee of the Privy Council*. Le decisioni di questo Collegio, che ha giurisdizione sui casi d'Appello provenienti dai territori dipendenti e da alcuni Paesi del Commonwealth, non sono tecnicamente Sentenze ma solamente consigli alla Corona (*advice to the Crown*). Le decisioni non diventano finali finché non sono incorporate in una *Order in Council*. Per questa ragione le opinioni dissenzienti non erano pubblicate e lo furono solamente a partire del 1966¹³. Le decisioni del *Committee* non sono vincolanti sui Tribunali inglesi ma hanno solamente autorità persuasiva in quanto molti membri del *Committee* sono dei Lords o grandi giuristi e spesso membri dei Tribunali più alti.

Come esempio, si cita il caso *A-G for Jersey v Holley (2005)* nel quale la maggioranza del *Committee* (6 su 9) decise che, nel caso di una persona che si difende da una provocazione, l'imputato deve essere giudicato secondo gli standards di una persona dotata di ordinaria facoltà di autocontrollo. Questa decisione era contraria a una Sentenza anteriore della *House of Lords* e, ciononostante, nel caso *R v Mohammed (2005)* la *Court of Appeal* seguì la decisione emessa in *A-G for Jersey v Holley (2005)* e tralasciò la Sentenza della *House of Lords*. Posteriormente, nel caso *R v James; R v Karimi (2006)* la *Court of Appeal* confermò che la decisione in *A-G for Jersey v Holley (2005)* doveva essere seguita in Inghilterra e Galles¹⁴.

Il precedente persuasivo può darsi ugualmente se la decisione proviene dalle considerazioni marginali (*obiter dicta*), soprattutto se le considerazioni

13 Cfr. Voce: *Judicial Committee of the Privy Council*, in E.A. MARTIN - J. LAW, *A dictionary*, 296.

14 Cfr. J. MARTIN, *The english*, 24.

furono fatte nella *House of Lords*. Questo è chiaro nel caso della normativa sulle azioni sotto minaccia o coazione (*Law on duress*) dove la *House of Lords* (*R v Howe 1987*) ha determinato che la coazione non esime dalla imputabilità nel caso di omicidio.

Il precedente persuasivo può darsi se la decisione proviene da un'opinione dissenziente (*dissenting opinion*), specialmente se l'opinione dissenziente fosse emersa nella *House of Lords*.

Finalmente il precedente persuasivo può anche provenire dalle decisioni di Tribunali stranieri che seguono i principi di *common Law*, come Canada, Australia, e Nuova Zelanda.

5. L'ELABORAZIONE DEL PRECEDENTE, CIOÈ DELLA NORMA GIURIDICA GIURISPRUDENZIALE

Il momento critico nella creazione di una norma giurisprudenziale (o *regula Iuris = rule of Law*) consiste nell'accertare se il caso da risolvere in un momento determinato da parte del Giudice abbia delle somiglianze o delle differenze con un caso risolto da un altro Giudice precedentemente.

Nel fare ciò, il Giudice può estendere o restringere il significato della soluzione data precedentemente. Quando creda giusto ampliare la *regula Iuris*, il Giudice valuterà che alcuni elementi considerati essenziali nel caso precedente non sono applicabili al caso attuale. Quando il Giudice creda giusto restringere l'applicazione della *regula Iuris*, darà importanza a elementi che nel caso precedente non furono considerati decisivi.

Ad ogni modo, è interessante costatare che, nell'emettere la Sentenza, il Giudice tenderà sempre ad affermare che la *regula Iuris* che lui segue nella sua decisione in qualche modo è sempre la stessa che è stata in vigore precedentemente. E assumerà sempre che in qualche modo ci sia una *regula Iuris* corretta che può e deve applicarsi al caso che lui deve decidere¹⁵.

Queste affermazioni, che si possono sostenere senza dubbio del *common Law* in generale, hanno conferma particolarmente nel Diritto degli Stati Uniti d'America. Lo *stare decisis* non è visto come un'affermazione assoluta del principio del precedente (*rule of Law*) ma piuttosto come un principio di *policy*, cioè come un sistema di ragioni sia di giustizia sia di opportunità che favorisce Sentenze che sono simili per i casi simili. Questo principio di *poli-*

15 Cfr. P. STEIN, Voce: *common Law (Paesi di)*, I) *Diritto Inglese*, 4.4, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988.

cy non si basa su specifiche norme positive generali, ma sul *riconoscimento dei vantaggi derivanti dall'affidamento fatto sui precedenti* a fini di stabilità e prevedibilità del Diritto, nonché di efficienza dell'amministrazione della giustizia¹⁶.

In questo senso si può affermare senza dubbio, che il Giudice americano si trova molto affrancato dal seguire il precedente e può aderire senza complessi alla concezione del Realismo giuridico e della Giurisprudenza sociologica¹⁷.

6. POSSIBILITÀ DI SUPERARE IL VINCOLO DEL PRECEDENTE IN INGHILTERRA

In relazione al Diritto inglese, il Giudice ha tre metodi per superare il precedente che consideri erroneo¹⁸.

a) Il metodo della distinzione (*Distinguishing*)

Il primo metodo per non seguire un precedente che teoricamente sarebbe vincolante è la *distinzione*. Il Giudice considera che i fatti materiali del caso che sta esaminando sono sufficientemente differenti da permettergli di distinguere fra il caso anteriore e il caso presente.

I due esempi da manuale si riferiscono a cause di Diritto matrimoniale, dove la sposa presenta una domanda contro il marito per inadempimento contrattuale (*breach of contract*). In *Balfour v Balfour (1919)* il Giudice non accettò che fosse un inadempimento perché i coniugi non erano considerati parti di un vero contratto vincolante ma solo di un arrangiamento domestico (*not a legally binding contract but a domestic arrangement*). In *Merrit v Merrit (1971)*, il Giudice accettò che fosse inadempimento, perché l'accordo fra marito e moglie fu fatto dopo la separazione; dunque, era un contratto esigibile (*legally enforceable contract*).

b) Il metodo del rovesciamento (*Overruling*)

Il secondo metodo per non seguire un precedente vincolante è semplicemente non accettarlo. Il Giudice stabilisce direttamente che il precedente è erroneo. Naturalmente, questo non può permetterselo qualunque Giudice.

16 Cfr. J.H. MERRYMAN, Voce: *common Law (Paesi di)*, III) *Diritto degli Stati Uniti d'America*, 4, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988.

17 Nell'articolo citato sopra (J.M. MERRYMAN, Voce: *common Law*) l'autore dedica la breve ma interessante Sezione 4 alla Regola del precedente (o *stare decisis*).

18 Cfr. J. MARTIN, *The english*, 35.

Lo può fare la *House of Lords* riguardo a precedenti della *Court of Appeal* e riguardo ai propri precedenti. In questo contesto è da notare che la *Supreme Court*, che a ottobre del 2009 ha sostituito il Tribunale della *House of Lords*, è subentrata nelle funzioni giudiziarie alla *House of Lords*; infatti c'è fra le due Istituzioni una continuità giuridica.

Nel passato si è discusso parecchio sulla facoltà che la *House of Lords* aveva di rovesciare le proprie Sentenze. Una discussione della quale un giurista dell'Europa continentale, abituato a non considerare i propri Tribunali supremi vincolati così fermamente alle proprie decisioni, prende atto con sorpresa. In Inghilterra la situazione è mutata negli anni. All'inizio si affermava che la *House of Lords* poteva rovesciare le proprie Sentenze, ma durante il secolo XIX quest'approccio flessibile sparì poco a poco. Alla fine del secolo XIX, nel caso *London Street Tramways v London County Council (1898)*, la *House of Lords* decise che la certezza del Diritto era più importante dei possibili danni causati agli individui per il fatto di seguire il proprio precedente. Dal 1898 al 1966 la *House of Lords* si considerava totalmente vincolata dai propri precedenti, a meno che la decisione precedente fosse stata emessa *per incuriam*. Questa situazione, che non era soddisfacente perché non poteva tenere in conto i cambiamenti sociali, mutò radicalmente nel 1966 quando la *House of Lords* emise un *Practice Statement*¹⁹ mediante il quale rovesciò il precedente (o *rule of Law*) del caso *London Street Tramways v London County Council (1898)*. Dal 1966 la *House of Lords* si considera libera di rovesciare un proprio precedente quando l'adesione a un tale precedente possa condurre a ingiustizia o possa bloccare lo sviluppo del Diritto²⁰.

Naturalmente anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in breve in inglese, *European Court of Justice*) con sede a Lussemburgo, che dal 1973 è il Tribunale di più alto grado in Inghilterra e Galles per le materie comunitarie, è libera di contraddire le proprie Sentenze precedenti. Questa osservazione, che per un giurista europeo continentale è semplicemente ovvia

19 Nell'Ordinamento inglese le *Superior Courts* sono munite di una *inherent or functional jurisdiction* che consiste nel potere di emanare direttive prammatiche (*Practice Directions o Practice Statements*), dirette a regolare quelle parte della procedura non previste dalle *Rules of Law*. Si tratta di un potere non limitato a questioni procedurali e che si estende sorprendentemente a temi di grande importanza, come si vede nell'uso che la *House of Lords* fece delle *Practice Statement* del 1966 dove stabilì il proprio potere di dichiararsi non vincolata dai propri precedenti. Si veda in proposito: F. DE FRANCHIS, Voce: *Practice*, in *Dizionario giuridico - Law Dictionary, Inglese-Italiano*, vol. 1, Milano, 1984, 1164.

20 È interessante notare le parole usate dal *Practice Statement* di 1966: «*Their Lordships nevertheless recognise that the rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the Law*», citato da: J. MARTIN, *The english*, 28.

riguardo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, merita una nota speciale nei manuali di *common Law*.

c) Il metodo del cambio della decisione in Appello (*Reversing*)

Il terzo metodo per non seguire un precedente vincolante è cambiarlo in Appello. Un Tribunale superiore contraddice, in Appello, la decisione del Tribunale inferiore.

7. POSSIBILITÀ DI SUPERARE IL VINCOLO DEL PRECEDENTE NEGLI STATI UNITI: LA REGOLA “*STARE DECISIS*”

Il principio e la prassi dello “*stare decisis*” sono presenti costantemente nella vita reale dei Tribunali degli Stati Uniti d’America. I concetti usati e l’atteggiamento dei Giudici degli Stati Uniti riguardo al precedente sono molto simili a quelli dei Giudici inglesi.

Ad ogni modo, la regola “*stare decisis*” non ha negli Stati Uniti lo stesso rigore che la regola del precedente in Inghilterra. Ciò è dovuto, in primo luogo, alla struttura federale degli Stati Uniti, e, in secondo luogo e soprattutto, al fatto che gli Stati Uniti hanno avuto dall’inizio un approccio molto più positivo verso la norma generale e si sono dovuti confrontare con essa e con i relativi criteri d’interpretazione tipici del *civil Law*.

Ne segue che lo “*stare decisis*” ha una forte limitazione. La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte Suprema di ogni Stato all’interno della federazione non sono tenute a seguire le proprie decisioni. Di fatto, i mutamenti di Giurisprudenza della Corte Suprema sono abbastanza frequenti. Ciò è dovuto al significato permanente e, allo stesso tempo, duttile attribuito alla Costituzione.

Si percepisce negli Stati Uniti un vero culto della Costituzione che non è presente in altri Paesi. La Costituzione deve durare e, per durare, deve adattarsi alle circostanze attraverso gli emendamenti o attraverso l’interpretazione. Gli emendamenti ratificati dal 1787 sono stati solamente 27; tutto il resto del lavoro di attualizzazione è stato fatto attraverso l’interpretazione del testo. L’interpretazione ha toccato aspetti fondamentali come, per esempio, il superamento dell’eccessivo individualismo dei primi 120 anni. Ci sono tre casi da manuale che illuminano la situazione in quegli anni e che solo attraverso un’interpretazione posteriore della Costituzione è stata superata. I casi sono:

- *Dredd Scott case (1856)*. È il caso che è all’origine della guerra di secessione. Alcune Leggi statali avevano vietato la schiavitù. La Corte Suprema decise che il Congresso non poteva vietarla.

- *Lochner v New York (1905)*. Una Legge di New York aveva protetto i panettieri limitando a 60 ore la durata del loro lavoro settimanale. La Corte Suprema decise che lo Stato non poteva togliere la libertà d'impresa e dichiarò incostituzionale la Legge.
- *Hammer v Dagenhart (1910)*. Una Legge del Congresso aveva protetto i minori di 14-16 anni vietando di impiegarli di notte o per più di 40 ore settimanali. La Corte Suprema dichiarò incostituzionale tale Legge²¹.

8. IMPORTANZA DELLA LEGGE OGGI

Negli ultimi anni si è realizzato un fortissimo sviluppo legislativo in Inghilterra che ha modificato profondamente l'antico Diritto del *common Law*²². In breve, si possono indicare tre grandi fonti dalle quali questo sviluppo legislativo ha avuto origine in Inghilterra²³.

- a) Si sono moltiplicate le Leggi dirigiste in molti campi (sicurezza sociale, economia, istruzione, sanità, trasporti). Tanta fu la proliferazione delle Leggi approvate dal Parlamento che nel 1965 (*Law Commission Act 1965*) fu costituito un nuovo Organismo, appunto la *Law Commission*, per studiare come semplificare e migliorare le innumerevoli Leggi emanate negli anni precedenti.
- b) Nel 1973 ebbe luogo l'accesso all'Unione Europea (*European Communities Act 1972*). Dal punto di vista giuridico la portata di questo ingresso fu enorme, giacché ha significato l'accettazione di tutto l'"*acquis communautaire*"²⁴, incluse le norme generali e soprattutto l'approccio interpretativo alle stesse. Da questo punto di vista, il *common Law* si è visto posto a confronto con una mentalità e una logica interpretativa nuove e in qualche modo estranee.
- c) La ratifica (*Human Rights Act 1998*) della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, ha significato un'ulteriore affer-

21 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 361, nota n. 190.

22 Cfr. J. MARTIN, *The english*, 90-91.

23 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 312, nota n. 190.

24 L' *acquis communautaire* corrisponde alla 'piattaforma di diritti ed obblighi comunitari' che vincolano l'insieme degli Stati membri dell'Unione europea; tale piattaforma è essenzialmente costituita dal Trattato di Roma (e sue integrazioni) oltre alla notevole mole di Diritto derivato.

mazione del nuovo approccio. Questa ratifica ha approfondito l'accettazione delle norme generali e dei criteri d'interpretazione delle stesse.

Rispetto agli Stati Uniti d'America, già si è detto come le norme generali o Leggi, in primo luogo della Costituzione, siano state fondamentali fin dalla nascita della nazione.

9. INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE (*STATUTORY INTERPRETATION*) IN *COMMON LAW*

L'interpretazione delle Leggi sempre è stata necessaria. Orbene, il numero crescente delle Leggi conferisce una crescente importanza all'interpretazione. Si suole affermare che in *civil Law* i criteri d'interpretazione delle Leggi si trovano nel testo, nel contesto, e nell'intenzione del Legislatore. Nel *common Law* ci sono criteri alquanto differenti e basati fortemente sui precedenti. Ci sono due ragioni per quest'approccio.

In primo luogo, nel *common Law* c'è una certa diffidenza riguardo ai principi generali, perché si dà un ruolo preponderante alle procedure giurisdizionali e alle sanzioni, d'accordo con il principio *remedies precede rights* e si afferma una concezione peculiare e propria della *regula Iuris*. Per il *common Law* la *regula Iuris* (*legal rule*) non significa una massima di Diritto ma la norma pratica che scaturisce dal precedente.

In secondo luogo, nel *common Law* si attribuisce una tensione speciale fra interpretazione letterale e interpretazione secondo le intenzioni o lo scopo del Legislatore (*literal approach e purposive approach*). Lo scopo perseguito dal Legislatore, che è una categoria propria del *civil Law*, è lontano dalla mentalità del *common Law*.

Il caso *Cheeseman v DPP (1990)* illustra molti dei problemi che il *common Law* ha trovato a causa dell'uso eccessivo dell'interpretazione letterale e della non accettazione dello scopo del Legislatore come criterio d'interpretazione della Legge (*statutory interpretation*). Nel caso in questione la Legge *Town Police Clauses Act 1847* puniva chi esponeva indecentemente la propria persona per strada per infastidire i passanti; *Cheeseman* vinse l'Appello perché i poliziotti che erano stati testimoni della pubblica indecenza non erano *passanti* e il bagno pubblico non era una *strada*. Solamente si trovò una soluzione quando il *Public Health Amendment Act 1902* estese il concetto di *strada a luogo pubblico*²⁵.

25 Citato da: J. MARTIN, *The english*, 82.

I metodi interpretativi in common Law sono abbastanza complessi e hanno caratteristiche differenti dei metodi interpretativi usati in *civil Law*. I Giudici inglesi non si sono messi d'accordo sui metodi d'interpretazione ma, nel decorso degli anni, hanno sviluppato tre differenti regole interpretative fondamentali. Sono le seguenti²⁶.

9.1 *La regola della lettera o letterale (the literal Rule)*

In base a questa regola, il Giudice darà alle parole il loro significato semplice, ordinario o letterale, anche se il risultato non è molto ragionevole. Questa idea fu espressa chiaramente da Lord Esher nel caso *R v Judge of the City of London Court (1892)*: se le parole di una norma sono chiare, devi seguirle, anche se conducono a una manifesta assurdit ²⁷.

La regola   stata sviluppata agli inizi del secolo XIX ed   stata la principale regola usata, anche se con una certa frequenza ha dato dei risultati irragionevoli. Alcuni esempi sono molto illustrativi. Nel caso *Whitely v Chappell (1868)* l'imputato fu accusato di violare una Legge che proibiva di sostituire nelle votazioni le persone *aventi Diritto al voto*. L'imputato aveva sostituito un morto, e non fu condannato perch  un morto non ha Diritto al voto. Nel caso *London and North Eastern Railway Co v Berriman (1946)* si trattava di un lavoratore delle ferrovie che era morto, preso in pieno da un treno mentre *metteva grasso* sui sistemi di scambio dei binari, senza che ci fosse un addetto vigilante. La vedova non ebbe il risarcimento perch  il vigilante era richiesto solo quando si doveva *riparare* qualcosa.

9.2 *La regola d'oro (the golden rule)*

La regola d'oro   una modificazione della regola letterale; il Giudice pu  interpretare le norme in modo tale da evitare i risultati assurdi. Ci sono due posizioni riguardo all'estensione della regola. La prima difende un'interpretazione molto stretta. Il caso esemplificativo   *R v Allen (1872)*. Allen aveva contratto due Matrimoni e affermava di non esser bigamo perch  il suo secon-

26 Le tre norme interpretative sono riassunte molto chiaramente da: J. MARTIN, *The english*, 83-86.

27 «If the words of an act are clear then you must follow them even though they lead to a manifest absurdity. The Court has nothing to do with the question whether the legislature has committed an absurdity» citato da: J. MARTIN, *The english*, 83.

do Matrimonio era solamente un attentato Matrimonio e dunque era invalido (*Offences against the Person Act 1861*). Allen perse la causa perché il Giudice scelse un significato secondo il senso: *Matrimonio* significa la cerimonia e non il Matrimonio legale, altrimenti non ci sarebbe mai la bigamia.

La seconda posizione difende un'interpretazione più ampia della regola d'oro. La posizione è illustrata dal caso *Re Sigsworth (1935)*. Il Giudice decise che il figlio matricida non è erede della madre, anche se l'*Administration of Estates Act 1925* indicava espressamente che il figlio eredita sempre.

9.3 *La regola del danno o pregiudizio (the mischief rule)*

Secondo questa regola, il Giudice può interpretare la Legge nel suo contesto e, in un certo modo, tenendo in conto la finalità della stessa Legge; il Giudice ha dunque una maggiore discrezionalità nel risolvere il caso. Sotto questa regola, il Giudice deve considerare qual era la situazione prima della promulgazione della Legge e qual era la lacuna o il danno che la Legge intende evitare. La definizione originale è molto antica; viene dal *Heydon's case (1584)*. Ci sono alcuni casi da manuale che chiariscono questa regola.

Nel caso *Smith v Hughes (1960)*. Secondo il *Street Offences Act 1959* era considerato delitto, da parte delle prostitute, sollecitare l'attenzione nella strada o in luogo pubblico. Sei donne sostenevano che non avevano richiamato l'attenzione dei clienti dalla strada o da luogo pubblico, come indicava la Legge (*to solicit in a street or public place*), ma dal balcone o dalla finestra. Le donne furono condannate perché il senso della Legge era di proteggere i passanti dalla molestia delle sollecitazioni. In questo caso furono superate le aporie viste nel caso anteriormente citato *Cheeseman v DPP (1990)* riguardo al concetto di strada e luogo pubblico.

Molto simile è il caso *Council v Sterling (2000)*. Un tassista offriva, senza licenza, i suoi servizi ai clienti dall'interno di un edificio di fronte alla fermata dei taxi. Anche se faceva pubblicità da un suolo privato, fu condannato perché probabilmente riusciva ad attirare clienti dalla strada.

9.4 *L'evoluzione del "purposive approach"*

Ad ogni modo, queste tre regole spesso non sono state sufficienti per arrivare ad un'interpretazione ragionevole. Per questo si ricorre ogni volta di più all'approccio intenzionale (*purposive approach*). L'approccio intenzionale va

oltre la regola del danno (*mischief rule*) nel senso che il Giudice non solo considera qual era la lacuna che la Legge voleva colmare o il danno che voleva evitare ma ha anche in mente l'intenzionalità del Parlamento quando ha approvato la Legge. Con il *purposive approach*, dunque, non solo si cerca l'analogia dei precedenti ma anche lo scopo del Legislatore. Il difensore del *purposive approach* è stato per anni Lord Denning, che già nel caso *Magor and St Mellons v Newport Corporation (1950)* lo difese, ma all'inizio fu respinto dalla *House of Lords* la quale considerava che questa forma di interpretazione costituisce attività legislativa.

Come sappiamo, il *purposive approach* o "considerazione dello scopo del Legislatore" è un procedimento interpretativo comune nel Diritto europeo continentale. Essendo anche un principio che informa tutto il Diritto comunitario, è entrato a formar parte del Diritto inglese attraverso la Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*European Court of Justice*). Come conseguenza, il Giudice inglese deve necessariamente tener conto del *purposive approach* nelle materie coperte da norme comunitarie, il che facilita l'applicazione del principio anche ad altre materie²⁸.

Sul tema del *purposive approach* ha avuto un grande ruolo la discussione sulla possibilità o meno dell'utilizzo degli Atti del Parlamento da parte dei Giudici per fondare la propria decisione. Fino al 1992 c'era una chiara regola che proibiva l'uso di tali Atti, denominati "*Hansard*" a causa della famiglia che tradizionalmente era stata incaricata della loro pubblicazione²⁹. Nel caso *Davis v Johnson (1979)* Lord Denning ammise di averli consultati per prendere la sua decisione e la *House of Lords* gli fece una forte critica, perché gli *Hansard* sono una guida inattendibile delle parole dette in Parlamento. La situazione cambiò con il caso *Pepper v Hart (1993)* nel quale la *House of Lords* accettò l'uso degli *Hansard* in modo limitato. Finalmente nel caso *Jackson and others v Her Majesty's Attorney General (2005)* si approvò l'uso degli *Hansard* come un aiuto nell'interpretazione della Legge³⁰.

28 J. MARTIN, *The english*, 89-90.

29 "*Hansard*" è il nome comunemente dato agli Atti del Parlamento, ufficialmente denominati *Official Report of Parliamentary Debates*. I membri della famiglia *Hansard* furono, durante il secolo XIX, compilatori e stampatori degli Atti. Il Governo si fece carico della redazione e pubblicazione degli Atti soltanto dal 1908 (cfr. Voce: *Hansard*, in E.A. MARTIN - J. LAW, *A dictionary*, 249).

30 I casi sono citati da: J. MARTIN, *The english*, 93-94.

10. DIFFERENTE APPROCCIO NELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE IN *CIVIL LAW* E IN *COMMON LAW*

Come conclusione sul differente approccio all'interpretazione della Legge da parte dei Giudici in *civil Law* e in *common Law*, possiamo avanzare alcune idee abbastanza precise³¹.

I sistemi di *civil Law* contengono spesso disposizioni sui criteri che si devono tenere in conto per interpretare la Legge. Già il *Codex* di Giustiniano prevedeva alcune regole in proposito. Le prime codificazioni del continente europeo (Baviera, Prussia, Austria) e posteriormente il Codice di Diritto canonico hanno sviluppato questi criteri. È interessante notare che i redattori del Codice di Napoleone avevano prodotto un insieme di norme d'interpretazione in un libro preliminare che, alla fine, non fu approvato.

Questi sforzi insicuri potrebbero essere interpretati come una tacita accettazione del fatto che è difficile creare delle regole d'interpretazione che comprendano tutti gli aspetti possibili nella vita reale. Questa tacita accettazione ha portato i redattori di alcuni Codici posteriori (come quelli della Germania, Svizzera e Olanda) a prescindere da un sistema completo di regole d'interpretazione, anche se i Codici di questi Paesi, così come molti altri della famiglia romano-germanica (Chile, Louisiana, Italia, Spagna), contengono alcune regole abbastanza generali in proposito³².

Nel *common Law* ci sono anche regole d'interpretazione che, però, non si trovano nelle norme generali ma sono create dai Giudici mediante il precedente. Ciononostante, alcuni Paesi di *common Law*, soprattutto quelli che hanno nel proprio sistema non solo la regola del precedente ma anche una progressiva affermazione delle norme generali scritte, hanno emesso delle Leggi sui criteri d'interpretazione (*Interpretation's Acts*). Queste Leggi possono essere di due tipi:

- a) Leggi che semplicemente enumerano e definiscono le parole ed espressioni impiegate. Per esempio, *The Irish Interpretation Act of 1937* o *The UK Interpretation Act of 1978*;

31 Peter de Cruz fa delle interessanti considerazioni sull'interpretazione della Legge sotto il punto di vista della comparazione nel Capitolo 9 (*A comparative study of statutory interpretation*) della sua opera: P. DE CRUZ, *Comparative Law in a changing world*, 3 ed., London - New York, 2007, 273-299.

32 Cfr. S. VOGENAUER, *Sources of Law and legal method*, in M. REIMANN - R. ZIMMERMANN, *The Handbook of Comparative Law*, London, 2006, 887.

- b) Leggi che, oltre alle definizioni, contengono anche criteri generali d'interpretazione. Per esempio: il *Californian civil Code*, o *the Australian Acts Interpretation Act of 1901 as amended in 1984*. Un simile tentativo fu fatto anche in Inghilterra ma fallì quando la *House of Lords* rifiutò la *Interpretation of Legislation Bill 1981*.

Come conclusione si potrebbe affermare che, per vedere quali sono i criteri d'interpretazione, tanto della norma generale come del precedente, si devono studiare tanto nel *common Law* come nel *civil Law* i criteri concreti che ogni Giudice impiega nella propria Sentenza. Le teorie giuridiche sulle fonti e i manuali danno solo un aiuto molto relativo in questa questione³³.

11. REGOLA DEL PRECEDENTE, *COMMON LAW* ED *EQUITY*

La regola del precedente nel *common Law* è nata e si è sviluppata nei suoi elementi fondamentali prima della nascita dell'*equity*. Il campo di applicazione naturale della regola del precedente era il *common Law* e non l'*equity*, che all'origine era una soluzione innovativa, libera dai legami del precedente. Solamente quando, in un momento posteriore, l'*equity* perse le sue caratteristiche originarie e si sono accumulate le Sentenze *in equity*, l'*equity* è stata sottomessa anche alla regola del proprio precedente.

Ad ogni modo, la nascita dell'*equity* non ha avuto un grande influsso sui sistemi d'interpretazione né, a lungo andare, sulla regola del precedente. Si può affermare che, già pochi decenni dopo la nascita dell'*equity*, tanto l'*equity* come il *common Law*, all'origine intesi come sistemi giuridici complementari, erano sottomessi a regole simili d'interpretazione, soprattutto riguardo alla regola del precedente.

Oggi il sistema di *equity* non è più, come lo fu originariamente, un sistema contrapposto al *common Law* per procedimento e per criteri di decisione, ma è diventato, nel decorso dei secoli e soprattutto dopo la riforma dei Tribunali della fine del XIX secolo, un insieme di norme di procedura e uno schema di principi legali che si applicano in determinate materie e che, in teoria, non è ancora chiuso³⁴. Questo fa sì che attualmente la regola del precedente si

33 Cfr. *ivi*, 888-889.

34 «*Equity is thus a regulated scheme of legal principles, but new developments are still possible*». Voce: *Equity* in E.A. MARTIN - J. LAW, *A dictionary*, 197-198.

applichi con lo stesso rigore, con la stessa prudenza e con gli stessi limiti nel *common Law* e nell'*equity*³⁵.

12. VANTAGGI E SVANTAGGI DEL PRECEDENTE

Gli autori di cultura *common Law* sono ben consci del fatto che il precedente non è una panacea che permette di trovare sempre la soluzione adatta e che evita di dover procedere per principi generali. I casi che ho indicato in queste brevi pagine hanno permesso di intuire quanto hanno sofferto, nella storia, i Giudici per trovare criteri più o meno equi di giustizia. Gli stessi manuali di *common Law* indicano quali potrebbero essere i vantaggi e gli svantaggi del sistema del precedente³⁶. Vale la pena menzionarli, anche se succintamente.

Fra i vantaggi si possono enumerare i seguenti:

- la certezza del Diritto (*certainty*) per clienti, Avvocati e Giudici;
- la consistenza, coerenza e trattamento giusto e uguale o simile per tutti (*consistency and fairness in the Law*);
- la precisione (*precision*) perché si va caso per caso dando dovuta importanza alle circostanze e ai dettagli;
- la flessibilità (*flexibility*), perché c'è sempre la possibilità di cambiare la Giurisprudenza, sia per mezzo dei *Practice Statements* della *House of Lords* (oggi la *Supreme Court*) sia per l'*overruling*;
- l'economia del tempo (*time-saving*), perché molti precedenti sono talmente chiari che in pratica il precedente equivale alla soluzione. Un precedente ovvio equivale a un caso risolto.

Gli autori del *common Law* indicano anche alcuni svantaggi del precedente:

- la rigidità (*rigidity*). Il precedente cambia poco e può indurre a modi di pensiero accomodanti. I Tribunali tendono a dare prova di poco coraggio, dovendo i Tribunali inferiori seguire il precedente dei Tribunali superiori. Anche la *Court of Appeal* deve seguire i propri precedenti. Solo pochissimi casi (alcuni anni meno di 60) arrivano alla *House of Lords* (oggi *Supreme Court*) che sarebbe il Tribunale meno legato al precedente. Come conclusione, a volte c'è l'impressione

35 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 309, nota n. 190.

36 Cfr. P. DE CRUZ, *Comparative Law*, 253; anche J. MARTIN, *The english*, 39-40.

che per cambiare la Giurisprudenza si richiedono soprattutto coraggio, insistenza e soldi;

- la Complessità (*complexity*). Ci sono più di mezzo milione di casi registrati come precedente, a volte di stesura lunga e di non facile lettura. Anche con i moderni sistemi digitali l'amministrazione dei precedenti richiede uno sforzo notevole. Spesso la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dicta* non è sufficientemente chiara; è nota la Sentenza nel *Dodd's Case (1973)*, dove i Giudici della *Court of Appeal* confessano di non riuscire a trovare la *ratio decidendi* in una Sentenza della *House of Lords*;
- a volte le distinzioni sono illogiche (*illogical distinctions*) e qualche volta molto artificiali (*hair-splitting distinctions*);
- la lentezza nello sviluppo del Diritto (*slowness of growth of Law*). I Giudici sono consci che non si può cambiare la Legge, anche se la considerano ingiusta, se non in presenza di un caso.

13. A MODO DI CONCLUSIONE: AVVICINAMENTO DEL *COMMON LAW* E DEL *CIVIL LAW* RIGUARDO ALLE FONTI DEL DIRITTO E DELL'INTERPRETAZIONE

La distanza e le differenze tra *common Law* e *civil Law* si stanno facendo sempre più impercettibili. Nel *common Law* la Legge sta acquistando una chiara preminenza sul principio del precedente; mentre nel *civil Law* il precedente giudiziario, soprattutto se le Sentenze sono emanate dagli Organi giurisdizionali più alti, ha nella pratica un effetto quasi - vincolante sui Giudici di prima e seconda istanza.

Oggi, a dire il vero, nel *common Law* il rapporto fra Giurisprudenza come fonte primaria e Legge come fonte secondaria appare in larga misura rovesciata³⁷. Con René David e Camille Jauffret-Spinosi³⁸ si può affermare che nel *common Law*:

La Legge non è una fonte di Diritto secondaria ma è importante e sviluppato quasi come nell'Europa continentale. Anche se ci sono alcuni elementi distintivi quali:

- il Legislatore inglese ha una certa difficoltà a redigere norme di portata generale e lo evita nel limite del possibile;

37 Cfr. R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi*, 291, e 104-109 sui principi comuni d'interpretazione in *civil Law*.

38 Cfr. *ivi*, 321-326.

- le Leggi nel *common Law* sono più casistiche delle europee continentali (*remedies precede rights*);
- il giurista di *common Law* è un tanto disorientato di fronte alla nostra norma giuridica generale;
- la Legge è riconosciuta come Diritto soprattutto dopo esser stata applicata dai Giudici ai casi concreti;
- il precedente non è un procedimento meccanico e, per sé, non ostacola il progresso. Anzi, offre al Giudice l'opportunità di tenere in conto tutte le circostanze del caso senza dipendere eccessivamente dei principi astratti;
- la tecnica della distinzione è fondamentale nel *common Law* ed è la base fondamentale per la formazione del giurista. L'arte dell'interpretazione consiste nella ricerca della *legal rule* (concetto molto più stretto della *regula Iuris* del Diritto europeo continentale);
- la dottrina e le Università stanno guadagnando importanza.

Ad ogni modo, *common Law* e *civil Law* hanno in comune la tendenza verso la razionalità delle norme; ambedue sono Diritti storici, anche se è una storia diversa; ambedue sono in un certo modo teorici e pratici: il *common Law* è un Diritto giurisprudenziale corretto dai principi dalla ragione, e il *civil Law* è un Diritto legislativo corretto dall'interpretazione ragionevole.

Queste conclusioni non sono dissimili dalle conclusioni tratte da Jacques-Lin Martin³⁹, che riconosce alle Leggi un ruolo fondamentale nel *common Law*, anche se questo rimane ancora un Diritto giurisprudenziale. I giuristi inglesi sono educati alla tecnica del precedente e hanno indubbiamente un approccio molto pragmatico alla giustizia, ma hanno anche accettato molti criteri d'interpretazione dell'Europa continentale e i principi comunitari quali la buona fede, la proporzionalità, la sussidiarietà.

Con Guido Alpa possiamo dire che il Diritto è composto anche di miti e che *dobbiamo avere il coraggio di dissolverli e di liberarcene per sempre*. Il mito, per esempio, che il *common Law* sia costituito solo da una successione di precedenti senza che abbia rilevanza la Legislazione, o, al contrario, che il *civil Law* sia costituito solo da Leggi, senza che abbia rilevanza la creazione del Giudice⁴⁰.

La convergenza fra *common Law* e *civil Law* si registra non solo nelle regole scritte, ma anche in quelle interpretate. Proprio per questo Basil Mar-

39 J. MARTIN, *The english*, 90-96.

40 Cfr. G. ALPA, *Il Diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, 101.

kesinis⁴¹ parla di europeizzazione del *common Law* inglese, specie ad opera della Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*European Court of Justice*)⁴².

Possiamo affermare che, anche se ci sono sempre importanti differenze fra *common Law* e *civil Law*, le somiglianze fra i due sistemi stanno crescendo ogni giorno. Queste somiglianze aumentano non soltanto a causa delle Direttive dell'Unione Europea, delle Leggi modello che si spandono un po' ovunque, e delle convenzioni internazionali che condizionano ogni volta di più la nostra vita, ma soprattutto a causa di fenomeni moderni quali la crescente urbanizzazione, l'industrializzazione, il commercio internazionale, e il turismo, che attenuano le differenze locali e promuovono l'assimilazione di gusti, attitudini e valori.

Questa situazione obbligherà, ogni giorno di più, gli Avvocati e giuristi a procedere con una mentalità nuova verso una formazione più aperta e più disposta ad accettare approcci innovativi di altri sistemi giuridici. Quest'apertura non solo faciliterà una migliore comprensione mutua, ma farà anche sì che le idee migliori, provengano esse del *common Law* o del *civil Law*, viaggino più velocemente e arrivino più lontano. Un buon comparatista del Diritto non potrebbe auspicare qualcosa di meglio⁴³.

41 Basil Markesinis è professore di *common and civil Law* al *University College London* e alla *University of Texas, Austin*. Dopo 35 anni di insegnamento del Diritto comparato ha scritto una opera che è veramente degna di essere letta: B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and in the Classroom, the story of the last Thirty-Five years*, Oxford - Portland, 2003.

42 Cfr. G. ALPA, *Il Diritto*, 102.

43 Cfr. B. MARKESINIS, *Comparative Law*, 202-203.

La motivazione nella Sentenza canonica¹

GIORDANO CABERLETTI

SOMMARIO: 1. Definizione di Sentenza e le sue qualità. 2. La razionalità della Sentenza. 3. La formazione delle motivazioni. 4. La motivazione *in Iure*. 5. La motivazione *in facto*. Conclusione.

SUMMARY: *Definition of Judgement and its quality. 2. The rationality of Judgement. 3. The formation of grounds. 4. The grounds in Iure. 5. The grounds in facto. Conclusion.*

Nella motivazione della Sentenza quasi si “cristallizzano” principi di Diritto sostantivo e norme procedurali.

Si può pertanto sostenere che la qualità di un Tribunale dipende dalla qualità delle sue Sentenze, e la qualità di queste si esprime nella solidità delle motivazioni.

I testi legislativi hanno sempre usato il termine al plurale, *rationes seu motiva* (cfr. CIC-17, Cann. 1873, 3° e 1894, 2°; CIC-83, Cann. 1611, 3° e 1622, 2°, CCEO, Cann. 1294, 3° e 1304, 2°), indicando probabilmente la complessità del processo argomentativo; il singolare, *motivazione*, riporta invece all'unità del procedimento logico, certamente non statico, ma dinamico, in quanto risulta dall'intreccio armonioso di vari elementi².

1 Relazione presentata in occasione della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema “Decidere e giudicare nella Chiesa”, tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense nei giorni 8-9 marzo 2011.

2 Complessità, finalità, ricerca di logicità caratterizzano la motivazione sia come struttura giuridica, sia come processo psicologico, che indubbiamente è sotteso anche all'attività di un Giudice. La motivazione infatti è definita in Psicologia come «un insieme strutturato di esperienze soggettive che

1. DEFINIZIONE DI SENTENZA E LE SUE QUALITÀ

La domanda giudiziale è finalizzata ad ottenere per mezzo della Sentenza la soluzione della controversia legittimamente introdotta³.

Il Giudice non può assolutamente esimersi dal pronunciare la Sentenza, dopo che la Causa è stata pienamente discussa, a meno che l'attore abbia legittimamente rinunciato all'istanza oppure entrambe le parti litiganti abbiano scelto di dar termine alla lite con la Transazione⁴, ed incisivamente in merito il Roberti osserva: «*quibus tamen exceptis casibus, Processus debet constanter Sententia finem accipere*»⁵; altri vedono giustamente nella Sentenza la conclusione dell'intera attività svolta con il Processo:

«*Sententia est præcipua Iudicii pars ad quam ceteræ Processus iudicialis partes referuntur; omnes enim huiusmodi partes finem habent edocendi Iudicem ut quid de Causæ controversia sentiendum sit ipse pronuntiet, iudicio de eo sibi lucide efformato*»⁶.

Il Codice piano-benedettino con il Can. 1868 dava la definizione di Sentenza: «*legitima pronuntiatio qua Iudex Causam a litigantibus propositam et iudiciali modo pertractatam definit, Sententia est*».

spiega l'inizio, la direzione, l'intensità e la persistenza di un comportamento diretto a uno scopo». A. MOÈ, *La motivazione*, Bologna, 2010, 11; la stessa Psicologia ne riconosce anche il dinamismo finalistico: «la motivazione si riferisce allo scopo che direziona il nostro agire. Etimologicamente deriva dal latino *motus* e richiama quindi un movimento verso qualcosa o qualcuno identificati come incentivi dell'agire: la motivazione spinge o attira le persone a intraprendere delle attività o a evitarle. Favorisce inoltre il mantenimento del processo motivazionale o l'abbandono del compito [...] Il termine motivazione designa un processo, di solito osservabile attraverso dei comportamenti, delle scelte o il modo di reagire a degli eventi, che passa attraverso un incrocio fra motivi o disposizioni, caratteristiche motivazionali della singola persona e situazioni che –secondo le valutazioni della persona e in base alle informazioni disponibili– consentono di soddisfare i motivi». *Ivi*, 10; 22.

3 Il rapporto tra *Petitum* e Sentenza viene incisivamente così indicato: «*la demanda judicial se ordena a obtener por medio de la Sentencia la resolución de la controversia planteada; y por esta causa es la Sentencia el modo normal como termina el Proceso de cognición. En el Proceso ejecutivo no hay Sentencia, sino que él mismo es la ejecución de la Sentencia ya dada*». M. CABREROS DE ANTA, *Modos como puede terminar el Proceso*, in S. ALONSO MORÁN - M. CABREROS DE ANTA (CUR.), *Comentarios al Código de Derecho canónico con el texto legal latino y castellano*, III, Madrid, 1964, 607, n. 659.

4 Così si esprimeva F.X. WERNZ: «*Causa plene discussa a Sententia pronuntianda Iudex abstinere non potest, nisi forte actor legitime instantiæ renuntiaverit (Can. 1740) aut ambo litigantes per Transactionem litem seu controversiam finiverint, quod ipsis permissum est quovis tempore ante Sententiam (Can. 1925)*». F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, 2 ed., Romæ, 1949, 554, n. 589.

5 F. ROBERTI, *De Processibus*, II, Roma, 1926, 169, n. 442.

6 G. COCCHI, *Commentarium in Codicem Iuris canonici*, I, 4, Torino, 1930, 354-355, n. 215.

Il Card. Lega riteneva che il suddetto Canone non avesse inteso stabilire una definizione di Sentenza, ma piuttosto indicarne l'oggetto e l'effetto:

«*Canon 1868 non dat Sententiæ definitionem quippe omnis definitio in Iure est periculosa; sed eam determinat ab obiecto et ab effectu [...] Sententia est Iudicis pronuntiatio quæ cadit in quæstionem, Causam iudicialiter disceptatam inter partes, en obiectum; eamdemque resolvit, definit; en effectus, sive Causa sit principalis sive sit incidentalis*»⁷.

È essenziale pertanto alla Sentenza la sua relazione con la richiesta di risolvere una controversia, come la dottrina ha costantemente sostenuto: «*Sententia in Processu canonico est pronuntiatio Iudicis ecclesiastici, qua controversia in iudicio proposita dirimitur*»⁸;

«La Sentenza è la risposta giurisdizionale data alla controversia fra le parti, il cui oggetto fu deciso e circoscritto nella *litis Instantia* [...] il Giudice [...] giudica soltanto *quod petitum est*, non può spingersi perciò *nec ultra nec infra*»⁹;

«*se ha querido ver la Sentencia definitiva como el Acto del Órgano judicial por el que éste emite un juicio de conformidad o de disconformidad a lo que las partes han pedido en sus Actos de pretensión y de oposición respectivamente. En realidad, viene a ser la respuesta afirmativa o negativa hecha, a modo de juicio, a las peticiones formuladas por las partes en el Proceso, peticiones fundadas en unos hechos que se alegan, por una y otra parte, y en un Derecho aplicable, también a juicio de sendas partes, al efecto que pretenden: alcanzar un resultado favorable a sus peticiones respectivas*»¹⁰;

«il pronunciamento è un Atto processuale che appartiene esclusivamente al Giudice che ha per oggetto la definizione o decisione sulla materia che gli è stata sottoposta. La sostanza di questo Atto è l'emissione di un giudizio circa la conformità o meno della pretesa della parte con il Diritto oggettivo [...] La Sentenza si può definire come il provvedimento legittimo circa una Causa trattata giudizialmente, cioè seguendo l'*iter* processuale previsto»¹¹.

7 M. LEGA, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris canonici*, (V. BARTOCETTI, cur.) II, Roma, 1950, 928, n. 4

8 F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, 551, n. 587.

9 P.V. PINTO, *I Processi nel Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1993, 387, n. 147.

10 C. DE DIEGO-LORA - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de Derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona, 2003, 383.

11 M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006, 513.

Il nuovo *Codex* al Can. 1607 (che corrisponde all'abrogato Canone 1868) evita la definizione di Sentenza, pur affermando la distinzione tra Sentenza definitiva, che è il pronunciamento del Giudice in una Causa principale, e Sentenza interlocutoria, la quale definisce una Causa incidentale.

Giustamente si osserva che la Sentenza in quanto definitiva non comporta riferimento alla *res iudicata*, e pertanto la Sentenza è “definitiva”, perchè essa indica “decisione” piuttosto che “conclusione”¹².

Qualità intrinseche alla Sentenza sono la sua giustizia, la conformità alla *Petitio*, la sua certezza e la motivazione:

«Sententia imprimis debet esse iusta [...] Præterea Sententia conformis sit oportet Libello oblato sive petitioni [...] Cum per Sententiam definitivam controversiæ finis sit imponendus, omnino requiritur, ut Sententia pronuntiata sit certa de re vel quantitate certa [...] Sententia debet esse motivata, seu continere rationes [...] quibus dispositiva Sententiæ pars innititur»¹³.

È giusta la Sentenza se essa è conforme alle Leggi e ai diritti di coloro che sono in lite. La Sentenza, emessa contro Leggi ecclesiastiche certe e chiare, o contro legittime Consuetudini, ossia *contra Ius constitutionis*, non può sussistere *ipso Iure*, anche se essa non è sospesa con l'Appello¹⁴.

La conformità della Sentenza al Libello o alla petizione viene estesa anche a tutti gli *Acta et probata in Iudicio*¹⁵.

La *res* decisa deve godere certezza sia per se stessa sia per la sua relazione al Libello o agli Atti giudiziali, nei quali la *res* viene espressa¹⁶.

La motivazione della Sentenza può essere considerata il fondamento delle altre qualità della Sentenza, in quanto una Sentenza, giusta o no, risulta accettabile se è motivata; la motivazione è circoscritta dall'oggetto del Giudizio e la Sentenza raggiunge la forza della certezza se è sorretta da motivazioni.

Le suddette qualità intrinseche, che fan parte della natura stessa della Sentenza, sono garantite da requisiti intrinseci ed estrinseci¹⁷.

12 Cfr. G.P. MONTINI, *De Iudicio contentioso ordinario. De Processibus matrimonialibus*, ad usum auditorum, Roma, 2004, 353.

13 F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, 557-560, n. 592.

14 Cfr. *ivi*, 557-558, n. 592.

15 Cfr. *ivi*, 558, n. 592.

16 Cfr. *ivi*, 559-560, n. 592.

17 È quanto viene esposto con chiarezza dal Lega: «Sententia habet requisita alia intrinseca, alia extrinseca. Intrinseca requisita se referunt ad elementa quibus constare debet Sententia iudicialis ut sit definitiva rei controversæ resolutio; idest ut Sententia proferatur 1) a Iudice competente expleta Causæ disceptatione, 2) ad definiendam Causam propositam nempe principalem si Sententia est

Sono requisiti intrinseci quelli che si riferiscono agli elementi da cui la Sentenza deve essere formata perchè si raggiunga la definitiva decisione della controversia; si esige anzitutto che la Sentenza sia pronunciata dal Giudice competente, *expleta Causae disceptatione*; in secondo luogo si richiede che la Causa sia stata giudizialmente trattata secondo le norme del Processo giudiziale; infine la pronuncia del Giudice deve essere redatta secondo le regole stabilite dal Diritto.

Considerata estrinsecamente, in quanto Atto del Giudice, la Sentenza deve constare della deliberazione del Giudice, «*quam Iudex operatur in animo suo ad certitudinem moralem ex Actis hauriendam*»¹⁸, del pronunciamento del Giudice, ossia della relazione *in scriptis* della Sentenza, ed infine della esecuzione¹⁹

2. LA RAZIONALITÀ DELLA SENTENZA

Fine della Sentenza è stabilire il diritto delle parti, e ciò si raggiunge con l'affermazione della verità.

Il Giudice, che pronuncia la Sentenza, deve avere come obiettivo imprescindibile il *favor veritatis*²⁰.

Relativamente alle Cause di nullità matrimoniale, i sommi Pontefici costantemente hanno ribadito che l'attività giudiziaria non può che avere come fine la tutela della verità, e che pertanto non ci può essere diritto delle parti in contrasto con la verità: «figlia della verità vuol essere la giustizia, se ha da farsi madre di pace; onde in fine del Digesto voi leggete che *res iudicata pro veritate accipitur*»²¹;

definitiva iudicialiter pertractatam seu agitatam secundum normas Processus iudicialis, 3) servatis demum regulis ut sit legitima pronuntiatio seu redacta ad Leges praescriptas; ex quibus regulis nonnullae requisitis intrinsecis, aliae extrinsecis accensentur. Sententia autem extrinsece considerata quatenus est actus exclusive Iudicis tribus partibus constat 1) deliberatione Iudicis; 2) pronuntiatione seu eius in scriptis relatione; 3) et publicatione». M. LEGA, Commentarius, 933.

18 *Ivi*, II, 934.

19 *Ibidem*.

20 La tensione tra *favor veritatis* e *favor Iudicis*, tra *ratio* e *imperium*, ha percorso la storia del Diritto ecclesiale, ed ha trovato armonia nella motivazione della Sentenza; in questo Processo l'influsso dei Codici civili è stato solo formale e tardivo, come viene dimostrato ampiamente nello studio di J. LLOBELL, *Historia de la motivación de la Sentencia canónica*, Zaragoza, 1985, specialmente 57-62; 66-69; 79-80; 83-93; 103-106; 169-177. Altra ricerca di carattere storico è lo studio di F. MANCUSO, *Exprimere causam in Sententia. Ricerche sul principio di motivazione della Sentenza nell'età del Diritto comune classico*, Milano, 1999.

21 PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Praelatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S.*

«la verità val quanto l'entità e la realtà: onde il nostro intelletto, che prende la scienza delle cose, ne prende ancora la regola e la misura secondo che le cose sono o non sono; di modo che la verità è la Legge della giustizia. Il mondo ha bisogno della verità che è giustizia, e di quella giustizia che è verità»²²;

«la medesima Legge fondamentale –indagare, rendere manifesta e far valere legalmente la verità– obbliga anche gli altri partecipanti al Processo»²³;

«ciò conferma [...] che il coscienzioso rispetto della Legge di Dio, il fermo proposito di tutelare la verità e la giustizia e quella “*benignitas et humanitas*”, portata al mondo dal Salvatore divino e propria di coloro che hanno a cuore la salute delle anime, sono veramente la stella polare che guida tutta la vostra attività di Giudici»²⁴;

«questo è lo spirito che informa l'azione dei Tribunali della Chiesa, e, di conseguenza, del Giudice ecclesiastico [...] È *ministerium veritatis*, perché tende primieramente alla salvezza dell'anima di chi ha bisogno di questi Tribunali»²⁵;

«tutto questo dice come l'esercizio della potestà giudiziaria ecclesiastica sia oggetto da parte della Sede Apostolica di cure speciali, e come [...] si voglia rendere tale esercizio più agevole, e perciò più pastorale, senza che ciò abbia da recare pregiudizio ai criteri di verità e di giustizia, ai quali un Processo deve onestamente attenersi»²⁶;

«il peso del vostro ruolo si misura dall'importanza delle decisioni, che voi siete chiamati a prendere con senso di verità e di giustizia, in vista del bene spirituale delle anime, in riferimento al giudizio supremo di Dio: *solum Deum præ oculis habentes*»²⁷;

Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 1 octobris 1940, in *L'Osservatore romano*, LXXX (1940), n. 228 (24.422), 2 ottobre, 1.

22 PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 1 octobris 1942, in AAS, XXXIV, (1942), 342.

23 PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. R. Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 2 octobris 1944, in AAS, XXXVI (1944), 287.

24 PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 29 octobris 1947, in AAS, XXXIX (1947), 497-498.

25 IOANNES PP. XXIII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Procuratores Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ*, 13 decembris 1961, in AAS, LIII (1961), 819.

26 PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 30 ianuarii 1975, in AAS, LXVII (1975), 183.

27 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis Prælatos auditores, Officiales et Advocatos coram admissos*, 28 ianuarii 1982, in AAS, LXXIV (1982), 449.

«il vostro nobilissimo ministero di servire la verità nella giustizia si vede avvalorato dalle gloriose tradizioni di questo Tribunale»²⁸;

«doverosa è [...] la messa in guardia nei confronti della tentazione di strumentalizzare le Prove e le norme processuali, per raggiungere un fine “pratico” che forse viene considerato “pastorale”, con detrimento però della verità e della giustizia»²⁹;

«talvolta, in questi anni, si è avversato il tradizionale “*favor Matrimonii*”, in nome di un “*favor libertatis*” o “*favor personæ*”. In questa dialettica è ovvio che il tema di fondo è quello dell’indissolubilità, ma l’antitesi è ancor più radicale in quanto concerne la stessa verità sul Matrimonio, più o meno relativizzata. Contro la verità di un vincolo coniugale non è corretto invocare la libertà dei contraenti che, nell’assumerlo liberamente, si sono impegnati a rispettare le esigenze oggettive della realtà matrimoniale»³⁰;

«il Processo, proprio nella sua struttura essenziale, è Istituto di giustizia e di pace. In effetti, lo scopo del Processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale, dopo che è stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e Prove entro un adeguato spazio di discussione. Questo scambio di pareri è normalmente necessario, affinché il Giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la Causa secondo giustizia»³¹;

«emergeva l’amore alla verità quale punto di convergenza tra ricerca processuale e servizio pastorale alle persone»³²;

«è da tenere presente, qualunque sia la situazione, che il Processo e la Sentenza sono legati in modo fondamentale alla giustizia e si pongono a suo servizio [...] il Giudice che desidera essere giusto e vuole adeguarsi al paradigma classico della “giustizia vivente”, sperimenta la grave responsabilità davanti a Dio e agli uomini della sua funzione [...] Vorrei [...] sottolineare che sia la giustizia, sia la carità, postulino l’amore alla verità e comportino essenzialmente la ricerca del vero»³³.

28 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Prælatos auditores S. Romanæ Rotæ coram admissos*, 26 ianuarii 1984, in AAS, LXXVI (1984), 643.

29 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Romanæ Rotæ Iudices et Administros, coram admissos*, 28 ianuarii 1994, in AAS, LXXXVI (1994), 950.

30 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Romanæ Rotæ Tribunal*, 28 ianuarii 2002, in AAS, XCIV (2002), 344, n. 7.

31 BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ*, 28 ianuarii 2006, in AAS, XCVIII (2006), 136.

32 BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ in inauguratione anni iudicialis*, 27 ianuarii 2007, in AAS, IC (2007), 87.

33 BENEDICTUS PP. XVI Allocutio: *Ad sodales Tribunalis Romanæ Rotæ*, 29 ianuarii 2010, in AAS, CII (2010), 111; 113.

Il Giudice pertanto con la Sentenza deve pronunciarsi sul fatto giuridico o sui fatti giuridici, oggetto della controversia giudiziale, secondo verità.

Se la Sentenza prende nome, come osserva il Lega³⁴, dal processo psichico del “sentire”, indubbiamente il “sentire” del Giudice, proprio perché egli ha i limiti di ogni creatura umana nel raggiungimento della verità, deve almeno arrivare ad un grado minimo ed indispensabile di certezza per un pronunciamento secondo giustizia e verità; nel suo animo il Giudice deve maturare quella certezza relativamente al *Petitum* –chiamata morale appunto perché è l’unica possibile ad una creatura razionale alla ricerca della verità con rettitudine–, che è necessaria perché la Sentenza sia giusta³⁵.

La certezza morale non può essere una conclusione fragile, quale è la probabilità, che «non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare»³⁶, e tanto meno si riduce ad un modo di sentire arbitrario, ma essa ha tutte le caratteristiche della “*adaequatio*” alla verità dei fatti giuridici in discussione: «questa certezza va intesa come certezza obbiettiva, cioè basata su motivi oggettivi; non come una certezza puramente soggettiva, che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva»³⁷.

Il Giudice, che decide dopo avere valutato le Prove «*ex sua conscientia*»³⁸, per pronunciarsi con certezza morale sul fatto giuridico controverso, non può che percorrere un processo logico o razionale in modo da raggiungere la *veritas cognitionis* o *veritas logica*, definita dalla Scolastica come «*conformitas vel adaequatio intellectus ad rem*»³⁹.

34 Così il Lega indica in modo significativo l’etimologia di “Sentenza”: «*Sententia dicta est a sentiendo seu ab intimo animi motu Iudicem quodammodo impellente potius in unam quam in aliam controversiae definitionem, pro subiectiva persuasione seu certitudine ab Actis desumpta unde animi motus promanat*». M. LEGA, *Commentarius*, 928, n. 5.

35 Le due allocuzioni di Pio XII alla Rota Romana, del 3 ottobre 1941 e del 1° ottobre 1942 (cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque officiales et ministros Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 3 octobris 1941, in AAS, XX-XIII (1941), 421- 426, e PIUS PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 338-343), restano per la dottrina e la Giurisprudenza magistero di valore indiscutibile; Giovanni Paolo II nell’allocuzione alla Rota Romana del 4 febbraio 1980, riprendendo l’insegnamento di Pio XII, precisò: «facendo tesoro della dottrina e della Giurisprudenza sviluppatesi soprattutto in tempi più recenti, Pio XII dichiarò in modo autentico il concetto canonico di certezza morale nell’allocuzione rivolta al vostro Tribunale il 1° ottobre 1942». IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ Decanum, Prælatos auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno*, 4 februarii 1980, in AAS, LXXII (1980), 176.

36 PIUS PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 339.

37 *Ivi*, 340.

38 Can. 1608 §3.

39 S. REINSTADLER, *Elementa Philosophiæ scholasticæ*, I, 11-12 ed., Friburgi Brisgoviae, 1933, 139.

La Sentenza, poiché è un atto dell'intelletto e della volontà⁴⁰, esige come sua caratteristica essenziale la razionalità, e la *potestas* del Giudice, che si esprime con l'atto di volontà, non può che fondarsi su motivazioni ragionevoli: «*in Sententia duplex elementum debet considerari, intellectus et voluntatis: ratiocinatio et iussum Iudicis. Simplex iudicium logicum non sufficit; sed necesse est ut a publica auctoritate iubeatur*»⁴¹; «*lo más característico de la Sentencia es la racionalidad con que debe ser argumentada y de la que resulta, como conclusión, su parte dispositiva*»⁴²; «*prima che imperium, la Sentenza è un atto intellettuale, frutto della ragione umana: iudicium. La Sentenza deve, pertanto, essere motivata, ragionata dal Giudice*»⁴³.

Giustamente si afferma che «un giudizio di ragione [...] è un elemento costitutivo della Sentenza»⁴⁴; l'elemento intellettuale indubbiamente precede quello volitivo della Sentenza:

«*Sententia consistere videtur in actu intelligentiæ Iudicis partibus in iudicio auctoritative præcipienti [...] Secundario tantum modo Sententia exprimit Iudicis voluntatem, quamvis huiusmodi quoque sensus, theoretica eiusdem actus virtute, minime cohibetur, quia potius gemini isti Sententiæ adspectus congruunt inter se concorditer, sibi que convenienter ad æquilibritatem respondent*»⁴⁵.

Prescrivendo il vizio di nullità sanabile della Sentenza che «*motiva seu rationes decidendi non continet*» (Can. 1622, 2°), il Legislatore «tutela il pre-

40 I. Gordon afferma che «*Sententiam esse simul actum intellectus (ratiocinatio) et voluntatis (dicitur seu imponitur partibus)*». I. GORDON, *De Iudiciis in genere*, II. Pars dinamica, Romæ, 1972, 98, n. 425; la stessa posizione viene in modo più ampio espressa da M. Conte a Coronata: «*Sententia duobus elementis constat, actu intellectus et actu voluntatis. Intellectus facta et Ius percipit atque utraque inter se comparat ad veritatem et iustitiam cognoscendam. Voluntas veritatem cognitam iuste definit et auctoritative litigantibus promulgat. Utrumque elementum necessarium est ad Sententiam habendam; directe tamen Sententia consistere videtur in actu voluntatis partibus auctoritative præcipientis. Attamen si alterum elementum nempe iustitia obiectiva omnino desit, Sententia vi iuridica obligandi destituitur; ideoque dicitur Sententia iniusta invalida esse*». M. CONTE A CORONATA, *Compendium Iuris canonici*, III, Taurini, 1938, 302, n. 1393.

41 F. ROBERTI, *De Processibus*, II, 169, n. 443.

42 C. DE DIEGO-LORA, *Comentario al Can. 1611*, in A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRIGUEZ OCAÑA (dir.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, 2 ed., Pamplona, 1997, vol. IV/2, 1566.

43 C. DE DIEGO-LORA, Sub: *Can. 1611*, in J.I. ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari commentato*, 3 ed., Roma, 2010, 1071.

44 A. SFANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della Sentenza*, in H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M.A. ORTIZ (cult.), *La nullità del Matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma, 2005, 233.

45 P.A. BONNET, *De Iudicis Sententia ac de certitudine morali*, in *Periodica*, LXXV (1986), 78-79.

stigio morale e la razionalità della Sentenza»⁴⁶. E questa tutela non è fine a se stessa, ma è in funzione del bene della persona e del bene comune.

La Sentenza deve assicurare alle parti in Causa lo *ius defensionis*, e questo è tutelato per mezzo della motivazione. Giovanni Paolo II, con la sua forte sensibilità nei confronti della dignità dell'uomo, «*prima et præcipua Ecclesie via*»⁴⁷, indica nel diritto di difesa la *ratio Legis* relativa alle motivazioni della Sentenza:

«come potrebbe una delle parti difendersi in grado di Appello contro la Sentenza del Tribunale inferiore, se venisse privata del diritto di conoscere le motivazioni sia *in Iure* che *in facto*? Il Codice esige quindi che alla parte dispositiva della Sentenza siano premesse le ragioni sulle quali essa si regge, e ciò non soltanto per rendere più facile l'obbedienza ad essa, qualora sia diventata esecutiva, ma anche per garantire il diritto di difesa in una eventuale ulteriore Istanza»⁴⁸.

Pio XII vede quale fine dell'Ordinamento giudiziario ecclesiastico il «bene comune della società ecclesiastica»⁴⁹, e pertanto l'attività del Giudice è «inseparabilmente legata al fine della Chiesa»⁵⁰, e di fronte alla Chiesa, proprio nella «tutela, superiore a qualsiasi Ordinamento legale, della sicurezza del Diritto»⁵¹, il Giudice deve sentirsi responsabile, motivando allo scopo le sue decisioni.

P. Calamandrei definisce la motivazione come «il rendiconto, scritto nella Sentenza, dei motivi di fatto e di Diritto che hanno portato il Giudice a quella conclusione (quasi, si potrebbe dire, il giornale di viaggio della sua logica)»⁵².

Il cammino del Diritto nell'esigere la Sentenza motivata, ossia «*instruc-tam rationibus decidendi*»⁵³, è stato indubbiamente lento; come ricorda il Lega, né dal Diritto romano né dal Diritto canonico comune «*iubebatur signi-ficatio rationum iudicialis decisionis*»⁵⁴; ci fu persino chi giudicava «*fatuus*»

46 C. DE DIEGO-LORA, Sub: *Can. 1622*, in J.I. ARRIETA (dir.), *Codice*, 1078.

47 IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ encyclicæ: *Redemptor Hominis*, in AAS, LXXI (1979), 284.

48 IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Romanæ Rotæ Auditores, Officiales et Advocatos, coram admissos*, 26 ianuarii 1988 in AAS, LXXXI (1989), 924.

49 PIUS PP. XII, Allocutio: 29 octobris 1947, 496.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 P. CALAMANDREI, *La crisi della motivazione*, in P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 97; citato in J. LLOBELL, *Historia de la motivación*, 109, nota 543.

53 M. LEGA, *Commentarius*, 958, n. 6.

54 *Ibidem*; di grande interesse per lo sviluppo storico relativo alla motivazione della Sentenza è lo studio di J. LLOBELL, *Historia de la motivación*.

il Giudice che nella Sentenza ne esprimeva le ragioni, perché in tal modo «*se exponit reprehensionibus litigantium*»⁵⁵.

Il Roberti ricorda come la Curia Romana e soprattutto la S. Congregazione del Concilio «*paulatim requisivit ut Ordinarii Sententias motivarent, secus non admitteretur Recursus seu Appellatio*»⁵⁶.

Nella Rota Romana, come scrisse il Lega nella prefazione al primo volume delle Decisioni Rotali, il Giudice indicava alle parti, sotto forma di “*actus mere extraiudicialis*”⁵⁷, i “*vera et propria motiva*”, in modo che esse, conoscendo “*rationes dubitandi [...] in facto vel in Iure*”, potessero quindi informare meglio il Tribunale⁵⁸.

Sarà la “*Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*” del 29 giugno 1908 a stabilire che la Sentenza «*rationes tam in facto quam in Iure sub poena nullitatis continere debet*» (Art. 32 §3)⁵⁹.

Con il Canone 1874 §§3-4 del Codice piano-benedettino il Legislatore dispose che il Giudice debba «*in Sententia significare illum processum logicum unde ex Actis et probatis et perpensis Iuris praescriptis devenerunt ad decisionem*»⁶⁰.

Il medesimo prescritto –senza tuttavia la clausola relativa alla eventuale nullità della Sentenza– è ripetuto nelle “*Regulae servandae in Iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*”, alle quali il 2 agosto 1910 S. Pio X diede *vim Legis*: «*Sententiae definitivae complecti debent [...] Rationes decidendi tam in facto, quam in Iure*» (§181 c)⁶¹; nell’Articolo successivo, e quindi con una propria autonomia, quasi a sottolineare che la motivazione costituisce un

55 F. Roberti riporta questa posizione del Pellegrini, pur ricordando i casi in cui la Sentenza doveva esporre i motivi (F. ROBERTI, *De Processibus*, II, 185, nota 1).

56 *Ibidem*.

57 Lega nella prefazione al primo volume delle Decisioni Rotali (M. LEGA, *Præfatio*, in S. ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL (ed.), *S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, I, Romæ, 1912, VII).

58 Cfr. *ivi*, VI; più avanti il Lega ricorda ancora la prassi della Rota Romana: «*legenti has decisiones seu conclusiones, non secus ac decisiones antiquas ac novas, evidenter apparet, has non fuisse semper conscriptas a Ponente seu Relatore Causae, sed ab aliquo ex Auditoribus, qui in Causa consilia dedit [...] Haec assertio non adversatur conclusioni, quam supra posuimus, nempe Auditorem Ponentem seu Relatorem solitum fuisse, iam ab ætate Guilelmi Durandi, exarare decisionem seu relationem ex consiliis suorum Coadiutorum; et hanc relationem ante Sententiam, partibus patefactam fuisse, unde videtur initium habuisse mos edendi decisiones seu opinamenta. Nam hæc relatio partibus nota fiebat, ut se defendere valerent, aliquid explicando vel addendo; eademque decisio servabatur in Actis*». M. LEGA, *Præfatio*, XLVI.

59 PIUS PP. X, *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, in AAS, I (1909), 29.

60 M. LEGA, *Commentarius*, 959, n. 6.

61 SACRÆ ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, Normæ: *Regulae servandae in Iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*, in AAS, II (1910), 836.

elemento richiesto nella Sentenza, si stabilisce: «*Sententia definitiva nulla est, si rationes tam in facto, quam in Iure non contineat* (Can. 32 §3, *Lex propria*)» (§182)⁶².

Le “*Normæ sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis*”, approvate dal S. P. Pio XI il 22 giugno 1934, esigono che la Sentenza contenga «*rationes seu motiva quæ dicuntur, tam in Iure, quam in facto*» (Art. 144 §2)⁶³, e ciò indubbiamente era quanto veniva prescritto dal *Codex* in quel tempo vigente; in conformità al Can. 1873 §2, le stesse norme poco prima avevano suggerito la via per comporre le motivazioni della Sentenza, quasi indicandone la natura collegiale: «*Sententia ab extensore conficiatur oportet præ oculis habitis singulorum Auditorum votis, deducendo ex iis rationes decidendi in Iure et facto, ad difficultates respondendo pro earum momento*» (Art. 143)⁶⁴.

Dopo la pubblicazione del nuovo *Codex Iuris canonici*, le vigenti “*Normæ Romanæ Rotæ Tribunalis*”, approvate da Giovanni Paolo II il 18 aprile 1994, ripetono quasi letteralmente quanto era stabilito nelle *Normæ* del 1934: «*Sententia ab extensore conficiatur oportet præ oculis habitis singulorum Auditorum votis, ex iis rationes decidendi aut difficultates deducendo in Iure et in facto*» (Art. 96 §3)⁶⁵; «*subsequantur rationes seu motiva tam in Iure, quam in facto*» (Art. 97 §2)⁶⁶.

Sotto la disciplina del Codice piano-benedettino solo il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica poteva emettere Sentenze senza esprimere le motivazioni della decisione⁶⁷; il Can. 1605 §1 infatti stabiliva: «*Supremi Tribunalis Signaturæ Sententiæ suam vim habent, quamvis rationes in facto et in Iure non contineant*»⁶⁸.

62 *Ivi*, 836.

63 SACRA ROMANA ROTA, *Normæ Sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis*, in AAS, XXVI (1934), 483.

64 *Ibidem*.

65 ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, *Normæ: Quammaxime decet*, in AAS, LXXXVI (1994), 535.

66 *Ivi*, 535.

67 M. Cabrerós de Anta osserva: «*La Signatura Apostólica es el único Tribunal al que se autoriza para dictar Sentencias non razonadas*». M. CABREROS DE ANTA, *Validez de las Sentencias de la Signatura sin alegación de razon*, in S. ALONSO MORÁN - M. CABREROS DE ANTA (curr.), *Comentarios*, 318, n. 351. Dopo la promulgazione del nuovo *Codex* qualcuno metteva in dubbio che la possibilità stabilita dall'abrogato Can. 1605 §1 valesse ancora (cfr. J. LOBELL, *Historia de la motivación*, 20, nota 18).

68 In “*Acta Apostolicæ Sedis*” in tempo immediatamente precedente alla promulgazione del *Codex* piano-benedettino, come pure successivamente, vennero pubblicate decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con motivazioni (cfr. a modo di esempio: AAS, VIII (1916), 206-212, 287-300, 375-381; AAS, IX (1917), 291-299, 517-525; AAS, X (1918), 39-44, 391-397; AAS, XI

Il Codice vigente non conosce questa autorizzazione precedentemente concessa alla Segnatura Apostolica, e l'Art. 48 §2 della nuova *Lex propria* della Segnatura Apostolica, approvata da Benedetto XVI il 21 giugno 2008, stabilisce: «*Supremi Tribunalis Praefectus, si casus ferat, statuere potest Decisionis rationes in Iure et in facto scripto redigi a Promotore iustitiæ*»⁶⁹; il testo lascia alla discrezione del Prefetto incaricare il Promotore di giustizia di stendere per scritto le ragioni della Decisione, che comunque sembrano essere richieste per sé dalla Decisione stessa. Tuttavia, l'Art. 91 §1⁷⁰ della *Lex propria* indirettamente sembra indicare che nelle Sentenze devono essere date le ragioni della Decisione, poiché, ammettendo la Querela di nullità contro una Sentenza del Collegio, tra i motivi di querela certamente si deve riconoscere la mancanza di motivazione.

Ed inoltre, con riferimento all'Art. 11 §4 della stessa *Lex propria*⁷¹ si osserva giustamente:

«una valutazione positiva merita la nuova norma sulla pubblicazione delle Decisioni. Credo sia una tra le novità più importanti, perché la pubblicazione esige qualità nel rendere ragione delle motivazioni delle Decisioni»⁷².

3. LA FORMAZIONE DELLE MOTIVAZIONI

In termini precisi ed essenziali viene così descritta la struttura della Sentenza:

«la Sentenza deve avere una parte espositiva, cioè quella parte della Sentenza che espone i motivi, in Diritto e in fatto, sui quali si fonda la decisione stessa, che è la parte dispositiva. La parte espositiva è divisa in due parti: *in Iure* e la

(1919), 295-299; AAS, XII (1920), 252-259; AAS, XIII (1921), 269-273; AAS, XV (1923), 180-185; AAS, XVI (1924), 105-112.

69 BENEDICTUS PP. XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae quibus Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae Lex propria promulgatur: Antiqua ordinatione Tribunalium*, in AAS, C (2008), 524.

70 Il testo dell'Art. 91 §1 è il seguente: «*Adversus Collegii Sententias, cauta tamen semper Supremi Tribunalis natura, tantum remedia querelae nullitatis ac petitionis restitutionis in integrum suppetunt*». BENEDICTUS PP. XVI, *Antiqua ordinatione Tribunalium*, 531.

71 «*Ipsae [Praepositus Cancellariae] curat ut omnes decisiones colligantur, quarum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici Iuris fiunt*». BENEDICTUS PP. XVI, *Antiqua ordinatione Tribunalium*, 517.

72 M.J. ARROBA CONDE, *La competenza di grazia in materia giudiziaria*, in P.A. BONNET - C. GULLO (curr.), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010, 334.

parte *in facto*. La prima parte presenta la Legge rilevante, insieme con il rilevante Magistero della Chiesa e la rilevante Giurisprudenza, se esiste. La seconda parte, *in facto*, presenta i fatti rilevanti della Causa, le Prove, gli argomenti che hanno condotto il Giudice alla sua decisione»⁷³.

La razionalità della Sentenza richiede un processo intellettuale da svolgersi secondo le regole della Logica, in modo che le facoltà della mente agiscano rettamente per raggiungere la verità.

La Scolastica considerava una triplice operazione della mente umana.

Con la prima noi apprendiamo le idee, e ciò avviene con l'astrazione, che è «*illa mentis operatio, qua ex pluribus natura sua coniunctis unum sine altero considerat*»⁷⁴. La seconda operazione della mente è il giudizio, ossia «*actus intellectus de duarum idearum convenientia vel repugnantia pronuntiantis*»⁷⁵. Infine c'è il raziocinio, definito come «*actus mentis, quo duarum idearum convenientia vel repugnantia ex proportione, quam habent cum una tertia notione, infertur*»⁷⁶. Il raziocinio trova la propria espressione o segno nell'argomentazione con cui il soggetto raziocinante «*unam propositionem ex aliis deducit*»⁷⁷. L'argomentazione viene detta sillogismo, che, se strettamente inteso, viene chiamato perfetto ed è definito come «*argumentatio tribus constans propositionibus ita inter se conexis, ut duabus positis tertia necessario defluat*»⁷⁸, oppure, usando le parole di J. Maritain «è l'argomentazione nella quale, da un antecedente che unisce (o disgiunge) due termini ad (o da) un terzo, si inferisce un conseguente che unisce (o disgiunge) questi due termini fra loro»⁷⁹.

Gli elementi dell'argomentazione o del sillogismo sono i tre termini, ossia le tre idee da confrontare, e le tre proposizioni, delle quali due affermano la relazione di due idee con una terza, mentre con la terza proposizione si dimostra la relazione o il conflitto delle due idee tra loro stesse; la terza proposizione è chiamata conclusione, mentre le prime due sono dette premesse. Questi elementi costituiscono la materia del sillogismo, mentre la sua forma

73 M. HILBERT, *Le decisioni del Giudice (Artt. 246-262)*, in P.A. BONNET - C. GULLO (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas connubii"*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXVII, parte terza, Città del Vaticano, 2008, 566.

74 S. REINSTADLER, *Elementa*, 24.

75 *Ivi*, 54.

76 *Ivi*, 87.

77 *Ivi*, 89.

78 *Ibidem*.

79 La citazione è in S. VANNI ROVIGHI, *Elementi di Filosofia*, I, ristampa, Brescia, 2008, 83.

consiste nella idonea costruzione delle proposizioni, con cui si dimostra la connessione dell'ultimo giudizio con le premesse⁸⁰.

Il sillogismo ha forza dimostrativa se la conclusione è legittimamente dedotta dalle premesse, ossia se è la loro conseguenza, poiché il «principio fondamentale su cui poggia tutto il procedimento sillogistico è il così detto principio di convenienza e di discrepanza: *due cose che convengono con una terza convengono fra loro e due cose di cui una sola conviene con una terza non convengono fra loro*»⁸¹.

Vero è il sillogismo la cui conclusione è vera; pertanto un sillogismo può essere retto, ma non vero, quando almeno una delle premesse è falsa; come pure si potrebbe avere una conclusione vera da un sillogismo non retto⁸².

Poiché la «dimostrazione più perfetta è la dimostrazione deduttiva, sillogistica»⁸³, anche se al sillogismo «si è rimproverato di essere infecondo, di non servire a nulla»⁸⁴, dottrina e Giurisprudenza hanno fatto proprio questo strumento del raziocinio, che la Filosofia scolastica, anche nella recente corrente neo-tomistica, aveva espresso e difeso.

Il Lega sostiene che la Sentenza

*«est ad instar consequentiæ syllogismi cuius maior habetur in facto controverso iudicialiter discusso comprobato plene vel minus aut minime; minor enunciat Ius ad controversiam iuridicam dirimendam applicandum: unde finit Sententia quæ est consequentia præmissarum»*⁸⁵.

80 Nel trattato di S. Reinstadler così viene espressa la struttura del sillogismo: «*elementa argumentationis vel syllogismi totidem sunt ac ratiocinii. Distinguitur enim in ipso quoque materia et forma. Materia syllogismi sunt: 1. tres termini exprimentes tres ideas comparandas; 2. tres propositiones; due scilicet, in quibus fit pronuntiatio circa proportionem duarum idearum cum una tertia; et tertia propositio, qua perspecta convenientia vel repugnantia duarum idearum inter se exprimitur. Quæ tertia propositio dicitur conclusio, due priores præmissæ [...] Forma syllogismi est: forma ratiocinii exterius expressa, Consistit proinde in apta propositionum constructione, qua fit, ut ultimi iudicii cum prioribus conexio exterius exprimat*». S. REINSTADLER, *Elementa*, 90-91.

81 S. VANNI ROVIGHI, *Elementi*, 84.

82 Cfr. S. REINSTADLER, *Elementa*, 91-92.

83 S. VANNI ROVIGHI, *Elementi*, 180.

84 «Questa obiezione è già stata fatta da Sesto Empirico e nella Filosofia moderna è stata ripresa, fra gli altri, da J. Stuart Mill». *Ibidem*.

85 M. LEGA, *Commentarius*, 934-935. In seguito, il Lega spiega, proprio appoggiandosi alla struttura del sillogismo, la ragione per cui il Can. 1873 §1, 3° mette i *motiva in facto* prima di quelli in *Iure*: «*naturalis ordo expostulat, antea de facto, quam de Iure, nedum quia ex facto oritur Ius in contentione iudiciali, sed maxime quippe in syllogismo quo Ius iudicialis continetur maior propositio est in facto; quæritur enim in Iudiciis non de abstractis Iuris principiis, sed de horum applicatione factis controversis a quibus initium et fundamentum habent lites*». *Ivi*, 959.

Anche altri autorevoli processualisti riconoscono nel sillogismo la via logica per arrivare alla Sentenza:

«con razón se afirma que la Sentencia presupone un silogismo, o mejor, una serie de silogismos, como esquema de un proceso lógico y jurídico. La premisa mayor o general del silogismo es la formulación de la Ley; su premisa menor es la calificación del hecho alegado, y su conclusión –llamada en el Proceso judicial subsunción– es la decisión por el que el Juez falla autoritativamente acerca de la conclusión o exclusión de un hecho particular respecto de la Ley, y, en consecuencia, la obligatoriedad o no de la Ley en aquel caso particular»⁸⁶;

*«con le sfumature necessarie –catena di sillogismi; valore delle norme di esperienza, il cui midollo logico non è facilmente schematizzabile in un sistema; ecc.–, si può parlare di una struttura sillogistica della genesi della decisione giudiziaria, le cui premesse vengono determinate dalla *questio Iuris* e la *questio facti*, e la cui conclusione sarà la parte dispositiva della Sentenza (cfr. Can. 1611). Il Codice sostiene tale impostazione logica, quando propone lo studio della Filosofia tomista per la formazione dei Giudici canonici»⁸⁷;*

«lo más característico de la Sentencia es la racionalidad con que se debe ser argumentada y de la que resulta, como conclusión, su parte dispositiva. Esa racionalidad sería la que corresponde a un elemental silogismo en el que la Ley sería la premisa mayor, los hechos aportados al Proceso la premisa menor, y la conclusión sería su resultante, que es lo que se designa como parte dispositiva o pronunciamiento de la Sentencia»⁸⁸.

Con acutezza è stato osservato che *«la motivación [...] da a la Sentencia su título de nobleza, su dignidad intelectual»⁸⁹.*

La ragionevolezza della Sentenza non può comunque confondersi con quella che ironicamente viene detta «macchina sillogizzante»⁹⁰.

86 M. CABREROS DE ANTA, *Comentario al Can. 1868*, in S. ALONSO MORÁN - M. CABREROS DE ANTA (CUR.), *Comentarios al Código de Derecho canónico*, vol. III, Madrid, 1964, 608-609.

87 J. LLOBELL, *La genesi della Sentenza canonica* in P.A. BONNET - C. GULLO (CUR.), *Il Processo matrimoniale canonico*, nuova ed. aggiornata e ampliata, coll. *Studi giuridici*, n. XXIX, Città del Vaticano, 1994, 699; lo stesso articolo, che corrisponde sostanzialmente a questo citato, era stato già pubblicato con titolo diverso qualche anno prima (cfr. J. LLOBELL, *Sentenza: decisione motivazione*, in P.A. BONNET - C. GULLO [CUR.], *Il Processo matrimoniale canonico*, coll. *Studi giuridici*, n. XVII, Città del Vaticano, 1988, 303-329).

88 C. DE DIEGO-LORA, *Comentario al Can. 1611*, 1566.

89 C. DE DIEGO-LORA, *Prólogo*, in J. LLOBELL, *Historia de la motivación*, 11.

90 L'osservazione critica è di P. Calamandrei; è citata in: J. LLOBELL, *La genesi*, 698. Non si possono non riconoscere i limiti del sillogismo, o meglio i suoi rischi, nella formazione della Sentenza, come pure, ricorrendo a nuovi modelli di ragionamento probatorio, è giusto auspicare

Sembra pertanto opportuna una certa flessibilità nell'applicazione del sillogismo, purché il Giudice nella sua decisione si lasci guidare dalla razionalità, che, nel rispetto della libertà soggettiva, non può assolutamente prescindere da criteri oggettivi; diversamente, si cadrebbe nell'arbitrio⁹¹.

Tuttavia non si può non riconoscere con S. Tommaso che l'*actus rationis* consiste nell'«*intelligere et ratiocinari*»⁹², ed il sillogismo in questo processo mentale può essere un valido strumento per raggiungere e provare la verità.

4. LA MOTIVAZIONE *IN IURE*

Se giudicare significa restituire autorevolmente lo *Ius* a chi ha chiesto la mediazione del Giudice, il ministero della giustizia è diaconia alla verità, che si manifesta nella Legge divina; giustamente si è affermato che «la natura tecnica del Processo è tutta protesa verso il raggiungimento della giustizia, la quale, in termini trascendentali (non solo ecclesiali), coincide con la verità»⁹³.

Il *favor veritatis* è il bene sostanziale che il Giudice deve tutelare, e, pertanto, le motivazioni *in Iure* costituiscono la premessa imprescindibile dei pronunciamenti del Giudice, che devono essere conformi alla verità e alla Legge⁹⁴.

un maggiore sviluppo del ragionamento giuridico (su questa problematica cfr. E. DI BERNARDO, *Il sillogismo giudiziale. Prerogative e limiti di applicabilità nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004), 426-453).

91 C. Begus osserva che «tra le diverse funzioni che può avere la motivazione delle Sentenze, ve ne è una prima più ristretta e particolare di soluzione del caso concreto e di utilità delle parti dello specifico Giudizio, stante la necessità di far conoscere a queste il ragionamento giuridico del Giudice, una seconda di rendere condivisibili le sue conclusioni in modo da evitare le critiche dei Tribunali di Appello o della dottrina ed infine un'ultima più ampia di politica giudiziaria, volta a soddisfare la necessità di dare maggior peso e forza di convincimento alla decisione». C. BEGUS, *Ricezione e istituzionalizzazione del Personalismo nella Giurisprudenza canonica*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), 818 (anche in: P. GHERRI, ed., *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Roma, 2008, 176).

92 S. THOMAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 2.

93 J. LLOBELL, *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal Sinodo del 1967*, in J. CANOSA (cur.), *I principi per la revisione del Codice di Diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000, 526.

94 Il complesso esercizio dell'attività giudiziale ha come obiettivo l'affermazione della verità: «*en ese orden y en esa trama de conocimientos, referencias y juicios lógicos diversos, el Juez, de un lado, llegará a conocer la verdad de lo que se le propone; de otro, la razón jurídica que sustenta las peticiones jurídicas formuladas. Saber explicar todo este a veces largo y complicado ejercicio de la mente humana es la tarea más noble del Juez, puesto que su prestigio social, y la seguridad de justicia que esperan recibir los justiciables, dependen en gran manera de ese conocimiento y de ese*

Pio XII con forza affermava: «la verità è la Legge della giustizia»⁹⁵, e Giovanni XXIII riconosceva nell'azione dei Tribunali della Chiesa un «*ministerium veritatis*»⁹⁶; con grande attenzione alle esigenze dell'uomo, che sono esigenze di verità, Paolo VI ammoniva: «non la Legge per la Legge, dunque, non il giudizio per il giudizio, ma la Legge e giudizio a servizio della verità»⁹⁷; Giovanni Paolo II dava una regola fondamentale alla funzione giudiziaria: «in tutti i Processi ecclesiastici la verità deve essere sempre, dall'inizio fino alla Sentenza, fondamento, madre e Legge della giustizia»⁹⁸.

Giovanni Paolo II ricorda al Giudice che suo «primo e più importante dovere, che d'altronde porta con sé tutti gli altri»⁹⁹ ha come oggetto la Legge, alla quale egli deve essere fedele: «fedeltà alla Legge, a quella divina naturale e positiva, a quella canonica sostanziale e procedurale»¹⁰⁰.

La razionalità della genesi della Sentenza si misura sulla sua conformità alla Legge, proprio perché la Legge è nella sua definizione ordinamento della ragione, che può legare ad essa quanti ne sono soggetti –come esprime la sua etimologia¹⁰¹–, solo se essa è manifestazione della ragione: «*ex quattuor predictis potest colligi definitio Legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, et ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»¹⁰².

Bisogna però precisare che l'attività razionale propria della Legge, poiché «*rationis enim est ordinare ad finem*»¹⁰³,

«non si limita a un semplice atto di conoscenza; essa tende essenzialmente a realizzare un'opera esterna a se stessa, a *dirigere e orientare l'agire umano verso il suo fine*, cioè verso il suo bene [...] In altre parole non si tratta qui della ragione puramente speculativa, nella sua funzione conoscitiva, in rapporto alle cose; ma è la ragione pratica in atto, che valuta la realtà umana in funzione del suo fine»¹⁰⁴.

juicio del Juez, conforme con la verdad y con la Ley». C. DE DIEGO-LORA, Comentario al Can. 1611, 1573.

95 PIUS PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 342.

96 IOANNES PP. XXIII, Allocutio: 13 decembris 1961, 819.

97 PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Praelatos auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 28 ianuarii 1971, in AAS, LXIII (1971), 140.

98 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 173.

99 *Ivi*, 177.

100 *Ibidem*.

101 Cfr. S. THOMAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, in c.

102 *Ivi*, I-II, q. 90, a. 4, in c.

103 *Ivi*, I-II, q. 90, a. 1, in c.

104 J.-M. AUBERT, *Legge divina. Leggi umane*, Roma, 1968, 19.

Se la Legge in se stessa è opera della ragione pratica, è evidente che il Giudice nel caso concreto agisce ragionevolmente solo se resta fedele alla Legge: «*Lex quaedam regula est et mensura actuum [...] Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio*»¹⁰⁵.

Se è vero che «non è giustizia [...] quella che non rispecchia la verità»¹⁰⁶, il Giudice agisce con giustizia solo se sa valutare i fatti con la luce della verità, contenuta indubbiamente nella Legge.

Il Giudice nel proferire la sua Sentenza non deve «*iudicare de Legibus, sed secundum Leges*»¹⁰⁷.

La petizione, proposta dall'attore in Causa, trova la propria giustificazione nella Legge, non intesa secondo i principi del Positivismo giuridico o di quel "Diritto" falsamente qualificato come "legale", che «toglie all'uomo ogni dignità personale», ma quale espressione del «vero e giusto Diritto», che corrisponde all'«ordine morale»¹⁰⁸.

L'opera del Giudice sarà giusta solo se egli si lascerà condurre nella sua decisione da un «incondizionato rispetto alla verità dei fatti e alle disposizioni del Diritto divino»¹⁰⁹.

Il Giudice deve pertanto applicare ed interpretare la Legge, che esprime una «*rationis ordinatio*», dichiarata però nell'ordine speculativo dei principi essenziali e generali, per rispondere ad una *causa petendi*, che si incarna in fatti storici, propri di una esistenza particolare. Quella del Giudice è opera che media il Diritto con il vissuto umano, per stabilire la verità nella tutela dei diritti delle persone. Questa mediazione, o *ministerium veritatis et iustitiae*, affida al Giudice

«una partecipazione molto rilevante nel fissare il senso della Legge. Anzitutto la Sentenza rappresenta per le parti una autentica interpretazione della Legge (cfr. Can. 16 §3). Applicandola a quel caso particolare, il Giudice fa una interpretazione, che, sebbene non abbia valore generale, vincola le parti con la stessa forza della Legge»¹¹⁰.

105 S. THOMAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, in c.

106 Z. GROCHOLEWSKI, *Le esigenze della verità nell'amministrazione della giustizia*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXXI (1996), 398.

107 M. CONTE A CORONATA, *Compendium*, II, 290, n. 1977.

108 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prelatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 13 novembris 1949, in AAS, XXXXI (1949), 605-607.

109 *Ivi*, 604.

110 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 26 ianuarii 1984, 647.

Il Giudice, per poter *dicere Ius* è posto «istituzionalmente in una stretta profonda relazione con la Legge»¹¹¹.

Giovanni Paolo II afferma che la Sentenza deve “conformarsi” alla Legge¹¹², quasi ricevendo da essa “forma” o sostanza vitale; proprio perché la Sentenza applica la Legge ai fatti, che hanno inevitabilmente un’originalità che li distingue da altri, in quanto i soggetti agenti sono unici, il Giudice non procede in modo meccanicistico dalla Legge al fatto, ma si lascia motivare dalla Legge, indicando nella Sentenza le ragioni giuridiche su cui la decisione si fonda nel rilevare la fondatezza o meno della *causa petendi*: «lo *Ius* [...] dà la misura ideale o criterio di discernimento da applicare nella valutazione dei fatti»¹¹³.

Se da una parte c’è la «maestà della Legge»¹¹⁴, che non può essere piegata ad un «relativismo sistematico»¹¹⁵, dall’altra c’è la dignità, o la maestà, della persona umana, che Dio ha coronato di gloria e di onore¹¹⁶; il Giudice è a servizio di entrambe: non può pertanto prescindere dalla Legge, ma anche non deve procedere con la rigidità dell’esecutore che ignora le particolarità delle situazioni umane.

A questo saggio equilibrio, che la tradizione giuridico-canonistica chiama *æquitas*, invita Paolo VI:

«e Giudici, come parimenti voi siete, dell’operare altrui, ma non Giudici della Legge, che a voi solo è consegnata per la sua razionale e normale applicazione, voi saprete sapientemente conservare alla Legge –alla Legge della Chiesa, pensate sempre!– l’osservanza provvida e sostanziale che le è dovuta, temperandone quando e come è possibile, l’eventuale eccessiva gravità con quell’umano senso pastorale, ch’è proprio del Giudice operante in virtù del ministero cristiano»¹¹⁷.

111 *Ivi*, 645.

112 Cfr. *ibidem*.

113 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 26 ianuarii 1984, 645.

114 PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores, Advocatos et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 31 ianuarii 1974, in AAS, LXVI (1974), 87.

115 *Ibidem*.

116 Il Salmo 8 definisce, per ispirazione divina, la vera identità dell’uomo: «*minuisti eum paulo minus ab angelis, gloria et honore coronasti eum, et constituisti eum super opera manuum tuarum. Omnia subiecisti sub pedibus eius*». E la Costituzione “*Gaudium et spes*”, riprendendo la dottrina rivelata, colloca l’uomo in una dignità superiore alle *res corporales*: «*interioritate enim sua universitatem rerum excedit [...] divinæ mentis lumen participans*». CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis: *Gaudium et Spes*, in AAS, LVIII (1966), nn. 14-15.

117 PAULUS PP. VI, Allocutio: 31 ianuarii 1974, 87.

Le rationes seu motiva in Iure quibus dispositiva Sententiae pars innititur scaturiscono necessariamente dal Diritto divino naturale o positivo, dal Diritto ecclesiale, dal Magistero pontificio; non ci sono altre fonti, a meno che per il caso debba applicarsi una giusta Consuetudine o il Diritto dello Stato.

La Giurisprudenza rotale, alla quale viene riconosciuta anche la funzione di dare unità alla Giurisprudenza¹¹⁸, è indubbiamente interpretazione ed applicazione autorevole della Legge, sia divina che ecclesiastica positiva, ma soltanto in essa deve trovare la propria fonte:

«l'unico modo per fondare solidamente l'opera giurisprudenziale consiste nel concepirla quale vero esercizio della *prudentia Iuris*, di una prudenza che è tutt'altro che arbitrarietà o relativismo [...] la valutazione oggettiva dei fatti, alla luce del Magistero e del Diritto della Chiesa, costituisce un aspetto molto importante dell'attività della Rota Romana, ed influisce molto sull'operato dei ministri dei Tribunali delle Chiese locali»¹¹⁹.

La *pars in Iure* pertanto si compone anzitutto del riferimento al Diritto sostantivo, individuando il contenuto normativo da applicare nel caso concreto; deve inoltre considerare gli elementi di Prova, con una particolare attenzione al loro valore (ad esempio, nelle cause di nullità matrimoniale per incapacità vanno richiamati i principi della Antropologia cristiana); alla *quaestio Iuris* sono infine attinenti anche i principi relativi ai mezzi di Prova, indicando quali siano necessari nel caso sotto giudizio e con quali criteri essi vadano valutati.

Il Card. Jullien, invitando a superare il formalismo che non sa entrare nella *mens* del Legislatore e che non è attento alla complessità degli eventi che toccano l'animo umano, ha visto una stretta relazione tra amore a Dio e amore al Diritto, espressione dell'ordine divino:

«*Avocats et Juges d'Église, vous aimez Dieu de tout votre cœur, vous aimez aussi le Droit d'un amour profond, inaltérable, respectant dans ce Droit, qui règle les relations des hommes entre eux et avec Dieu, l'ordre divin*»¹²⁰.

118 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Constitutio apostolica de romana Curia: Pastor Bonus*, in AAS, LXXX (1988), Art. 126, 892.

119 BENEDICTUS PP. XVI, *Antiqua ordinatione Tribunalium*, 86-87.

120 A. JULLIEN, *Juges et Avocats des Tribunaux de l'Église*, Roma, 1970, 185.

5. LA MOTIVAZIONE *IN FACTO*

Se le motivazioni della *pars in Iure* devono indicare la Legge da applicare nel caso concreto e quindi esse dimostrano la fedeltà del Giudice alla Legge, le *rationes seu motiva* della *pars in facto* esaminano le Prove dell'accertamento del fatto o dei fatti rilevanti per l'oggetto del Giudizio, e quindi da esse dipende la conformità della decisione giudiziale alla verità, ossia alla *æquitas*, e l'*æquitas* è sicuramente «rispetto della Legge divina», ma va anche intesa come giusta considerazione dei fatti proposti a sostegno della petizione.

È certamente da qualificare come “insana” ed “iniqua” una Sentenza che si contrappone al dettato della Legge, ma è altrettanto iniqua la Sentenza che distorce i fatti, pur con l'intenzione di rendere più serena la vita dei *christifideles*; l'*æquitas* infatti non deve e non può essere confusa con l'*epikeia*:

«l'*equità* significa soprattutto una conveniente moderazione, liberalità che inclina l'animo ad un uso umano del Diritto [...] Alcuni autori esprimono questo concetto con il termine di *epikeia*, nel qual caso bisogna sottolineare che si tratta dell'*epikeia misericordia*»¹²¹;

nel senso invece proprio, che è quello inteso da moralisti e canonisti¹²², l'*epikeia*

«si applica quando il soggetto, da se stesso, riferendosi sia alla mente del Legislatore, sia al senso della Legge, corregge la lettera della Legge positiva, perché in un caso particolare, “è manchevole” a motivo del suo carattere universale. È l'*epikeia scusa*»¹²³.

121 E. HAMEL, *Epicheia*, in L. ROSSI - A. VALSECCI (CUR.), *Dizionario di Teologia morale*, 5 ed., Roma, 1981, 357.

La distinzione tra *æquitas* ed *epikeia* viene dalla dottrina bene evidenziata: «quod indolem spectat *æquitas*, quia exercetur a potestate publica, est creatio in casu particularis Iuris novi, quod est applicandum ex ipso præscripto Legis, si *æquitas* est in Iure scripta; secus fundatur in interpretatione voluntatis Legislatoris qui vult benignam Legis applicationem aut non valet eius applicationem urgere contra Ius divinum. Natura sua hæc *æquitas* est actus iurisdictionis fori externi. Contra *epikeia*, quia exercetur ab homine privato, est merum iudicium prudentiæ et subiectivum, quo quis sese eximit a servanda lege in casu particulari, ob motiva similia illis ob quæ *æquitas* adhiberi potest ab auctoritate publica. Quia non est actus iurisdictionis, *epikeia* in solo foro interno valet, si legitime applicatur». A. VAN HOVE, *De Legibus ecclesiasticis*, Mechliniæ - Romæ, 1930, 303, n. 295.

122 La dottrina canonistica così definisce l'*epikeia*: «*Epikeia* tota reducitur ad iudicium prudentiale sed subiectivum, legem in foro interno non esse servandam in casu particulari ob specialia adiuncta. Illud iudicium subiectivum privatorum non mutat obiectivam Legis obligationem, sed solam imputabilitatem eius violationis in foro interno. In foro autem externo, iudicium illud subiectivum invocari poterit ad probandam bonam fidem et vindicandam immunitatem a poena ecclesiastica». *Ivi*, 294-295, n. 286.

123 E. HAMEL, *Epicheia*, 357.

Giustamente si è osservato: «non è lecito [...] sospendere l'applicazione della Legge matrimoniale di natura divina mediante il ricorso all'interpretazione benigna della *mens Legislatoris*, cioè all'*epikeia*»¹²⁴.

Non si può in funzione della richiesta del *christifidelis*, anche se con la presunzione della sua *salus* –che è però falsa, se non è conforme alla verità– ricreare la Legge, o la sua essenza, in funzione dei fatti, ossia di una particolare esistenza. La Legge va invece applicata, e certamente con equità.

Per arrivare ad una decisione, il Giudice deve raggiungere la certezza morale relativa al fatto giuridico, così che si possa riconoscere che la petizione è stata provata. E la *quæstio Iuris* è la chiave per aprire e capire, per *interlegere*, la *quæstio facti*.

Il Codice piano-benedettino, nel Can. 1873 §1, n. 3, come pure la *Lex propria* della Sacra Romana Rota e della Segnatura Apostolica, del 1908, al Can. 32 §3¹²⁵, le *Regulæ servandæ in Iudiciis apud Sacræ Romane Rotæ Tribunal* del 4 agosto 1910, al §181 c¹²⁶ e l'Istruzione del 15 agosto 1936 *Provida Mater*, all'Art. 200 §3¹²⁷, anteponevano le «*rationes seu motiva*» *in facto* alle motivazioni *in Iure*, quasi dando l'impressione che induttivamente attraverso i fatti si dovesse arrivare alla Legge, per giustificare la decisione.

Per la prima volta in un testo Legislativo, ossia nelle *Normæ Sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis* del 29 giugno 1934, l'ordine è modificato: «*subsequentur rationes seu motiva quæ dicuntur, tam in Iure, quam in facto*» (Art. 144 §2)¹²⁸.

Il *Codex* vigente al Can. 1611 §3 stabilisce di «*exponere rationes seu motiva, tam in Iure quam in facto*», e ad esse sono conformi sia l'Art. 97 §2 delle *Normæ* della Rota Romana¹²⁹, approvate in forma specifica di Giovanni Paolo II il 23 febbraio 1995¹³⁰, sia l'Art. 250, 2° dell'Istruzione del 25 gennaio 2005 *Dignitas Connubii*¹³¹.

124 J. LLOBELL, *La genesi*, 707-708.

125 Cfr. PIUS PP. X, *Lex propria Sacræ Romanæ*, 29.

126 Cfr. AAS, II (1910), 836.

127 Cfr. SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Instructio servanda a Tribunalis diœcesanis in pretractandis Causis de nullitate Matrimonium: Provida Mater Ecclesia*, in AAS, XXVIII (1936), 352.

128 SACRA ROMANA ROTA, *Normæ*, 483.

129 Cfr. ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, *Normæ: Quammaxime decet*, in AAS, LXXXVI (1994), 535.

130 Cfr. SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex audientia: Quo Normæ rotales in forma specifica approbantur*, in AAS, LXXXVII (1995), 366.

131 Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a Tribunalibus diœcesanis et*

In questa prospettiva, la *questio Iuris* ha la precedenza, poiché la Legge è la chiave interpretativa dei fatti, in quanto la certezza morale, raggiunta dal Giudice perché egli possa pronunciarsi, pur maturando essa in un libero convincimento, deve essere obiettiva, ossia motivata sulla verità del Diritto, misura autorevole del suo giudizio sui fatti.

Libero convincimento indica certamente autoreferenzialità della volontà, in quanto la «persona dispone di se stessa in ogni atto libero [...] perché appartiene alla struttura del volere che l'io personale reclami per sé il voluto»¹³².

La certezza morale del Giudice non è tuttavia una autoreferenzialità assoluta, perché la persona, pur disponendo di se stessa nel porre il proprio atto, nell'interpretazione del reale deve lasciarsi guidare dalla verità, che conferisce al processo cognitivo l'imprescindibile oggettività.

La certezza morale dunque, trascendendo la coscienza psicologica, nasce dalla coscienza morale, che è «regola morale in quanto espressione retta, cioè in quanto giudizio razionale»¹³³, e «solo la coscienza certa è regola morale»¹³⁴.

Il percorso del Giudice per arrivare alla certezza morale è segnato dai fatti, in quanto questo genere di certezza può e deve essere raggiunta solo «*ex Actis et probatis*» (Can. 1608 §2).

Giovanni Paolo II commentava sapientemente il testo Legislativo in questi termini inequivocabili:

«il Giudice deve ricavare tale certezza “*ex Actis et probatis*”. Anzitutto “*ex Actis*” poiché si deve presumere che gli Atti siano fonte di verità. Perciò il Giudice, seguendo la norma di Innocenzo III, “*debet universa rimari*” (X.II, 22, 10), cioè deve scrutare accuratamente gli Atti, senza che niente gli sfugga. Poi “*ex probatis*”, perché il Giudice non può limitarsi a dar credito alle sole affermazioni; anzi deve aver presente che, durante l'Istruttoria la verità oggettiva possa essere stata offuscata da ombre indotte per cause diverse, come la dimenticanza di alcuni fatti, la loro soggettiva interpretazione, la trascuratezza e talvolta il dolo e la frode»¹³⁵.

Per formare le proprie *rationes in facto* il Giudice deve agire «con senso critico»; solo se procede in questo senso le sue *præsumptiones* hanno un fon-

interdioecesis in pertractandis Causis nullitatis Matrimonii: *Dignitas Connubii*, in *Communicatio-nes*, XXXVII (2005), 73.

132 A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Etica*, (tr. it.) Firenze, 1992, 98, n. 80.

133 *Ivi*, 250, n. 240.

134 *Ibidem*.

135 IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio*: 4 februarii 1980, 175.

damento oggettivo, in quanto sorgono «*ex facto certo et determinato, quod cum eo, de quo controversia est, directe cohæreat*», secondo il prescritto del Can. 1586¹³⁶.

L'analisi critica degli Atti, come con sapienza osserva il Card. Jullien, è per il Giudice «*un très grave problème de Droit et de Psychologie*»¹³⁷.

E al Giudice, per una valutazione rigorosa ed onesta degli Atti, sono di sicuro aiuto gli schemi di prova che la Giurisprudenza rotale, autorevolmente elaborata da un Tribunale apostolico, nel rispetto della Legge e dell'esperienza umana, ha saputo indicare, senza la pretesa di imprigionare la verità in strettoie precostituite.

Pio XII e Giovanni Paolo II avvertono il Giudice che tutti gli Atti del giudizio ecclesiastico «debbono essere fonte di verità»¹³⁸, e pertanto si devono «cercare negli Atti le Prove dei fatti asseriti, procedere poi alla critica di ognuna di tali Prove e confrontarla con le altre»¹³⁹; ma l'analisi critica di ogni singolo Atto giudiziale va composta nel disegno probatorio, che è sintesi ragionata:

«talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di Prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio»¹⁴⁰.

Non ci dovrebbero essere conflitti tra formalismo giuridico, che si fonda sulle presunzioni legali (cfr. Can. 1584) e libero apprezzamento delle Prove, con cui si formano le presunzioni del Giudice (cfr. Can. 1586); Pio XII osservava che questi conflitti sono solo apparenti¹⁴¹.

Sarà la sapienza del Giudice, che sa indagare nella biografia delle persone, coinvolte in ogni singolo caso, con intuito ed onestà, a raggiungere le motivazioni *in facto*, formatesi attraverso la valutazione delle Prove, libera certamente, ma non arbitraria.

136 Le peculiarità delle *præsumptiones hominis* vengono ben precisate dal Card. A. Jullien: «*la pré-somption est une supposition, une conjecture, qui, basée sur ce qui se passe ordinairement dans des circonstances pareilles, projette l'expérience du passé sur ce qui maintenant est controversé, pour l'éclairer*». A. JULLIEN, *Juges*, 286.

137 A. JULLIEN, *Juges*, 369.

138 IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio*: 4 februarii 1980, 173.

139 *Ivi*, 175.

140 Cfr. PIUS PP. XII, *Allocutio*: 1 octobris 1942, 340.

141 *Ivi*, 341.

Il Legislatore stesso con il Can. 1572 dà indicazioni puntuali per ponderare rettamente le Deposizioni dei Testimoni; come pure, stabilendo le peculiarità a cui deve rispondere il Perito (cfr. Can. 1578 §2), indirettamente stabilisce con quale metodo il Giudice deve porsi nella verifica del valore di una Perizia.

Per quanto riguarda le parti, pur non attribuendo forza probatoria esclusivamente ad esse nelle Cause «*quae respiciunt bonum publicum*» (Can. 1536 §2), la nuova Legge ne riconosce anche la forza di Prova piena, purchè ad esse si unisca una testimonianza di credibilità delle parti, se questa è possibile, o almeno «*alia indicia et adminicula*» (Can. 1679) diano riscontro della loro fondatezza.

Indubbiamente la *pars in facto* avrà forza sia endoprocessuale sia extra-processuale¹⁴² solo se saprà dire sia alle parti¹⁴³ che all'Ordinamento canonico¹⁴⁴ motivazioni fondate *in Actis et probatis*, ed elaborate con senso critico in un retto processo logico, che possiamo sicuramente anche accettare nella forma di un sillogismo.

Se provare «è un'attività rivolta a far sorgere nell'animo del Giudice la convinzione sull'esistenza o meno di determinati fatti, utili agli effetti della sua decisione»¹⁴⁵, la valutazione dei fatti che sono oggetto del Giudizio prende l'avvio dalle Deposizioni delle parti, che sono indubbiamente le persone più direttamente coinvolte nella realtà degli avvenimenti come soggetti attivi di essi o come soggetti passivi. Il Giudice saprà formare un'adeguata motivazione della propria decisione se anzitutto saprà valutare criticamente quanto le parti hanno deposto, e questo processo intellettuale, solo se oggettivamente fondato, offrirà una spiegazione logica, pur riconoscendo che «la valutazione soggettiva delle risultanze istruttorie risulta essere molto spesso predominante»¹⁴⁶.

L'efficacia oggettiva di questo mezzo di Prova, ossia delle Deposizioni delle parti, dipende dall'attendibilità di queste, e il Giudice si può persuadere che la parte è attendibile servendosi di criteri intrinseci, che sono costituiti dalla coerenza e dalla precisione con cui la parte riferisce in Giudizio i fatti,

142 Per questa distinzione cfr. J. LLOBELL, *La genesi*, 726-734.

143 Il Card. A. Jullien indica la relazione tra motivazioni e diritto delle parti di conoscere le ragioni della Sentenza: «*dans le for canonique [...] l'autorité du Juge put être contrôlée, parce qu'il fut obligé sous peine de nullité, d'exprimer dans la Sentence les motifs de sa décision. Heureuse réforme qui favorisa la bonne administration de la justice: quand un plaideur perd son Procès, il a le droit d'en connaître les raisons, tant pour sa conduite personnelle que pour savoir s'il peut user des Juris remediis contra Sententiam (ca. 1878 ss.)*». A. JULLIEN, *Juges*, 403.

144 Le motivazioni assicurano l'indipendenza del Giudice, e pertanto tutelano la retta funzionalità dell'Ordinamento, come osserva finemente il Card. A. Jullien: «*quant au juge, l'obligation de dire pourquoi il a pris telle décision, est une forte garantie pour son impartialité et pour l'objectivité de la Sentence*». A. JULLIEN, *Juges*, 493.

145 F. DELLA ROCCA, *Appunti sul Processo canonico*, Milano, 1960, 55.

146 *Ivi*, 63.

verificata pure la coerenza intrinseca di questi, come ricorrendo anche a criteri estrinseci, quali sono i Testimoni di credibilità.

Se oggetto del Giudizio è un *negotium privatum*, o se non è in causa il bene pubblico (cfr. Can. 1536), la Confessione giudiziale viene considerata «nella tradizione canonistica [...] *regina probationum* e *probatio probatissima*»¹⁴⁷; nelle Cause invece che riguardano il bene pubblico la Confessione giudiziale e le Dichiarazioni delle parti da sole non possono avere forza di Prova piena (cfr. Can. 1536 §2).

L'opera critica del Giudice non può limitarsi alle Deposizioni delle parti, ma non è assolutamente lecito trascurarle. Nella motivazione della Sentenza devono essere esposte le ragioni per cui si accetta o si respinge quanto le parti hanno riferito nelle loro Deposizioni, come pure il Giudice dovrà motivare per quali motivi ha preferito quanto è stato deposto da una parte piuttosto che dar credito all'esposizione dell'altra.

La Legge canonica, pur non riconoscendo valore di Prova piena alle Dichiarazioni delle parti, non esclude che nel Processo di nullità matrimoniale, se esse sono integrate da Testimoni di credibilità, oppure quando non è possibile usufruirne, da altri indizi e ammennicoli (cfr. Can. 1679), possano formare nell'animo del Giudice la certezza morale necessaria per pronunciarsi sul fatto giuridico controverso.

Questa «*Prova sussidiaria*»¹⁴⁸, mezzo saggiamente offerto dal Legislatore, non può ridursi ad una valutazione puramente soggettiva, e pertanto arbitraria, del Giudice, ma deve formarsi *ex Actis et probatis*, e quindi possedere

«una *oggettività* tale che può essere trasmessa alle parti e ai Tribunali superiori per mezzo della *motivazione* [...] tale oggettività non sta in ciascuno di questi mezzi, ma piuttosto nella *capacità oggettiva* che tutti gli indizi e le Prove *congiuntamente* sono suscettibili di produrre in una persona competente in materia e di sano giudizio»¹⁴⁹.

Giustamente si osserva che quanto il Legislatore suggerisce per arrivare alla Prova piena

«non [...] diminuisce il margine di responsabilità diretta del Giudice nella valutazione delle Dichiarazioni delle parti in quanto dispone di interpellare il teste

147 *Ivi*, 64.

148 M. F. POMPEDDA, *Studi di Diritto processuale canonico*, Milano, 1995, 214

149 *Ibidem*.

sulla credibilità delle parti solo “se possibile”, aggiungendo che, oltre al risultato ottenuto con l’eventuale ricorso a questo teste, quanto dicono le parti potrà avere valore di Prova piena se ci sono altri indizi e ammennicoli»¹⁵⁰.

La categoria di indizio o di ammennicolo è piuttosto generica; indizio è un segno che induce a riconoscere un fatto¹⁵¹, mentre ammennicolo indica qualcosa che viene in aiuto¹⁵², e che quindi dà forza; questi elementi, sufficienti per produrre insieme al «*Testimonium septimæ manus*», già nel *Codex Iuris canonici* piano-benedettino erano presi in considerazione, ma solo per le Cause di impotenza o di inconsumazione (cfr. Can. 1975 §2)¹⁵³.

La Giurisprudenza rotale ha interpretato l’Art. 117 della Istruzione *Provida Mater* del 15 agosto 1936, che sembrava negare «ogni efficacia probativa alla Deposizione (Confessione) dei coniugi contro il Matrimonio»¹⁵⁴,

«nel senso, che detta Deposizione *da sola* non fa Prova piena, ma se concorda con altre Prove, va tenuta in considerazione, attribuendole per lo meno una limitata efficacia probativa di indizio [...] se non addirittura di Prova piena o quasi piena, soprattutto nelle Cause di nullità di Matrimonio intentate *ex capite: a) impotentia [...] b) metus; c) defectus consensus*, per: simulazione, esclusione dei beni essenziali del Matrimonio, condizioni non verificate»¹⁵⁵.

150 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel Processo di nullità del Matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano, 2008, 91.

151 Il Forcellini definisce in questi termini *indicium*: «*stricto sensu, quo nempe index usurpatur [...] (index) delatio, manifestatio, detectio rei occultæ, præsertim criminis: et quidem proprie, quæ ab eo fit, qui delicti est conscius [...] Latiori sensu est signum, argumentum*». Æ. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, (emendatum et auctum a I. FURLANETTO, curantibus F. CORRADINI - I. PERINI) t. II, Patavii, 1940, 800; precedentemente “*index*” era stato così definito: «*Index: qui aliquid indicat, manifestat, defert, ostendit*». *Ivi*, 799.

152 *Admniculum* «*est vocabulum compositum a præp. ad et nomine manus, et significat id quod tamquam manus adiuvat, seu quod manibus nitentes apprehendimus in auxilium [...] Translate est quæcumque res, qua tamquam subsidio, ope, auxilio nitimur et adiuvamur*». Æ. FORCELLINI, *Lexicon*, t. I, 90.

153 Cfr. J. CASORIA, *De Matrimonio rato et non consummato*, Romæ, 1959, 156-158; nel Can. 1679 del *Codex* vigente la figura del *Testimonium septimæ manus* è stata sostituita con *testes de ipsarum partium credibilitate*, dal momento che, riferendosi alla precedente normativa, si affermava: «*Valor huius Testimonii (Testimonium septimæ manus) clare exponitur in r. 60 (Regulæ servandæ, emanate dalla S. C. de Disciplina Sacramentorum il 7 maggio 1923) (et similiter deinde in r. 71 §1), sc., est Testimonium de credibilitate coniugum, non de merito rei seu de inconsumationis facto*». I. GORDON, *De Processu super rato*, I, Romæ, 1977, 68.

154 V. DA S. MICHELE, *La Confessione delle parti nel Processo canonico. Storia e dottrina*, Milano, 1957, 146.

155 *Ivi*, 146.

Gli indizi, indicati nel Can. 1679 del *Codex* vigente, «sono gli elementi che la Giurisprudenza rotale qualifica come “Prove indirette”: l’avversione (*metus*); la “reazione” (*error e conditio*); il rapporto tra *causa simulandi* e *causa contrahendi* (esclusione)»¹⁵⁶; la Prova indicata dal Can. 1679, che «verte sull’attendibilità e sulla credibilità di un’altra Prova»¹⁵⁷, è chiamata sussidiaria e va collocata all’interno della Prova indiretta, e giustamente si osserva che

«questa Prova principalmente ha la funzione sussidiaria e non suppletoria come potrebbe suggerire la clausola iniziale del Can. 1670: “*probationes aliunde plenae habeantur*”. Essa infatti è finalizzata a fondare la valutazione di attendibilità della Confessione giudiziale o delle Dichiarazioni delle parti e fornisce un “*elementum*” con cui queste vengono rafforzate»¹⁵⁸.

Il percorso fatto dal Giudice nel riconoscere che le Deposizioni delle parti, supportate da testimonianza di credibilità e da indizi ed ammenicoli, hanno raggiunto la pienezza di Prova, dovrà essere palesato nelle motivazioni.

La Confessione giudiziale deve essere inoltre avvalorata da testi *fide digni*, che riferiscono su fatti che la parte ha confessato in Giudizio, ma da essi già conosciuti in tempo non sospetto, ossia prima che la Causa fosse introdotta; la Giurisprudenza qualifica quanto è stato detto dalle parti fuori dal Giudizio, ed in condizioni attendibili, come *Confessio extraiudicialis*.

Il Giudice nel motivare in Sentenza quanto egli recepisce o rifiuta nelle Deposizioni dei Testimoni si lascia certamente guidare dai criteri indicati dal Can. 1572 per la stima dei Testimoni.

Una motivazione risulta fondata se il Giudice ha saputo analizzare criticamente le caratteristiche di ogni Testimone e le affermazioni da esso fatte; per formare con logica stringente le motivazioni *in facto* non è sufficiente che il Giudice semplicemente faccia l’elenco dei Testimoni, riferendo acriticamente quanto hanno riferito, ma egli deve indicare il preciso contributo di ciascuno per la ricerca della verità, come pure deve comporre in argomentazione i fatti

156 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 97.

157 A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in *Apollinaris*, LXVII (1994), 106.

158 *Ivi*, 107.

riferiti dai testi, senza selezionare solo quello che può essere più favorevole ad una tesi¹⁵⁹, in modo che il fatto giuridico sia dimostrato oppure non sia riconosciuto come provato¹⁶⁰.

Teste qualificato, almeno da alcuni¹⁶¹ così definito, è da considerarsi il Perito, e pertanto nei suoi confronti il Giudice ha un rapporto peculiare, pur non dovendo mai rinunciare al proprio libero e discrezionale apprezzamento¹⁶². Devono pertanto essere rispettati sia dal Giudice come dal Perito i rispettivi limiti di competenza, «attenendosi il primo al dato canonico-giuridico, l'altro invece al dato scientifico»¹⁶³.

La valutazione fatta dal Perito è sottoposta all'apprezzamento discrezionale del Giudice, che tuttavia non può comportarsi arbitrariamente, anche se

159 Con sapienza di danno questi orientamenti: «*en la valoración de los testigos es fundamental hacer la crítica sobre cada uno de ellos y de sus afirmaciones. Lo que nunca debe hacer el Juez es poner en la Sentencia una enumeración de Testigos con sus Declaraciones respectivas, sin crítica alguna como si la fuerza de los mismos estuviere en la suma de todos ellos sin más. Se debe analizar lo que se dice, lo que se omite, lo que es verosímil, lo que es coherente o discordante con otros dichos o hechos. Se deben comparar las Declaraciones de los Testigos con las de las partes y las de los Testigos entre sí; estas con las de los Testigos que saben más que las mismas partes en aquello que sólo ellos pueden saber o dicen no haberlo comunicado a nadie. La crítica tampoco consiste en entresacar de cada uno de los Testigos aquello que es favorable a una tesis. Lo importante de cada Testigo es el hecho que quiere referir, lo que quiere exponer. El Juez también debe utilizar la crítica histórica averiguando las causas de los hechos, la razón de la ciencia en quien lo afirma, el interés que pueda tener en ello; separando lo accidental de lo sustancial, distinguiendo lo que aparece con verdad objetiva y lo que aparece como muy probable o como falso por conjeturas y deducciones. Ni excesiva sutileza ni ligera negligencia. El Juez debe ser cauto, prudente, humano*». F. GIL DE LAS HERAS, *Comentario al Can. 1572*, in A. MARZOJA - J. MIRAS - R. RODRIGUEZ OCAÑA (dir.), *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico* vol. IV/2, 1400-1401.

160 Per la distinzione tra fatti storici e fatti giuridici, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 45; 96; fatti giuridici e fatti storici sono anche denominati come «fatti primari, realizzanti la “causa petendi”» e fatti «semplici, posti alla base di essa». A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche*, 95.

161 Così il Perito viene qualificato da B. de Lanversin: «*habendus est Peritus uti Testis qualificatus, cum ratione competentiae et scientiae propriae, judici quaerenti, praecise et adamussim revelare possit id quod detegerit vel invenerit in examine corporali peracto, ratione muneris sibi concrediti*». B. DE LANVERSIN, *De momento Peritiae instituendae in Processibus matrimonialibus recentioribus*, in *Periodica*, LXXIII (1984), 574; di diverso parere è V. Palestro: «non essendo la perizia una Prova legale, né potendosi equiparare il Perito ad un teste qualificato in quanto non depone *de rebus “ex officio gestis”* [...] la prevalente Giurisprudenza considera i periti, qua tali, totalmente distinti dai testi anche se al Perito si applicano alcune norme comuni ai testi». V. PALESTRO, *Le Perizie*, in AA.VV., *I mezzi di prova nelle Cause matrimoniali secondo la Giurisprudenza rotale*, coll. *Studi giuridici*, n. XXXVIII, Città del Vaticano, 1995, 78-79.

162 Cfr. A. STANKIEWICZ, *La convertibilità delle conclusioni peritali nelle categorie canoniche*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 378.

163 A. STANKIEWICZ, *La valutazione delle Perizie nelle Cause matrimoniali per incapacità psichica*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVIII (1993) 284.

in Giurisprudenza egli è definito *Peritus Peritorum*¹⁶⁴, senza comunque dimenticare che *Peritis in arte credendum est*¹⁶⁵.

Il Legislatore con il Can. 1579 §2 impone al Giudice di dare le ragioni per cui ha rifiutato o accettato la Perizia. Nel formare le proprie ragioni relativamente alla Perizia eseguita per un Causa di nullità matrimoniale, il Giudice deve anzitutto considerare se il Perito ha raggiunto la propria conclusione lasciandosi guidare da una retta Antropologia, tale ossia che non accolga principi deterministici o una visione eccessivamente ottimistica sull'uomo, non riconoscendo che solo se manca la libertà essenziale un atto non è umano e dimenticando che l'uomo ha limiti essenziali strutturali, che non gli impediscono di raggiungere un'adeguata autorealizzazione¹⁶⁶.

Il Giudice riesce a formarsi motivazioni logiche nei confronti della Perizia se egli ripercorre l'*iter*, che il Perito ha compiuto per arrivare alle conclusioni scientificamente dimostrate.

Considerare l'insieme degli Atti di Causa è necessario; solo se il Giudice avrà una visione completa dei fatti, riuscirà a valutare l'oggettività o meno della Perizia.

Il Giudice deve verificare l'attendibilità e l'oggettività delle conclusioni del Perito, e questo accertamento da parte del Giudice si realizza, non entrando nel merito dell'operato del Perito, quasi pretendendo di possedere gli stessi strumenti di scienza del Perito, ma con un controllo logico sul metodo usato dal Perito, verificando se le conclusioni sono coerenti con le premesse¹⁶⁷, soprattutto valutando le premesse della Perizia, ed in particolare i fatti che vengono ammessi dal Perito come provati.

164 Con acutezza si danno le ragioni di questa qualità del Giudice, evitando ogni enfasi indebita: «*c'est à ce titre que la Jurisprudence qualifie le juge de "Peritus Peritorum"; ce n'est pas une figure de style ayant pour but de donner le dernier mot à celui qui est chargé de départager divers avis, mais ce titre désigne le travail spécifique de celui qui apparaît un véritable expert en Théologie, chargé de mettre en lumière, à travers le matériel technique et scientifique qui lui est fourni par les experts médicaux et par l'enquête canonique toute entière, les éléments réels qui concernent l'objet de la recherche du Tribunal: l'existence et la valeur d'un "Sacrement"*». B. DE LANVERSIN, *L'importance du Can. 1578 §3 dans les Procès matrimoniaux ("Judex peritus Peritorum")*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, IV (1989), 55.

165 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 141-142; 147.

166 Cfr. G. VERSALDI, *Momentum et consecratoria allocutionis Ioannis Pauli II ad Auditores Romanæ Rotæ diei 5 februarii 1987*, in *Periodica*, LXXVII (1988), 109-148; G. VERSALDI, *Animadversiones quedam relate ad allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica*, LXXVIII (1989), 243-260; C. IZZI, *Valutazione del fondamento antropologico della Perizia. Studio sulla recente Giurisprudenza rotale in tema d'incapacità consensuale*, Roma, 2004.

167 Cfr. A. STANKIEWICZ, *La convertibilità*, 383.

Pur dovendo il Perito dare un *nomen* all'anomalia, da provare nelle Cause di nullità matrimoniale, non è questo essenziale per il Giudice, il quale ha bisogno di ricevere dal Perito informazioni scientifiche sui «processi dinamici sottostanti, senza fermarsi soltanto ai sintomi che ne scaturiscono»¹⁶⁸ e sull'effetto di un'eventuale anomalia, qualora questa sia stata riscontrata¹⁶⁹.

CONCLUSIONE

Le motivazioni portate nella Sentenza stanno a provare un percorso nella storia di persone, di queste evidenziandosi tutte le luci e le ombre, ma in tensione verso la verità, non astratta, bensì incarnata nella biografia di persone uniche nel loro vissuto.

La Sentenza deve dunque evitare tanto il formalismo quanto il soggettivismo, e pertanto solo se le sue motivazioni verranno dal Giudice raggiunte e dimostrate con razionalità dialogica¹⁷⁰, saranno assicurate la dignità istituzionale del Matrimonio, la dignità processuale e la dignità delle persone¹⁷¹.

Il Giudice ecclesiastico, il cui dovere è pronunciare solo ciò che è giusto, deve agire con equità canonica¹⁷², cioè con attenzione sia al fine soprannaturale di tutto l'Ordinamento canonico sia alla singola persona, come finemente osserva un illustre canonista:

«et ce Droit est “æquum” lui-même parce qu’il est la traduction, ou mieux l’expression juridique de la religion chrétienne. En cette matière, celle-ci tend, non seulement à rendre à autrui ce qui lui est dû strictement, mais à considérer l’homme non point tant dans ses rapports avec la société naturelle dont la société et le Droit sont un moyen, que dans ses rapports avec sa fin surnaturelle [...] Le Droit canonique, adoucissant les rigueurs exigées par le Droit civil, insiste plutôt, en Droit et en fait, sur le point de vue humain et individuel: sans nier que l’homme soit un être social, sa tendance charitable l’incline vers le principe affirmant que la société est faite par l’homme»¹⁷³.

168 IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Romanæ Rotæ Auditores simul cum Officialibus et Advocatis, coram admissos, anno forensi ineunte*, 25 ianuarii 1988, in AAS, LXXX (1988), n. 7, 1182.

169 Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Dignitas Connubii*, Art. 209 §2, 2°.

170 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 55.

171 Cfr. *ivi*, 9-10.

172 L'obbligo del Giudice di rendere giustizia è così affermato, senza nulla tralasciare: *«le Juge est chargé de dire le juste, sa mission est de déterminer les droits et les obligations des parties en cause et de préciser avec équité ce qui revient à chacun»*. CH. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du Juge en Droit canonique*, Paris, 1938, 69.

173 *Ivi*, 207.

Solo motivazioni che si reggano sulla fedeltà alla Legge e sulla fedeltà ai fatti assicurano il *favor veritatis* e l'*aequitas canonica*, e la qualità delle motivazioni dipenderà dalle virtù del Giudice, che Giovanni Paolo II riporta alla Legge coniugata con la vita:

«la fedeltà del Giudice alla Legge lo deve portare ad immedesimarsi con essa [...] Sarà poi questa stessa fedeltà a spingere il Giudice ad acquistare quell'insieme di qualità di cui ha bisogno per eseguire gli altri suoi doveri nei confronti della Legge: sapienza per comprenderla, scienza per illustrarla, zelo per difenderla, prudenza per interpretarla, nel suo spirito, oltre il "*nudus cortex verborum*", ponderatezza e cristiana equità per applicarla»¹⁷⁴.

174 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 177, n. 8.

La nuova Legge vaticana sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso. Prima lettura degli Articoli e relativo commento

GIORGIO CORBELLINI - WALDERY HILGEMAN

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Introduzione. 3. I motivi della revisione della Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno del 1929. 4. La Commissione di revisione: composizione ed attività. 5. Il testo della nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso. 6. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Foreword. 2. Introduction. 3. The reasons for the revision of the Law on citizenship and stay of 1929. 4. The Commission of revision: composition and activity. 5. The text of the new Law of Citizenship, Residence and Access. 6. Conclusions.

1. PREMESSA

Oggetto della nostra analisi è la nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso nello Stato della Città del Vaticano, n. CXXXI, promulgata il 22 febbraio 2011 da Benedetto XVI ed entrata in vigore il 1° marzo 2011¹.

Attesa l'importanza –soprattutto pratica– di questa nuova Legge, ci è sembrato opportuno offrire, attraverso le pagine di *Apollinaris*, qualche considerazione relativa all'*iter* di elaborazione del testo ed ai suoi contenuti².

1 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso nello Stato della Città del Vaticano*, n. CXXXI, 22 febbraio 2011, in *AAS suppl.*, LXXXII (2011), 1-7.

2 Va considerato, infatti, che presso l'*Institutum Utriusque Iuris*, dall'anno accademico 1975/76 –almeno secondo il programma apparso da anni sui successivi “*Ordines anni academici*” ed ora sui “*Programmi degli Studi*” della Pontificia Università Lateranense (PUL)– risulta istituito il corso di “*Ius Civitatis Vaticanae*”.

Anche se la nova Legge sulle Fonti del Diritto del 2008, n. LXXI³, adotta nello S.C.V.–dal 1° gennaio 2009– il Codice civile italiano del 1942⁴, rimangono, tuttavia, in ambito civilistico, alcuni settori che risultano comunque sottratti⁵ alla disciplina di detto Codice, una di queste è la Cittadinanza⁶. Ciò è del tutto in linea con il noto criterio *Lex specialis derogat generali*, in base al quale la scelta attuata dalla nuova Legge sulle Fonti del Diritto è del tutto comprensibile in quanto tra due norme giuridiche prevale quella più specifica, ossia quella la cui disciplina è peculiare e particolare per il singolo caso, rispetto ad un'altra che regola in termini più generici lo stesso caso ed eventualmente anche altri⁷.

Nello studio che segue cercheremo di illustrare il nuovo quadro giuridico in materia di Cittadinanza, Residenza ed Accesso nello S.C.V.⁸, così come definito a partire dalla nuova Legge vaticana che regola la suddetta materia⁹.

Tenuto conto che la materia viene insegnata da oltre trentacinque anni presso la PUL, la Rivista Apollinaris –che è appunto il “*Commentarius iuridicus Instituti Utriusque Iuris*”– è la Rivista più idonea per una pubblicazione sull’Ordinamento giuridico vaticano, quale la presente. In questo contesto, infatti, non va dimenticato che il Diritto vaticano, in quanto disciplina l’attività giuridica di un’entità statale è *ex natura sua* Diritto civile. Tuttavia, nello stesso tempo, la norma vaticana, secondo la quale «l’Ordinamento giuridico vaticano riconosce nell’Ordinamento canonico la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo» (Legge sulle Fonti del Diritto, n. LXXI del 2008, Art. 1), crea un imprescindibile legame con il Diritto canonico, che non è riscontrabile in alcun altro Stato. Così l’Ordinamento vaticano presenta, in felice sintesi, istituti civilistici e forme tradizionali del Diritto canonico. Tutto ciò rende il Diritto vaticano adattissimo ai fini della comparazione e soprattutto ad essere oggetto di studio da parte del cultore di entrambi i Diritti.

3 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano*, n. XXLI, 1 ottobre 2008, in *AAS suppl.*, LXXIX (2008), 66-70.

4 Con tutte le modifiche ed integrazioni che esso ha avuto fino al 1° gennaio 2009 (data di entrata in vigore della nuova Legge sulle Fonti del Diritto).

5 Nell’operare il rinvio al Codice civile italiano, il Legislatore vaticano ha posto undici limitazioni specifiche per materia, di cui dieci concernono materie già escluse dall’Art. 11 della Legge sulle Fonti del Diritto vaticano del 1929, quale, ad esempio, quelle relative alla Cittadinanza, al Matrimonio, all’Adozione, alla Prescrizione dei beni ecclesiastici, alla Capacità a compiere qualsiasi atto giuridico da parte dei chierici e religiosi che siano cittadini vaticani, ecc.; ad esse l’Art. 4 lett. i) della nuova Legge ha aggiunto i Rapporti di lavoro che, pertanto, restano disciplinati da apposita normativa, in questo caso quella vaticana (cfr. W. HILGEMAN, *La nuova Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano. Prime note ed osservazioni*, in *Apollinaris*, LXXXIII [2010], 67).

6 In verità, anche se la Legge sulle Fonti del Diritto del 2008, all’Art. 4 lettera a), prevede l’esclusione dall’ambito di applicazione del Codice civile italiano della materia della Cittadinanza, tuttavia, essa non risulta compresa tra quelle contenute e regolate dal medesimo Codice (cfr. A. SARAI, *Le Fonti del Diritto vaticano*, Roma, 2011, 159, nota 16).

7 Il criterio della specialità è ampiamente riconosciuto anche all’interno dell’Ordinamento canonico. Ne è espressione, ad esempio, il criterio per cui la Legge particolare, legittimamente data per uno specifico ambito territoriale o personale, prevale sulla Legge universale (cfr. A. SARAI, *Le Fonti*, 61, nota n. 11).

8 Nella designazione dello Stato della Città del Vaticano adottiamo l’abbreviazione “S.C.V.” ormai di uso corrente negli scritti giuridici.

9 Per un riferimento ampio alle Leggi dell’Ordinamento vaticano: W. SCHULZ, *Leggi e disposizioni*

Tuttavia, ai fini di un corretto inquadramento del tema si rendono necessari alcuni, sintetici, cenni sulla nascita dello S.C.V., tralasciando, però, di considerare la storia del plurisecolare Stato Pontificio¹⁰ e degli sviluppi successivi alla c.d. breccia di Porta Pia¹¹. Basti qui ricordare che Pio IX da quel momento si considerò «prigioniero dello Stato italiano» e nell'Enciclica "Rescriptentes" definì l'occupazione italiana «ingiusta, violenta, nulla e invalida»¹².

La trattazione affronterà, pertanto, in modo analitico le novità inserite nell'Ordinamento giuridico dalla nuova, succitata Legge vaticana, avendo cura di riportare, altresì, i vari Atti normativi preesistenti; in particolare ciò sarà fatto attraverso un riferimento a tutte le norme –comprese quelle contenute nel Trattato Lateranense– che hanno regolato o modificato la materia della Cittadinanza, della Residenza e dell'Accesso nello S.C.V.

Quale indefettibile presupposto storico-giuridico della Cittadinanza vaticana, infatti, il Trattato Lateranense¹³, firmato tra la Santa Sede ed il Regno d'Italia, l'11 febbraio 1929¹⁴, e perfezionato il 7 giugno dello stesso anno¹⁵, con lo scambio delle Ratifiche, rappresenta il punto di partenza del presente

dello Stato della Città del Vaticano, I-II, Roma, 1981-1982; J.I. ARRIETA, *Codice di norme vaticane*, Venezia, 2006; G. CORBELLINI, *Leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, III, Roma, 2007.

- 10 Lo Stato Pontificio era il più antico tra gli Stati medievali su terra italiana poiché risaliva, nel suo nucleo originario, all'epoca longobarda. Esso consisteva nei territori che si erano venuti via via aggiungendo alla piccola terra di Sutri, donata nel 728 da Liutprando ai «beatissimi Pietro e Paolo» (cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Milano, 1954, 446). Quel primo nucleo dello Stato Pontificio fu costituito quando il Papato avvertì la necessità di sottrarsi all'egemonia longobarda, cercando al contempo di non cadere sotto l'influenza dei Franchi (cfr. L. DUCHESNE, *I primi tempi dello Stato Pontificio*, [tr. it.] Torino, 1970, 55; 61-81).
- 11 Il 20 settembre 1870 l'artiglieria dell'esercito dei Savoia entrò militarmente a Roma: terminava così per *debellatio* quel che restava dello Stato Pontificio e del potere temporale del sommo Pontefice. Sui aspetti storici legati alla Presa di Roma ed ai rapporti tra Santa Sede e Regno d'Italia nel periodo successivo all'unificazione Italiana vedasi: P. ORTOLEVA - M. RIVELLI, *Storia dell'età contemporanea*, Milano, 1983, 285-287.
- 12 Cfr. PIUS PP. IX, Epistola encyclica, qua rerum enarratione præmissa de iis quæ violentam captio-nem Urbis præcesserunt et subsequuta sunt, censuræ iam latæ confirmantur: *Rescriptentes*, 1 novembre 1870, in *Acta Sanctæ Sedis*, VI (1870-1871), 136-145.
- 13 Le trattative per la stesura degli Accordi cominciarono nell'ottobre 1926, quando Mussolini incaricò il Consigliere di Stato Domenico Barone di agire come suo rappresentante presso la Santa Sede, la quale a sua volta autorizzò il Prof. Avv. Francesco Pacelli a svolgere il ruolo di intermediario nei confronti dello Stato Italiano (cfr. C.A. BIGINI, *Storia inedita della Conciliazione*, Milano, 1942, 93-95).
Sui lavori preparatori dei Patti Lateranensi vedasi: F. PACELLI, *Diario della Conciliazione, con Ver-bali e appendice di documenti*, (M. MACCARRONE, cur.) Città del Vaticano, 1959.
- 14 Cfr. REGNO D'ITALIA, *Il Trattato del Laterano*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXX (1929), n. 130, 5 giugno 1929 (Straordinario); J.I. ARRIETA, *Codice*, 65-78.
- 15 «Addì 7 giugno 1929 ha avuto luogo lo scambio delle ratifiche del Trattato con quattro Allegati e del Concordato stipulati in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia l'11 febbraio 1929». REGNO D'ITALIA.

studio, al fine di illustrare il fondamento normativo della Cittadinanza vaticana. A tal proposito si rileva che, pure essendo una convenzione bilaterale¹⁶, fonte di Diritto internazionale, il Trattato Lateranense presenta la singolarità di contenere norme che determinano parti dell'Ordinamento interno dello S.C.V.¹⁷, come ad esempio le disposizioni contenute negli Articoli 9 e 21, relativi alla materia della Cittadinanza vaticana.

Ponendo fine alla Questione romana¹⁸, i Patti Lateranensi¹⁹ hanno dato vita allo S.C.V. come Stato *sui generis*, per il fine stesso per cui è sorto, come affermato dallo stesso Pontefice Pio XI, essendo destinato: «a riconoscere e, per quanto *hominibus licet*, ad assicurare alla Santa Sede una vera e propria e reale sovranità territoriale»²⁰. Lo S.C.V. è sorto con questo preciso carattere strumentale, nel quale si identifica la sua stessa *ratio vitae*²¹.

MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Nota*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXX (1929), n. 133, 8 giugno 1929, 2570.

- 16 Ezzo fu stipulato nel Palazzo del Laterano insieme agli altri Accordi facenti parte dei c.d. "Patti Lateranensi" (cioè il Concordato e la Convenzione finanziaria, costituente l'Allegato IV al Trattato), per mano dei Plenipotenziari: l'Em.mo Card. Pietro Gasparri, Segretario di Stato di Sua Santità, e l'On. Benito Mussolini, Presidente del Consiglio dei Ministri del Regno d'Italia.
- 17 Secondo P.A. BONNET, il Trattato del Laterano è stato la fonte primigenia di tutta l'ossatura fondamentale della Legislazione vaticana (cfr. P.A. BONNET, *Le Fonti normative e la funzione legislativa*, in F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, [Appendice alla ristampa anastatica] Città del Vaticano, 2005, 524).
- 18 Per gli eventi che precedettero l'istituzione dello S.C.V., si veda: A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1971.
- 19 I Patti Lateranensi, sottoscritti l'11 febbraio 1929, si componevano del Trattato, in 27 Articoli, che dà vita allo S.C.V., definendone il territorio; con quattro Allegati (la pianta del territorio del costituito S.C.V., l'elenco degli immobili esistenti in Italia con privilegio di extraterritorialità ed esenti da espropriazione e tributi, l'elenco degli immobili esenti da espropriazione e tributi, e una Convenzione finanziaria che impegnava l'Italia a versare un miliardo e 750 milioni come risarcimento per la perdita dello Stato Pontificio) e del Concordato, in 45 Articoli, che stabilisce i mutui rapporti tra Stato e Chiesa in Italia, in materia religiosa –anche se qualche Articolo, di fatto, regola materie proprie del Trattato–. Per le singole clausole, e relative questioni dei Patti, si rinvia alla bibliografia di: S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Milano, 1974.
- Il Concordato ha subito una sostanziale revisione con gli Accordi tra Italia e Santa Sede del 18 febbraio 1984 (Inter Sanctam Sedem et Italianam conventiones: *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, in AAS, LXXXVII [1985], 521-578), che tra l'altro in un apposito Protocollo addizionale hanno riconosciuto non più in vigore il principio contenuto all'Art. 1 del Trattato relativo alla religione cattolica come sola religione dello Stato Italiano. Per approfondimenti sulla revisione del Concordato: G. ACQUAVIVA (cur.), *La grande riforma del Concordato*, Venezia, 2006; G. DALLA TORRE (cur.), *La revisione del Concordato*, coll. *Quaderni dell'Osservatore romano*, Città del Vaticano, 1985.
- 20 Così Pio XI parlando ai parroci di Roma l'11 febbraio 1929, giorno stesso della stipula dei Patti Lateranensi (cfr. PIUS PP. XI, *Sermo ad Parochos Urbis et Concionatores sacri temporis quadragesimalis: Il Nostro*, 11 februarii 1929, in AAS, XXI [1929] 105).
- 21 Cfr. A.C. JEMOLO, *Carattere dello Stato della Città del Vaticano*, in *Rivista di Diritto internazionale*, XXI (1929), 193.

Lo S.C.V., dunque, che alla pari e non meno della Chiesa sottostà ad una comune, unica sovranità²², quella della Santa Sede²³, ed è dotato di un territorio²⁴ e di un popolo²⁵ –il tutto coordinato da una struttura organizzativa tipica degli Stati²⁶, sebbene con delle significative caratteristiche– possiede, pur minuscolo per i suoi confini e così *sui generis* nelle altre sue componenti statuali, un'autonoma personalità giuridica fornita di tutti gli elementi essenziali di uno Stato vero e proprio che lo rendono certamente un *unicum* nel panorama internazionale.

-
- 22 Come autorevolmente ricordato dal Cardinale Tarcisio Bertone, Segretario di Stato, che ha richiamato l'affermazione di Pio XI –in occasione del Convegno di studi nell'80° anniversario della fondazione dello Stato della Città del Vaticano–, la Santa Sede non acquisisce la sua sovranità con il Trattato Lateranense; infatti, di tale patto essa è soggetto contraente con l'allora Regno d'Italia. La sovranità della Sede Apostolica è un fatto incontestato e vissuto anche negli anni dopo Porta Pia, dal 1870 al 1929, come appare dal continuato esercizio dello *Ius legationis* attivo e passivo e dello *Ius tractandi*, così come dalla sua presenza e azione a livello internazionale, ad esempio, con le mediazioni pontificie in casi di conflitto fra Stati. La creazione dello Stato della Città del Vaticano si può dire che “aggiunge” a questa sovranità quella di carattere territoriale: il Pontefice diviene sovrano di un piccolo stato territoriale, come diceva Pio XI, perché «una qualche sovranità territoriale è condizione universalmente riconosciuta indispensabile ad ogni vera sovranità giurisdizionale». T. BERTONE, *Introduzione*, in *Lo Stato della Città del Vaticano*. Atti del convegno sugli 80 anni [12-14 febbraio 2009], Città del Vaticano, 2010, 16-17.
- 23 Cfr. G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma, 2002, 249.
- 24 Paolo VI, in visita al Campidoglio descrisse, la sovranità vaticana come una «minuscola sovranità temporale, quasi più simbolica che effettiva». PAULUS PP. VI, *Discorso in occasione della visita al Campidoglio*, 16 aprile 1966, in *Insegnamenti di Paolo VI*, vol. IV, Città del Vaticano, 1967, § 3, 175-181.
- Il territorio dello S.C.V. è fissato in un'apposita pianta costituente l'Allegato I del Trattato Lateranense. Esso si presenta come lo Stato più piccolo del mondo, con solo 0,44 km², con una lunghezza massima da est ad ovest di circa 1.100 m. e una larghezza ancora minore di circa 850 m.
- 25 Il popolo è costituito da persone fisiche, che senza formare una popolazione o una nazione vaticana, diventano cittadini, non per lo *Ius sanguinis*, lo *Ius coniugii* o per lo *Ius soli*, come succede nella generalità degli Stati, ma con la Residenza stabile sul territorio accompagnata dall'esercizio di un Ufficio (cfr. Trattato Lateranense, Artt. 9 e 21; Legge 7 giugno 1929, n. III, Artt. 1; 3–5).
- Questi ultimi due elementi (Residenza stabile ed esercizio di un Ufficio), pur nella loro singolarità rispetto ai criteri generalmente adottati dagli altri Stati, costituiscono, in ogni caso, un'applicazione del principio dell'“appartenenza necessaria”, in quanto anche in questo caso la Cittadinanza è legata necessariamente a rapporti che si impongono ai soggetti *ab estrinseco*. Ciò a differenza di quanto avviene nell'aggregazione di stampo comunitario che si caratterizza per la sua “ulteriorità” rispetto alla singola persona. Infatti mentre l'appartenenza è un fatto, l'adesione comunitaria (*in primis* alla comunità ecclesiale) è un atto, in quanto tale frutto di una volontà del proprio “essere-parte-di”. (Per un approfondimento sull'argomento: P. GHERRI, *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in *Apollinaris*, LXXXII [2009], 237-238).
- Nello S.C.V., in quanto esso è uno Stato patrimoniale, «il territorio assume posizione di oggetto primario, mentre oggetto secondario sono i cittadini, considerati soltanto individualmente e non come unità collettiva». D. DONATI, *La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato*, Padova, 1930, 41.
- 26 La struttura organizzativa dello S.C.V. è come quella propria di ogni Stato, con Organismi legislativi, esecutivi e giudiziari.

Anche se di proporzioni ridotte e quasi simboliche, lo S.C.V., alla guisa d'ogni altro Stato, dispone –pur mostrando una certa peculiarità– di un corpo di norme che ne copre tutte le esigenze proprie, ivi comprese le norme sulla Cittadinanza.

Tanto è vero che il giorno stesso dello scambio delle ratifiche (indicato tecnicamente come “stipulazione”) dei Patti Lateranensi, il sommo Pontefice Pio XI, quale sovrano dello S.C.V.²⁷, ha emanato, con *motu proprio*, per configurare e disciplinare giuridicamente l'Ordinamento interno, sei Leggi, contraddistinte con i numeri romani da I a VI²⁸; la III riguardava proprio la Cittadinanza ed il Soggiorno.

Le, prime, sei Leggi suddette rappresentavano, in definitiva, il *corpus* “fondante” dell'Ordinamento giuridico vaticano alla sua origine²⁹.

Lungo gli anni, tale *corpus* normativo iniziale, ha subito diversi interventi di adeguamento alle mutate esigenze dello Stato; ciò è accaduto *in primis* alla Legge fondamentale –di grande portata per l'Ordinamento giuridico vaticano–, successivamente alla Legge sulle Fonti del Diritto ed ora alla Legge sulla Cittadinanza. Non sono mancati, inoltre, anche alcuni interventi normativi sul sistema giudiziario³⁰.

27 Così lo S.C.V. è una monarchia elettiva assoluta, nel senso che tutti i poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) sono concentrati nella persona del monarca, sciolto (*absolutus*) dal controllo d'altri Organi; così era la situazione nella forma di governo monarchica –chiamata forma monarchica «pura»– esistente in Europa soltanto durante il periodo dell'assolutismo (seconda metà del 500 prima metà del 600). Sotto questo profilo, lo S.C.V. non trova analogie tra gli Stati contemporanei: né per quanto riguarda la forma monarchica, dato che le monarchie contemporanee hanno la forma di governo di una monarchia costituzionale o parlamentare o autocratica, mentre nello S.C.V. sono assenti tutte e tre queste forme; e neanche a proposito del carattere assoluto, in quanto gli altri Stati che ancora hanno quell'Organo assoluto, hanno tutti una forma di Stato autoritario. È elettiva, perché il romano Pontefice, organo supremo dello Stato, viene eletto dal Collegio cardinalizio. Sebbene storicamente la maggior parte delle monarchie siano ereditarie, l'eleggibilità non è concettualmente incompatibile con la forma monarchica.

28 Intitolate: - N. I - Legge fondamentale della Città del Vaticano; - N. II - Legge sulle Fonti del Diritto; - N. III - Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno; - N. IV - Legge sull'Ordinamento amministrativo; - N. V - Legge sull'Ordinamento economico, commerciale e professionale; - N. VI - Legge di pubblica sicurezza.

Le sei Leggi sono state pubblicate su “*Acta Apostolicae Sedis Supplementa*” (appositamente istituito per gli Atti normativi relativi allo Stato della Città del Vaticano) con la data dell'8 giugno 1929 e sono entrate in vigore il giorno stesso della loro pubblicazione.

29 È su queste norme, oltre che sul Trattato Lateranense, che Federico Cammeo elaborò nel 1932 una trattazione sistematica, l'Ordinamento Giuridico dello Stato della Città del Vaticano, pubblicato a Firenze nel 1932 e ristampato dalla Libreria Editrice Vaticana nel 2005.

30 Per approfondimenti sull'Ordinamento giudiziario dello S.C.V. vedasi: W. HILGEMAN, *L'Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, in *Dadaskalia*, XLI (2011), 87-117 (Rivista della Facoltà di Teologia dell'Università Cattolica di Lisbona).

2. INTRODUZIONE

Lo S.C.V., benché sia uno Stato *sui generis*, è esposto ai mutamenti normativi, secondo le esigenze dei tempi, come evidenziato nella stessa introduzione al testo della nuova Legge fondamentale del 2000³¹, la quale fa riferimento alla «necessità di dare forma sistematica ed organica ai mutamenti introdotti in fasi successive nell'Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano», allo scopo di «renderlo sempre meglio rispondente alle finalità istituzionali dello stesso, che esiste a conveniente garanzia della libertà della Sede Apostolica e come mezzo per assicurare l'indipendenza reale e visibile del romano Pontefice nell'esercizio della Sua missione nel mondo»³².

Anche la nuova Legge sulle Fonti del Diritto del 2008³³, proseguendo sulle orme della riforma intrapresa con la summenzionata Legge fondamentale, nel *proemio* fa espresso riferimento all'obiettivo di «procedere ulteriormente nel sistematico adeguamento normativo dell'Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano, avviato con la Legge fondamentale del 26 novembre 2000»³⁴.

Dal canto suo, la nuova Legge sulla Cittadinanza vaticana muove dall'esigenza di «portare avanti sistematicamente l'adeguamento normativo dell'Ordinamento giuridico [... tenendo conto] della peculiare natura dello Stato e della realtà di fatto ivi esistente»³⁵.

Il presente studio relativo a tale norma presenta l'unicità di contenere dei riferimenti ai Verbalì nonché agli Atti della Commissione di revisione³⁶, che

31 IOANNES PAULUS PP. II, Motu proprio: *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, s. n., 26 novembre 2000, in *AAS Suppl.*, LXXI (2000), Proemio.

Per approfondimenti sulla nuova Legge fondamentale del 2000 e sul governo dello S.C.V. vedasi: G. CORBELLINI, *Il governo dello Stato della Città del Vaticano e la nuova Legge Fondamentale*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004), 623-665; W. HILGEMAN, *Il governo dello Stato della Città del Vaticano e la nuova Legge Fondamentale*, (dissertazione dottorale in Diritto canonico - Pontificia Università Lateranense) Roma, 2007, 121-221.

32 IOANNES PAULUS PP. II, *Legge fondamentale*, 75.

33 Per approfondimenti sulla nuova Legge sulle Fonti del Diritto dello S.C.V. del 2008 vedasi: A. GIANFREDA, *La Legge sulle Fonti del Diritto dello SCV del 1 ottobre 2008: prime note*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, XVII (2009), 365-387; J.I. ARRIETA, *La nuova Legge vaticana sulle Fonti del Diritto*, in *Ius Ecclesiae*, XXI (2009) 227-242; W. HILGEMAN, *La nuova Legge*, 43-84; A. SARAI, *Le Fonti*.

34 BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano*, n. XXLI, 1 ottobre 2008, in *AAS suppl.*, LXXIX (2008), 66.

35 BENEDICTUS PP. XVI, *Legge sulla Cittadinanza*, 1.

36 I Verbalì e gli Atti della Commissione di revisione sono depositati presso l'Archivio del Governato.

ha redatto il testo della summenzionata nuova Legge, il ch  conferisce allo stesso un carattere esclusivo.

L'originalit  del presente studio risiede, inoltre, nel fatto che prescinde da questioni di natura dottrinale e teorica, essendo, invece, rivolto essenzialmente all'esame ed al commento del nuovo testo normativo, pur tenendo conto degli Atti preparatori dell'attuale Legge e degli Atti normativi preesistenti alla medesima, ma successivi a quella del 1929 che, in forza della loro emanazione,   risultata integrata ed ampliata, come sar  meglio illustrato.

3. I MOTIVI DELLA REVISIONE DELLA LEGGE SULLA CITTADINANZA ED IL SOGGIORNO 1929

Giovanni Paolo II nel 2000, con la promulgazione di una nuova Legge fondamentale ha dato inizio ad una revisione ed un aggiornamento della Legislazione dello S.C.V.

Infatti, il 16 luglio 2002,   stata promulgata, sempre da parte del sommo Pontefice, una nuova Legge sul governo, la n. CCCLXXXIV³⁷; successivamente, il 1  ottobre 2008   stata promulgata, da parte di Benedetto XVI, una nuova Legge sulle Fonti del Diritto, la n. LXXI³⁸.

Dopo la Legge fondamentale e quella sulle Fonti del Diritto, certamente, quella sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso rappresenta la terza novella normativa non solo in ordine di importanza, ma anche dal punto di vista della consequenzialit  degli interventi sulle Fonti che disciplinano il funzionamento dello Stato. Gli interventi si sono, infatti, succeduti rispettando anche la numerazione che le diverse Leggi novellate recavano (I e II, rispettivamente la Legge fondamentale e quella sulle fonti, III la Legge sulla Cittadinanza).

La nuova Legge sulla Cittadinanza, come gi  era successo per quella fondamentale e per quella sulle fonti, ha preso le mosse anche dalla necessit  di coordinare ed eliminare la stratificazione normativa che nel tempo si era venuta a creare tra la Legge del 1929 ed i successivi Atti normativi.

D'altra parte, negli oltre ottantadue anni di esistenza dello Stato e di vigenza della Legge si   assistito a profondi mutamenti, giuridici e pratici, che hanno determinato l'esigenza di una modifica dell'originaria Fonte normativa,

37 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Motu proprio: *Legge sul governo dello Stato della Citt  del Vaticano*, n. CCCLXXXIV, 16 luglio 2002, in *AAS suppl.*, LXXIII (2002), 35-49.

38 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Citt  del Vaticano*, n. LXXI, 1 ottobre 2008, in *AAS suppl.*, LXXIX (2008), 66-70.

i cui Articoli, in genere, erano “datati”, oltre che redatti, in alcune parti, con un lessico desueto; ciò soprattutto se si considera che lo S.C.V. era stato fondato poco tempo prima della promulgazione della Legge in parola.

Da questo sommario, ma crediamo sufficiente, sguardo alle premesse da cui hanno preso le mosse i mutamenti dell’Ordinamento giuridico vaticano, emergono alcune considerazioni circa le ragioni di merito che, insieme ad altre, hanno condotto alla decisione di sottoporre a revisione la Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno del 1929.

A tal proposito si pensi alla disposizione di Pio XII, del 6 luglio del 1940, con cui, superando le previsioni della Legge del 1929, al personale della Santa Sede in servizio diplomatico era attribuita “*durante munere*” la Cittadinanza vaticana³⁹, e allo Scambio di Note tra la Santa Sede e l’Italia⁴⁰ (il 23 luglio ed il 17 agosto 1940)⁴¹ che definiva espressamente tale attribuzione allo stesso personale avente Cittadinanza italiana.

Per quanto concerne, inoltre, la materia dell’Accesso e del Soggiorno nonché dell’Accesso con veicoli, le situazioni si presentavano profondamente cambiate, soprattutto a livello pratico⁴².

4. LA COMMISSIONE DI REVISIONE: COMPOSIZIONE ED ATTIVITÀ

Partendo, dunque, dalle considerazioni sopra esposte, risulta evidente come la nuova Legge sia essenzialmente votata a consentire, dal un lato, un adeguamento della disciplina dettata in materia di Cittadinanza, Residenza e Accesso alle nuove esigenze pratiche, venutesi nel frattempo a determinare, e, dall’altro, a portare avanti l’adattamento sistematico dell’Ordinamento giuridico dello Stato, attraverso la riorganizzazione dell’assetto normativo venutosi a determinare in materia dal 1929 in poi.

L’iniziativa della revisione è partita dalla Presidenza del Governatorato, con lettera del 4 dicembre 2008⁴³, indirizzata al Cardinale Segretario di Stato,

39 «Il Santo Padre Pio XII, felicemente regnante, in data 6 luglio 1940 si è benignamente degnato di disporre che venga conferita la Cittadinanza vaticana, *durante munere*, al personale delle Rappresentanze pontificie (Nunziature, Intemunziature, Delegazioni apostoliche)». SECRETARIA STATUS, *Comunicazione*, in AAS, XXXII (1940), 383.

40 Cfr. J.I. ARRIETA, *Codice*, 593.

41 S’osservi che lo Scambio di Note è avvenuto già in contesto bellico; infatti, il 10 giugno 1940 l’Italia era entrata guerra.

42 Cfr. G. CORBELLINI, *Nuova Legge su Cittadinanza, Residenza e Accesso in Vaticano*, in *L’Osservatore romano*, CLI (2011), n. 50 (45.695), 2 marzo, 8.

43 Cfr. PRESIDENTE DEL GOVERNATORATO, *Lettera del 4 dicembre 2008*, prot. 479.114 (con annesso Ap-

che a sua volta ha istituito, con lettera in data 24 marzo 2009⁴⁴, un'apposita Commissione con l'incarico di revisionare la Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno del 1929.

Detta Commissione risultava così composta:

I) Mons. Giorgio Corbellini⁴⁵, Presidente; II) Mons. Pietro Parolin⁴⁶, in rappresentanza della Segreteria di Stato, Sezione per i Rapporti con gli Stati; III) Dott. Claudio Ceresa, Consigliere dello Stato della Città del Vaticano; IV) Mons. Sergio F. Aumenta, Ufficiale della Segreteria di Stato, Sezione per gli Affari generali; V) Dott. Vincenzo Mauriello, Ufficiale della Segreteria di Stato, Sezione per gli Affari generali; VI) Rag. Raffaele Ottaviano⁴⁷, Funzionario dell'Ufficio di Stato Civile, Anagrafe e Notariato; VII) Avv. Carlo Carrieri⁴⁸, Funzionario dell'Ufficio Giuridico; VIII) Sig. Costanzo Alessandrini, Commissario del Corpo della Gendarmeria.

A partire dalla riunione plenaria del 22 ottobre 2009, l'Ecc.mo Mons. Pietro Parolin è stato sostituito, come membro della Commissione, dal nuovo Sotto-Segretario per i Rapporti con gli Stati, Mons. Ettore Balestrero⁴⁹.

La Commissione di revisione ha iniziato il lavoro in data 23 aprile 2009, elaborando –nel contesto di quattro riunioni plenarie e cinque di un gruppo ristretto– una prima bozza dell'intero testo normativo; ultimata nella riunione del 1° luglio 2009⁵⁰.

Durante la prima riunione tenutasi il 23 aprile 2009, nella Sala della Consulta del Governatorato, il Presidente propose di procedere a costituire un gruppo ristretto con l'incarico di predisporre un testo sul quale, successivamente, lavorare nelle sedute plenarie della Commissione⁵¹.

punto dell'Ufficio Giuridico del Governatorato del 2 dicembre 2008). Tutte le Lettere di seguito citate, in quanto Atti interni della Pubblica Amministrazione dello Stato, si trovano presso l'Archivio del Governatorato S.C.V.

44 Cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Lettera del 24 marzo 2009*, n. 102.251.

45 Mons. G. Corbellini è Presidente dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica, Vice-Segretario Generale del Governatorato e Capo dell'Ufficio Giuridico nonché Presidente della Commissione Disciplinare della Curia Romana. Inoltre, dal 1995, insegna Diritto dello Stato della Città del Vaticano presso la Facoltà di Diritto civile della Pontificia Università Lateranense.

46 Mons. P. Parolin era Sotto-Segretario presso la Sezione per i Rapporti con gli Stati della Segreteria di Stato; il 17 agosto 2009 è stato nominato dal sommo Pontefice Nunzio Apostolico in Venezuela.

47 Alla terza riunione il Rag. Ottaviano è subentrato all'Avv. Carrieri nelle mansioni di Attuario della Commissione.

48 I Verbali delle prime due riunioni sono stati redatti dall'Avv. Carrieri.

49 Cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Lettera del 25 settembre 2009*, n. 102.251.

50 Cfr. G. CORBELLINI, *Nuova Legge*, 8.

51 La proposta venne approvata ed il gruppo ristretto trattò come primo argomento la Cittadinanza. A

Come modo di procedere stabilito durante la prima riunione, la Commissione ha previsto che durante la riunione ristretta i membri discutessero blocchi di Articoli da sottoporre alle successive sedute plenarie.

Al fine di raccogliere suggerimenti utili in vista di una redazione più chiara, la Commissione, durante la plenaria del 1° luglio 2009, ha deciso di sottoporre il testo ad alcuni esperti esterni per quegli Articoli della Legge che richiedevano una competenza giuridica generale nonché, in particolare, una competenza nelle materie del Diritto costituzionale, internazionale, ecclesiastico, privato⁵².

Avuti i pareri degli esperti esterni, la Commissione ha ripreso il lavoro il 22 ottobre 2009, elaborando nel contesto di 9 riunioni (alcune delle quali, tutte di carattere plenario, tenutesi anche nel corso del 2010) una seconda ed una terza bozza, approvata nell'ultima riunione del 9 giugno 2010, e trasmessa il 16 giugno successivo al Cardinale Segretario di Stato, per gli ulteriori passi in ordine all'auspicata approvazione e promulgazione da parte del sommo Pontefice.

Come s'è potuto notare, i lavori della Commissione si sono svolti in due fasi; una di elaborazione della prima bozza, conclusasi il 1° luglio 2009, ed una seconda di perfezionamento, conclusasi il 9 giugno 2010, in seguito ai suggerimenti degli esperti, in cui sono state elaborate altre due bozze. Il nostro studio sarà focalizzato soprattutto su questa seconda fase dei lavori della Commissione, in cui il testo della Legge è stato perfezionato ed ultimato.

Da un'attenta lettura degli Atti della Commissione risulta evidente che essa ha ritenuto di non addentrarsi in questioni di carattere teorico-dottrinale, ma di limitare il proprio operato alla disamina del testo della precedente Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno del 1929 per adattarlo alle esigenze attuali e future.

Dopo aver cercato di analizzare il contesto normativo ed il *modus procedendi* che è stato tenuto presente dalla Commissione nei suoi lavori, possiamo ora passare all'esame e al commento del testo della nuova Legge.

queste riunioni ristrette presiedute dal Presidente erano presenti i membri: Dott. Ceresa, Avv. Carriari, Dott. Mauriello ed il Rag. Ottaviano (Cfr. Verbale della riunione 1^a del 23 aprile 2009, 1). Tutti i Verbali (e gli Atti) della Commissione sono custoditi nell'Archivio del Governatorato S.C.V.

52 Sono stati interpellati: il Prof. Cesare Mirabelli (Consigliere Generale dello S.C.V.); i Proff. Massimo Vari e Carlo Balestrero (Consiglieri dello Stato); il Prof. Vincenzo Buonomo (Decano della Facoltà di Diritto Civile della Pontificia Università Lateranense); i Proff. Giuseppe Dalla Torre, Piero Antonio Bonnet e Paolo Papanti-Pelletier (Magistrati Vaticani).

5. IL TESTO DELLA NUOVA LEGGE SULLA CITTADINANZA, LA RESIDENZA E L'ACCESSO

La prima considerazione che possiamo fare è che la nuova Legge ha una diversa denominazione, vista anche la nuova materia trattata: “Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l’Accesso”, mentre quella del testo del 1929 era “Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno”.

Inoltre, la precedente Legge del 1929 era suddivisa in tre capitoli, ai quali si aggiungeva la rubrica “Disposizioni generali e transitorie”; essa era composta, complessivamente, di 33 Articoli.

La nuova Legge, invece, è suddivisa in quattro capitoli, dedicati, rispettivamente, a “Cittadinanza” (Artt. 1-5); “Residenza” (Artt. 6-8); “Accesso alla Città del Vaticano” (Artt. 9-13); “Disposizioni generali” (Artt. 14-16). Va sottolineato, inoltre, che sono state introdotte, nei singoli Articoli, le “rubriche” esplicative, che agevolano la consultazione e possono concorrere alla corretta lettura delle singole disposizioni⁵³.

Il testo, dunque, ha subito un’evidente riduzione del numero degli Articoli, quasi la metà rispetto alla precedente Legge del 1929: essi sono stati portati da 33 agli attuali 16.

Capo I Cittadinanza

Art. 1⁵⁴ (Acquisto della Cittadinanza)⁵⁵.

Come leggiamo nella rubrica dell’Art. 1 della nuova Legge esso si occupa dell’acquisto della Cittadinanza ed offre, come vedremo, spunto a diverse considerazioni.

53 Risulta quindi più facile la lettura del nuovo testo, elaborato secondo le indicazioni di redazione normativa espresse nei “Principi di tecnica legislativa e la classificazione degli Atti normativi dello S.C.V.”: in particolare il punto 13 prevede che i singoli Articoli di Legge rechino generalmente la relativa titolazione o rubrica (cfr. CARDINALE PRESIDENTE DELLA PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Principi di tecnica legislativa*, Città del Vaticano, 2001; il documento è stato approvato, nei suoi contenuti, dalla Pontificia Commissione per lo S.C.V. nella Sessione plenaria del 18 giugno 2001, e, nella sua redazione definitiva, dal Cardinale Presidente il 10 luglio 2001 [cfr. Prot. N. 366212]. Si tratta di una “Istruzione” ad uso interno degli Organi vaticani (Reperibile presso l’Ufficio Giuridico del Governatorato S.C.V.).

54 L’Art. 1 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 12 novembre 2009 (cfr. Verbale della 6ª riunione plenaria del 12 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la Commissione è tornata a rivedere l’Art. 1 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

55 Cfr. Artt. 1 e 2 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

Infatti, nella formulazione dell'Art. 1 della nuova Legge sono previste anzitutto tre categorie di cittadini che potrebbero essere definiti *de Iure*: si tratta di Cardinali residenti nella Città del Vaticano o in Roma⁵⁶, dei diplomatici della Santa Sede⁵⁷ e di coloro i quali risiedono⁵⁸ nella Città del Vaticano in quanto vi sono tenuti in ragione della carica o del servizio.

Il Rilascio dei passaporti diplomatici, riconosciuti dall'Italia come previsto dal Trattato Lateranense⁵⁹, e, per Consuetudine⁶⁰, anche dagli altri Stati, compete alla Segreteria di Stato, la quale rilascia pure passaporti di servizio⁶¹. Per quanto riguarda il rilascio di passaporti ordinari di cittadini vaticani, esso compete al Governatorato (Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato)⁶².

La Commissione di revisione ha interpellato un esperto esterno; tenendo presente il suo parere ha fatto sostanzialmente proprio il suggerimento espresso da quest'ultimo⁶³ adottando la dizione "diplomatici della Santa Sede" in coerenza con la terminologia della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961⁶⁴ nonché dell'Art. 12 del Trattato Lateranense.

56 Viene così inserita nella Legge una disposizione prevista dall'Art. 21 del Trattato Lateranense.

57 Va tenuto presente che la Cittadinanza vaticana attribuita ai diplomatici della Santa Sede non è determinante per il loro *status* che deriva dall'essere diplomatici della Santa Sede (che ne attesta la funzione con proprio passaporto diplomatico), ma costituisce una garanzia supplementare, di carattere funzionale.

58 In questo contesto –pur non facendosene, ovviamente, parola nella nuova Legge– si può ricordare che, in ragione di uno Scambio di Note tra la Santa Sede e l'Italia del 24 maggio 1990, gli italiani che acquistano la Cittadinanza vaticana non perdono quella italiana, sulla quale, attesa la sua natura "funzionale", prevale quella vaticana (cfr. J.I. ARRIETA, *Codice*, 612). L'Italia, poi, a partire dal febbraio 1992, ha previsto –in via generale– la possibilità per i cittadini italiani di avere doppia Cittadinanza, cosa fino ad allora non ammessa (cfr. F. CLEMENTI, *Città del Vaticano (Si governano così)*, Bologna, 2009, 58).

Per approfondimenti su questa tematica vedasi: A. FILIPAZZI, *Cittadinanza vaticana e Cittadinanza italiana: un accordo bilaterale fra la Santa Sede e la Repubblica Italiana*, in *Ius Ecclesiae*, VI (1995), 356-363.

Nello specifico, per le problematiche sollevate prima del 1990 e risolte con lo Scambio di Note citate, vedasi, M. PETRONCELLI, *Problemi aperti sulla Cittadinanza vaticana*, in AA.VV., *Studi di Diritto ecclesiastico e canonico*, n. 1, Napoli, 1978, 419-454.

59 Cfr. Art. 19 del Trattato Lateranense.

60 Essi venivano rilasciati dalla Santa Sede e riconosciuti dovunque sia prima del 1870 sia dopo, indipendentemente dunque dal Trattato.

61 In materia di passaporti della Santa Sede, si veda: SECRETARIA STATUS, *Regolamento per il rilascio dei passaporti della Santa Sede, delle Tessere personali e dei documenti di identità*, approvato dal sommo Pontefice il 27 ottobre 2003 (documento inedito, ad uso interno).

62 Cfr. PRESIDENTE DEL GOVERNATORATO DELLO S.C.V., *Ordinanza per il rilascio dei passaporti dello Stato della Città del Vaticano*, n. LV, 28 dicembre 2007, in *AAS suppl.*, LXXVIII (2007), 89-90.

63 Questa era una delle dizioni proposte dal Prof. Vincenzo Buonomo: «si può adoperare l'espressione [...] "i diplomatici della Santa Sede"». Appunto del Prof. Vincenzo Buonomo del 21 settembre 2009, 2.

64 Ratificata dalla Santa Sede il 17 aprile 1964.

Il secondo comma dell'Art. 1 si occupa delle persone che abitano nello S.C.V. ma che tuttavia non sono tenute ad avere la Cittadinanza vaticana; spesso, tali persone preferiscono lo *status* di residente a quello di cittadino; per tale ragione è stato previsto che soltanto dietro richiesta essi abbiano la Cittadinanza, attribuita, per conto del sommo Pontefice, dal Cardinale Presidente del Governatorato.

Prima di passare oltre, e di accennare a quanti possono avanzare domanda di Cittadinanza vaticana, sembra opportuno mettere in rilievo che è stata oggetto di approfondito dibattito, nell'ambito della Commissione, l'opportunità di prevedere un'unica Autorità, individuata nella persona del Cardinale Presidente del Governatorato, deputata all'attribuzione della Cittadinanza a nome del sommo Pontefice.

Riguardo all'attribuzione della Cittadinanza su richiesta dei residenti, è da considerare che la Legge ha introdotto una vera novità, in quanto, nell'Art. 1, lettere *b*) e *c*) della precedente Legge del 1929, la Cittadinanza, con l'eccezione dei Cardinali di Curia, veniva fatta coincidere con la stabile Residenza; l'ipotesi di residenti stabili che non avessero la Cittadinanza, pertanto, non si poneva secondo il dettato legislativo.

Il Trattato Lateranense, dal canto suo, all'Art. 9, stabilisce che, in conformità alle norme di Diritto internazionale, sono soggette alla sovranità della Santa Sede tutte le persone aventi stabile Residenza nella Città del Vaticano, senza prevedere, però, se dette persone debbano avere o meno lo *status* di cittadini, che viene sancito, nell'Art. 21 dello stesso Trattato, soltanto per i Cardinali di Curia.

La Legge sulla Cittadinanza del 1929⁶⁵ disponeva che l'Autorizzazione alla stabile Residenza provenisse dal sommo Pontefice, e per Lui in determinati casi dal Cardinale Segretario di Stato, ed in altri dal Governatore; tali competenze vengono sostanzialmente confermate dal novellato Art. 2, numero 1, della nuova Legge ora in vigore, con la sostituzione del Cardinale Presidente del Governatorato alla figura del Governatore, oggi non più esistente⁶⁶.

In tal senso, s'è ritenuto ora preferibile che un'unica Autorità, ovverosia il Cardinale Presidente del Governatorato, sia competente, per conto del sommo Pontefice, per tale adempimento; d'altra parte, per le persone tenute a risiedere nella Città del Vaticano il Governatorato procede d'ufficio all'attribuzione della Cittadinanza, senza alcun intervento di Autorità diverse⁶⁷.

65 Cfr. Art. 1 lett. b); 3.

66 Primo ed unico Governatore dello S.C.V. fu il Marchese Camillo Serafini, morto il 23 marzo 1952 (cfr. G. CORBELLINI, *Il governo dello Stato*, 632).

67 A tal proposito vedasi quanto dispone l'Art. 85 del Regolamento relativo agli appartenenti al Corpo della Guardia Svizzera (cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Regolamento organico, disciplinare ed ammini-*

La soluzione prospettata, che, a giudizio della Commissione, potrebbe offrire anche maggiori garanzie di ordine pratico, è stata prescelta tenendo presente la nuova e recente normativa vaticana. Infatti, ai sensi dell'Art. 5, numero 1, della Legge fondamentale del 2000, il potere esecutivo è esercitato, a nome del sommo Pontefice, dal Cardinale Presidente del Governatorato.

Questa è la ragione per cui la Commissione ha ritenuto di proporre un'unica Autorità, nella persona del Cardinale Presidente del Governatorato, per l'attribuzione, per conto del sommo Pontefice, della Cittadinanza vaticana.

Sempre, secondo il dettato dell'Art. 1, numero 2, lettere *a*) e *b*) possono fare richiesta della Cittadinanza vaticana coloro che sono autorizzati a risiedere⁶⁸ nella Città del Vaticano dal sommo Pontefice o in ragione della carica o del servizio; lo stesso viene poi previsto, dalla lett. *c*) del medesimo Articolo, sia per il coniuge che per i figli del cittadino vaticano che, a seguito di Autorizzazione, risiedano con lui nella Città del Vaticano.

È interessante sottolineare la differenza con il testo della Legge del 1929, per quanto concerneva il nucleo familiare; infatti, secondo l'Art. 2 di detta Legge erano cittadini vaticani «il coniuge, i figli, gli ascendenti ed i fratelli e le sorelle di un cittadino vaticano» purché fossero conviventi con il titolare di Cittadinanza vaticana ed autorizzati a risiedere nella Città del Vaticano. Ora, invece, nel testo della nuova Legge la possibilità di chiedere la Cittadinanza viene concessa soltanto al coniuge e ai figli; gli altri congiunti che eventualmente convivono con il cittadino vaticano acquistano soltanto lo *status* di residenti⁶⁹.

La disciplina fin qui esaminata appare alquanto peculiare se confrontata con quanto generalmente prevedono gli Ordinamenti statuali attuali che, di regola, ricorrono ai fini dell'accertamento o dell'attribuzione della Cittadinanza ai due criteri dello *Ius soli* e dello *Ius sanguinis* e adottano se mai il requisito della Residenza solo come criterio sussidiario ed in concorso con altre circostanze per l'acquisto della Cittadinanza⁷⁰.

strativo della Guardia Svizzera Pontificia, Città del Vaticano, 2006, 32); in tal senso anche l'Art. 3 della Legge sull'Ordinamento giudiziario del 1987, n. CXIX, prevede la Cittadinanza vaticana per il Giudice Unico; non si dice nulla sull'obbligo per lui della Residenza (cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Legge che approva l'Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, n. CXIX, 21 novembre 1987, in *AAS Suppl.* LVIII [1987], 45-50).

68 Il criterio adottato per l'acquisto della Cittadinanza vaticana non rientra certo fra quelli usuali e ben noti dello *Ius sanguinis* o dello *Ius soli*. Si deve poi ricordare che l'aver legato la Cittadinanza alla Residenza non è, almeno dal punto di vista storico, un *unicum*, come ben documentato dal Cammeo; così il Fauchille-Bonfils ricorda la Legge venezuelana del 28 maggio 1855 e quella brasiliana del 14 dicembre 1899, che hanno imposto la nazionalità a coloro che si trovassero sul loro territorio (cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico*, 59).

69 Cfr. Art. 1, n. 2, lett. *c* della nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso.

70 Cfr. F. CLEMENTI, *Città del Vaticano*, 57.

Tuttavia, è da tenere presente, al riguardo, che la dottrina più qualificata in materia di Cittadinanza (nel senso di appartenenza all'elemento personale di uno Stato), considerata come qualificazione o come *status* concretamente posto da un Ordinamento determinato, ritiene che la disciplina di questa appartenga all'Ordinamento interno e sia materia oggetto di autonoma regolamentazione da parte dei singoli Ordinamenti.

Ed è proprio in forza di tale autonomia che, diversamente da quelli che sono i consueti criteri adottati dalle varie Legislazioni, nella Città del Vaticano la Residenza è posta alla base della Cittadinanza, che è connessa in virtù della carica rivestita o del servizio prestato, salva sempre la pienezza dei poteri che appartengono al sommo Pontefice, ai sensi dell'Art. 1 della Legge fondamentale, ed in forza dei quali Egli può attribuire la Cittadinanza a sua discrezione e giudizio, prescindendo da ogni norma.

Art. 2⁷¹ (Autorizzazione a risiedere)⁷².

L'Art. 2 tratta dell'Autorizzazione a risiedere, che viene concessa dal sommo Pontefice, tramite il Cardinale Segretario di Stato, quando si tratta di persona addetta ad un Organismo della Santa Sede o Istituzione ad esse collegata. Per tutti gli altri casi, dal Cardinale Presidente dal Governatorato.

Inoltre, vengono date anche disposizioni concrete per la concessione dell'Autorizzazione a risiedere al coniuge ed ai figli di un cittadino vaticano; tale Autorizzazione è concessa in base alla semplice constatazione del rapporto di famiglia.

S'osserva come il carattere "morale" nello S.C.V. non sia di poco conto, infatti, all'Art. 2, numero 3, viene specificato come, per il coniuge, l'Autorizzazione cessa se il Matrimonio sia stato dichiarato nullo o dispensato, oppure sia stata pronunciata la Separazione coniugale; tali disposizioni vengono sostanzialmente a confermare il dettato dell'Art. 4, lettera a) della Legge del 1929.

È interessante notare come, mentre per la concessione dell'Autorizzazione al coniuge ed ai figli la norma preveda per entrambi l'automatismo conseguente alla «semplice constatazione del rapporto di famiglia», con riferimento alla cessazione dell'Autorizzazione il numero 3, dell'Art. 2, dispone che essa consegua alla Dichiarazione di nullità del Matrimonio ovvero alla Dispensa oppure alla Separazione coniugale, ma nulla prevede riguardo ai figli.

71 L'Art. 2 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 12 novembre 2009 (cfr. Verbale della 6ª riunione plenaria del 12 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 2 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

72 Cfr. Artt. 3, 4, 5 e 9 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

D'altro canto per i figli sarebbe stato ipotizzabile collegare la cessazione dell'Autorizzazione solo a situazioni fattuali, quali il venir meno della condizione di figlio a carico, situazione, tuttavia, alla quale difficilmente si sarebbe potuto collegare la "cessazione di Diritto" dell'Autorizzazione, dal momento che la prima richiede valutazioni discrezionali e accertamenti sulla sua esistenza⁷³.

Si dispone infine che le Autorizzazioni contemplate nel Capo I sono revocabili in ogni momento con congruo preavviso, eccetto che giusti motivi non consiglino un Provvedimento immediato; analoga disposizione è prevista per le Autorizzazioni alla Residenza⁷⁴.

Art. 3⁷⁵ (Perdita della Cittadinanza)⁷⁶.

L'Art. 3 disciplina la perdita della Cittadinanza, anzitutto per i Cardinali, quando non risiedono più nella Città del Vaticano o in Roma, o per i diplomatici della Santa Sede, quando lascino il servizio diplomatico. Inoltre, viene ad estinguersi *ipso Iure* per chiunque lo *status* di cittadino vaticano con l'abbandono della Residenza in Vaticano, e comunque con la cessazione delle Autorizzazioni a risiedervi; il coniuge ed i figli del cittadino perdono la Cittadinanza qualora la perda il cittadino stesso. Quanti sono tenuti, o autorizzati, a risiedere nella Città del Vaticano, in ragione della carica o del servizio, perdono la Cittadinanza quando cessino dalla carica o dal servizio in ragione dei quali l'avevano acquistata.

Salvo il caso sopra accennato, i figli di un cittadino vaticano perdono la Cittadinanza al compimento del diciottesimo anno di età e, qualora continuino a risiedere nello Stato, assumono la condizione di residenti⁷⁷. Ne risulta modificata la precedente disciplina, che consentiva ai figli del cittadino di avere la Cittadinanza vaticana fino al compimento dei 25 anni di età (salvo che fossero inabili ed a carico del cittadino) se maschi, e fino al momento del Matrimonio, se femmine⁷⁸.

All'Art. 3, numero 2, viene poi sostanzialmente confermata la vecchia norma per cui la Cittadinanza vaticana non si perde per il semplice fatto di una

73 Cfr. Appunto del Prof. Avv. Cesare Mirabelli del 4 agosto 2009, 6-7.

74 Cfr. Art. 2, n. 4 della nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso.

75 L'Art. 3 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la commissione è tornata a rivedere l'Art. 3 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

76 Cfr. Artt. 6 e 8 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

77 Cfr. Art. 3, n. 2.

78 Cfr. Art. 4 lett. c) della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

dimora temporanea altrove, non accompagnata dalla perdita dell'abitazione nella Città del Vaticano, o, per i Cardinali, in Roma⁷⁹.

Uno degli esperti consultati, per la redazione del testo della nuova Legge, ha fatto osservare come in ordine alla perdita della Cittadinanza per i diplomatici pontifici, quando cessino da tale funzione, potrebbe porsi la questione legata alla recente tendenza di alcuni Stati a non voler riconoscere ai propri cittadini la doppia Cittadinanza. Questo potrebbe significare che dei diplomatici pontifici, acquistando la Cittadinanza vaticana, verrebbero a perdere quella di origine⁸⁰, con l'evidente rischio di apolidia al cessare della loro funzione.

A questo proposito va ricordato che ad impedire una situazione di apolidia resta sempre l'Art. 9 del Trattato Lateranense, il quale prevede l'acquisto della Cittadinanza italiana per specifico beneficio di Legge, laddove non se ne abbia altra⁸¹.

Artt. 4⁸² (Registro dei cittadini)⁸³ e 5 (Carta d'identità)⁸⁴.

L'Art. 4 riguarda la tenuta di un Registro dei cittadini vaticani⁸⁵, da parte del Governatorato, nel quale sono annotati tutti i dati salienti relativi all'identità dei cittadini nonché al titolo di acquisto e alle cause di perdita della Cittadinanza e delle Autorizzazioni di cui al Capo I.

L'Art. 5 riguarda, invece, il rilascio della Carta di identità; in ordine alle modalità del suddetto rilascio la norma rimanda ad un Regolamento, alla cui emanazione, pur non essendo espressamente previsto, è evidente che dovrà provvedere il Governatorato, che in base allo stesso Art. 5 rilascia la Carta di identità.

79 Cfr. Art. 8 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

80 Cfr. Appunto del Prof. Vincenzo Buonomo del 21 settembre 2009, 3-4.

81 A questo proposito vedasi: G. MORELLI, *Il Trattato fra l'Italia e la Santa Sede*, in *Rivista di Diritto internazionale*, XXI (1929), 207; R. JACUZIO, *Commento della nuova Legislazione in materia ecclesiastica*, Torino, 1932, 33-34; P. CIPROTTI, *Appunti di Diritto privato vaticano*, Roma, 1938, 81-82; A. BENAZZI, *Note sulla Cittadinanza vaticana*, in *Lo Stato civile italiano*, LXIV (1964), 287; F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico*, 55-56.

82 Gli Artt. 4 e 5 della bozza di Legge sono stati rivisti (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la commissione è tornata a rivedere gli Artt. 4 e 5 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

83 Cfr. Art. 10 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

84 Cfr. Art. 11 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

85 Durante la riunione plenaria del 28 maggio 2009 per quanto concerne gli Articoli 4 e 5, sono stati presentati ai partecipanti, per conoscenza ed una maggiore comprensione, i Registri di Cittadinanza, attualmente in uso presso l'Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato del Governatorato S.C.V. ed una Carta d'identità vaticana (cfr. Verbale della riunione plenaria 3ª del 28 maggio 2009, 1).

Entrambe le norme si limitano a fissare i punti cardine di una disciplina che non potrà che essere dettata da una normativa di dettaglio che, laddove già esista, potrà semplicemente essere aggiornata (mediante Decreto e/o Regolamento). Ciò non solo per quanto riguarda il rilascio della Carta di identità, come già evidenziato, ma, inevitabilmente, anche per quanto riguarda la tenuta del Registro, in ordine alla quale la norma si limita ad indicare il Governatorato come ente di riferimento, senza specificare alcunché circa l'Ufficio preposto e le modalità della tenuta del Registro medesimo.

A tal proposito, è utile qui ricordare, che presso il Governatorato S.C.V., l'Ufficio a ciò preposto è "l'Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato"⁸⁶, il quale esplica il servizio di Stato civile ed Anagrafe, effettuando gli adempimenti relativi allo stato dei cittadini e dei residenti⁸⁷.

Capo II Residenza

Art. 6⁸⁸ (Condizione di residente e relative Autorizzazioni)⁸⁹.

L'Art. 6, numero 1, regola la concessione della Residenza per coloro che potrebbero richiedere la Cittadinanza, ma preferiscono non farlo; al riguardo, ci si occupa, innanzitutto, della situazione (non prevista nella Legge del 1929) di coloro che, pur avendone il Diritto in base all'Art. 1, numero 2, non avanzano la richiesta di acquisto della Cittadinanza; viene previsto che tali persone divengano residenti nella Città del Vaticano, per il tempo determinato dall'Autorità che rilascia la relativa Autorizzazione.

Al numero 2, viene poi precisato che il Cardinale Presidente del Governatorato può rilasciare, senza che ciò comporti l'acquisto della Cittadinanza, Au-

86 Cfr. Art. 22 della Legge sul governo dello S.C.V. del 2002.

87 Detto Ufficio è stato dotato di proprio Regolamento, promulgato *ad experimentum* per due anni con Decreto del Cardinale Presidente della Pontificia Commissione S.C.V. n. 473210 del 15 maggio 2008 (cfr. G. CORBELLINI, *Il Vaticano: territorio, aree esterne, istituzioni. Parte Prima: Territorio e Aree esterne, Appendice I: l'Organizzazione del Governatorato*, in *Lo Stato della Città del Vaticano. Atti del convegno sugli 80 anni [12-14 febbraio 2009]*, Città del Vaticano, 2010, nota 45, 101). Il suddetto Regolamento è stato sostituito da un nuovo testo normativo promulgato dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione S.C.V. con Decreto n. 495.799 del 1° luglio 2010 (non apparso negli *ASS suppl.* LXXXI [2010] entro il Num. 14 del 20 settembre 2010).

88 L'Art. 6 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 6 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

89 Cfr. Artt. 17 e 19 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

torizzazioni a risiedere a tempo determinato a persone di famiglia di cittadini vaticani o di residenti nella Città del Vaticano, ai loro eventuali collaboratori domestici, nonché in altri casi ritenuti opportuni.

Dalla lettura della norma emerge come il riferimento ai “casi ritenuti opportuni” (che lascia ampio spazio alla discrezionalità dell’Autorità) costituisca una sorta di “deroga” al principio di tassatività dei casi in presenza dei quali avviene il rilascio dell’Autorizzazione a risiedere; tuttavia, si tratta di “deroga” che trova il giusto contrappeso nell’essere circoscritta ai soli casi di rilascio (delle Autorizzazioni a risiedere) a tempo determinato.

È da tener conto, altresì, del fatto che la norma non pone limiti alla possibilità di “rinnovo”, non escludendo, in tal modo, anche l’eventualità di rinnovi continui, che di fatto potrebbero assurgere ad un rilascio a tempo indeterminato.

Come già accennato, anche le Autorizzazioni contemplate in questo II Capo sono revocabili in ogni momento sempre con congruo preavviso, eccetto che giusti motivi non consiglino un Provvedimento immediato⁹⁰.

Artt. 7⁹¹ (Registro di Anagrafe)⁹² e 8 (Tessera di riconoscimento)⁹³.

Gli Articoli 7 e 8 sono dedicati rispettivamente al Registro di Anagrafe e alla concessione di una Tessera di riconoscimento, l’uno e l’altra riguardanti solo ed esclusivamente i residenti e non i cittadini vaticani.

Le lettere *a) – d)* dell’Articolo 7 specificano i dati che devono essere annotati nel Registro di Anagrafe, ovverosia i nomi dei soggetti autorizzati a risiedere (a tempo determinato o indeterminato) nella Città del Vaticano, il titolo in base al quale è stata concessa l’Autorizzazione, le Revoche e le Cessazioni delle medesime nonché gli eventuali Provvedimenti che comportano la Perdita della Residenza.

È interessante sottolineare che la Tessera di riconoscimento per i residenti, come anche la Carta d’identità di cui all’Art. 5, vengo rilasciate secondo norme da stabilirsi per Regolamento.

90 Cfr. Art. 6, n. 3.

91 Gli Artt. 7 e 8 della bozza di Legge sono stati rivisti (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 10 dicembre 2009 e del 28 aprile 2010, la commissione è tornata a rivedere gli Artt. 7 e 8 (cfr. Verbale della 8ª riunione plenaria del 10 dicembre 2009, 1; Verbale della 11ª riunione plenaria del 28 aprile 2010, 1).

92 Cfr. Art. 22 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

93 Non ha eguali nella Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

Anche qui, come sopra, a proposito dell'Art. 5, si fa solo riferimento al Governatorato. Non essendo presente alcuna specificazione riguardo all'Ufficio competente, è da intendersi tale l'«Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato», il quale, a norma dell'Art. 22 della Legge sul governo dello S.C.V, la n. CCCLXXXIV, esplica gli adempimenti relativi allo stato dei cittadini e dei residenti.

Capo III **Accesso alla Città del Vaticano**

Art. 9⁹⁴ (Titolo d'Accesso)⁹⁵.

L'Articolo 9, con il quale viene ad iniziare il Capo III, è dedicato all'Accesso alla Città del Vaticano; il testo dell'Articolo 9, numero 1, riguarda il titolo di Accesso nel territorio dello Stato, cioè il Permesso di cui deve munirsi chi, non essendo cittadino o residente, ha qualche ragione per accedere alla Città del Vaticano.

Il numero 1 del citato Articolo fa «salva [in ogni caso] la parte del territorio vaticano in cui è consentito il libero Accesso»; si tratta di una parte notevole del territorio che comprende Piazza San Pietro, la Basilica, ed i Musei Vaticani (salvo il pagamento del biglietto d'ingresso). Per libero Accesso è da intendersi che non v'è bisogno di alcun tipo di Autorizzazione da parte delle Autorità vaticane, salvi i casi in cui vi siano degli eventi speciali (come ad esempio le Celebrazioni Liturgiche presiedute dal sommo Pontefice).

Il primo numero dell'Articolo 9, inoltre, come si è già riscontrato in altri Articoli della Legge in commento, fa riferimento a norme regolamentari, a cui è demandata la disciplina di dettaglio di alcuni istituti; del resto anche la Legge del 1929 fu seguita, circa tre anni più tardi (27 dicembre 1932), da un Regolamento per l'Accesso alla Città del Vaticano⁹⁶.

Ai numeri 2 e 3 viene specificato che il Permesso d'Accesso può essere rifiutato qualora non ricorrano giusti motivi; inoltre, detto Permesso consente di rimanere nella Città del Vaticano per il tempo corrispondente alle esigenze in relazione alle quali è stato concesso.

94 L'Art. 9 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 14 gennaio 2010 e del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 9 (cfr. Verbale della 9ª riunione plenaria del 14 gennaio 2010, 1; Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

95 Cfr. Artt. 12 e 14 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

96 Cfr. GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento per l'Accesso alla Città del Vaticano*, n. XXXVI, 27 dicembre 1932, in *AAS suppl.*, IV (1932) 73-76.

Art. 10⁹⁷ (Tessere di Accesso e Permessi permanenti)⁹⁸.

L'Art. 10, riguardante le Tessere di Accesso e i Permessi permanenti, al numero 1, afferma che per coloro che prestano servizio nei vari Organismi della Santa Sede, nelle Istituzioni collegate e nello S.C.V., oppure abbiano un qualche rapporto di collaborazione con detti Organismi, è rilasciata una speciale Tessera di Accesso.

Il numero 2, del medesimo Articolo, inoltre, aggiunge che a persone che hanno motivo di accedere di frequente alla Città del Vaticano può essere rilasciato un Permesso permanente.

Al riguardo sembra opportuno rilevare che la Commissione abbia tenuto presente il Decreto del Presidente del Governatorato 20 giugno 2007, n. XLII, con il quale è stato disposto l'aggiornamento della disciplina di alcuni documenti. In effetti, il testo dell'Articolo 10 è quasi identico a quello dell'Art. 1 di tale Decreto.

Nel testo dell'Art. 10 (similmente a quanto avviene per gli altri Articoli) non si fa alcun riferimento a quale sia l'Autorità (o Ufficio) preposti a rilasciare dette Tessere di Accesso o Permessi permanenti, a differenza di quanto prevede il testo dell'Art. 1 del Decreto n. XLII. La ragione dell'omissione è da ricercarsi nel carattere di stabilità e durevolezza che la Legge reca con sé e che difficilmente è conciliabile con normative di dettaglio e di carattere organizzativo, che nel tempo possono facilmente subire mutamenti. Per questa ragione si è ritenuto opportuno non irrigidire la Fonte normativa, omettendo di disciplinare, mediante disposizioni legislative, materie per le quali sono più adeguate, come in questo caso, disposizioni regolamentari (che più agevolmente possono essere adattate ai mutamenti delle esigenze pratiche).

In ogni caso, a nostro avviso è da ritenersi che l'Autorità preposta al rilascio delle Tessere di Accesso e dei permessi permanenti sia la "Direzione dei Servizi di Sicurezza e Protezione Civile"⁹⁹, così come sancito dal summenzionato Decreto n. XLII (Art. 1).

97 L'Art. 10 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 24 novembre 2009 (cfr. Verbale della 7ª riunione plenaria del 24 novembre 2009, 1); nelle riunioni plenarie del 14 gennaio 2010 e del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 10 (cfr. Verbale della 9ª riunione plenaria del 14 gennaio 2010, 1; Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

98 Non ha eguali nella Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

99 Detto Ufficio è stato dotato di proprio Regolamento, promulgato *ad experimentum* per due anni con Decreto del Cardinale Presidente della Pontificia Commissione S.C.V. n. 476433 del 18 settembre 2008 (cfr. G. CORBELLINI, *Il Vaticano*, 96, nota n. 27).

Art. 11¹⁰⁰ (Soggetti non tenuti al Permesso)¹⁰¹.

Il dettato dell'Articolo 11 è estremamente chiaro e semplice. Viene sancito che i Cardinali, i Patriarchi, i Vescovi, e i loro accompagnatori, come i membri del Corpo diplomatico accreditato presso la Santa Sede ed i congiunti del sommo Pontefice, per ovvie ragioni attinenti al loro *status* o alla loro carica, sono dispensati dal Permesso di Accesso.

Art. 12¹⁰² (Divieto d'Accesso)¹⁰³.

A norma del numero 1 dell'Art. 12, può essere interdetto l'Accesso alla Città del Vaticano quando sussistano giusti motivi. Nel testo viene richiamata anche una precedente disposizione vaticana, è cioè la Legge, in materia di modifiche al sistema penale, 14 dicembre 1994, n. CCXXVII¹⁰⁴, ritenuta applicabile al divieto temporaneo di Accesso.

Ai sensi dell'Art. 1 di tale Legge, nel caso di reati contravvenzionali, nonché dei reati previsti dall'Art. 8 della Legge 10 gennaio 1983, n. LII¹⁰⁵, il Giudice Unico, in considerazione delle tenuità del reato commesso o di particolari circostanze, può pronunciare Decreto, in deroga alla vigente disciplina in materia, per l'applicazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva della pena prevista e determinata secondo i limiti indicati nell'Art. 2 della Legge predetta.

Con l'Art. 3 della Legge n. CCXXVII veniva stabilito che, in aggiunta o in sostituzione della sanzione pecuniaria, potesse essere disposta, con Decreto del Giudice Unico, la temporanea sospensione di Autorizzazioni e Concessioni amministrative, nonché, ove non si trattasse di cittadini, di residenti ovvero di personale in attività di servizio, il divieto temporaneo di Accesso nella Città del Vaticano.

100 L'Art. 11 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 14 gennaio 2010 (cfr. Verbale della 9ª riunione plenaria del 14 gennaio 2010, 1); nella riunione plenaria del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 11 (cfr. Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

101 Cfr. Art. 15 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

102 L'Art. 12 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 14 gennaio 2010 (cfr. Verbale della 9ª riunione plenaria del 14 gennaio 2010, 1); nella riunione plenaria del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 12 (cfr. Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

103 Cfr. Art. 21 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

104 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge in materia di modifiche al sistema penale*, n. CCXXVII, 14 dicembre 1994, in *AAS Suppl.*, LXV (1994), 57-59.

105 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulle pene pecuniarie e sulla prescrizione in materia penale*, n. LII, 10 gennaio 1983, in *AAS Suppl.*, LIII (1983) 81-87.

È sembrato opportuno menzionare espressamente tale facoltà concessa al Giudice Unico dalla normativa vaticana, in ossequio al contenuto dei pareri espressi dai Magistrati del Tribunale, in proposito interpellati. Essi hanno molto insistito che il riferimento a suddetta facoltà fosse contenuto nella norma in esame. L'Illustrissimo Presidente del Tribunale, in particolare, ha rilevato come si tratti di una sanzione irrogata molto spesso, e di grande efficacia e, in quanto tale, da conservare. Infatti, qualora nella nuova Legge tale norma non fosse stata menzionata, se ne sarebbe potuto dedurre, in via interpretativa, la tacita abrogazione; ciò soprattutto se si tiene presente che, trattandosi di disposizioni che toccano la materia penale, sono di stretta interpretazione¹⁰⁶.

Il numero 2 dell'Art. 12 della Legge dispone che coloro che si trovano nella Città del Vaticano, senza le necessarie Autorizzazioni, o dopo che esse siano scadute o revocate, possono esserne allontanati.

Sia per l'interdizione all'Accesso che per l'allontanamento dalla Stato, non è indicata l'Autorità competente ed emanare il Provvedimento. Sembra naturale pensare che nel primo caso la competenza spetti al Cardinale Presidente del Governatorato; essendo egli, infatti, competente al rilascio dell'Autorizzazione a risiedere lo sarà anche per l'interdizione all'Accesso. Si tratta, infatti, di Atti, entrambi amministrativi, di competenza del potere esecutivo esercitato dal Presidente del Governatorato ai sensi dell'Art. 2 della Legge sul Governo, n. CCLXXXIV, del 16 luglio 2002. Per quanto concerne l'allontanamento, trattandosi, piuttosto, di una misura amministrativa di polizia, dettata da ovvie ragioni di ordine e di sicurezza per la vita e le attività che si svolgono nella Città del Vaticano, è da ritenersi che la competenza sia delle forze di polizia¹⁰⁷.

Art. 13¹⁰⁸ (Accesso con veicoli)¹⁰⁹.

L'Art. 13 disciplina l'Accesso con veicoli; è interessante osservare come la nuova Legge dedichi solo un Articolo (tra l'altro molto ridotto) a questa materia, mentre quella precedente del 1929 ne dedicava due (e peraltro abbastanza prolissi rispetto all'attuale).

106 Cfr. Appunto del Prof. Giuseppe Dalla Torre del 25 settembre 2009, 4.

107 Cfr. Appunto del Prof. Piero Antonio Bonnet del 26 settembre 2009, 5.

108 L'Art. 13 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 14 gennaio 2010 (cfr. Verbale della 9ª riunione plenaria del 14 gennaio 2010, 1); nella riunione plenaria del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 13 (cfr. Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

109 Cfr. Artt. 23 e 24 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

Il dettato dell'Art. 13 è molto chiaro e non necessita di particolari commenti. Il numero 1 dell'Articolo stabilisce che i veicoli condotti da chi non è cittadino o residente possono entrare nella Città del Vaticano previa Autorizzazione.

Il numero 2 riguarda, invece, la circolazione dei veicoli all'interno dello Stato e, come già riscontrato in altri Articoli della Legge in commento, rimanda ad apposita normativa per la disciplina di dettaglio.

A questo proposito, s'osservi che, in materia di circolazione e di Accesso con veicoli, dopo il 1929, sono state emanate numerose disposizioni vaticane.

Al riguardo, già il 31 gennaio 1930 era stato promulgato il Regolamento per la circolazione degli autoveicoli, contrassegnato con il n. XII¹¹⁰; quel Regolamento e le successive modificazioni (tranne il Decreto 3 dicembre 1996, n. CCLXV¹¹¹) furono superati con il Decreto della Pontificia Commissione per lo S.C.V. del 12 giugno 1997, n. CCLXXVIII¹¹².

Inoltre, dev'essere tenuta presente la Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale, in data 8 giugno 2000, n. CCCXXXVI¹¹³.

110 Cfr. GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, n. XII, 31 gennaio 1930, in *AAS suppl.*, 1* (1929) 5-12 (*La numerazione di questo fascicolo è errata. Dovrebbe essere il n. 1 dell'anno II (1930). Infatti il successivo numero degli "AAS suppl." del 31 maggio 1930 è stato contrassegnato col numero 2. Anche la numerazione delle pagine segna l'inizio di un nuovo anno). Il Regolamento per la circolazione degli autoveicoli è stato modificato dal Decreto del Governatore dello Stato, 9 marzo 1940, n. X (cfr. GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con cui si apportano modificazioni al Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, 31 gennaio 1931, n. XII, n. X, 9 marzo 1949, in *AAS suppl.*, XII [1940], 9-10). Vedasi in proposito la Legge sulla disciplina della circolazione stradale, 22 giugno 1970, n. LXII (cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulla disciplina della circolazione stradale*, n. LXII, 22 giugno 1970, in *AAS Suppl.*, XLII [1970], 17-26).

111 Cfr. COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con il quale vengono modificate ed integrate le norme relative alla vidimazione annuale delle Licenze di circolazione ed al rilascio di Patenti di abilitazione per conducenti di autoveicoli*, n. CCLXV, 3 dicembre 1996, in *AAS suppl.*, LXVII (1996), 97-102.

112 Cfr. COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con il quale viene promulgato il Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, n. CCLXXVIII, 12 giugno 1997, in *AAS suppl.*, LXVIII (1997), 70-84.

113 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CCCXXXVI, 8 giugno 2000, in *AAS Suppl.*, LXXI (2000), 41-48.

Capo IV Disposizioni generali

Artt. 14¹¹⁴ (Assegnazione degli alloggi)¹¹⁵ e 15 (Alloggio ad altre persone)¹¹⁶

Nel Capo IV, disposizioni generali, due Articoli, il 14 ed il 15, sono dedicati al tema dell'alloggio.

Ai sensi dell'Art. 14, numeri 1 e 2, gli alloggi, nella Città del Vaticano, sono assegnati dalle Amministrazioni competenti, e la concessione dei medesimi è revocabile con congruo preavviso, salvo che giusti motivi impongano la revoca immediata. Secondo il numero 3, inoltre, l'Autorità che concede l'alloggio ha la facoltà di disporre il cambio, previo congruo preavviso agli interessati.

Dal tenore letterale della norma, si evince come non sia unica l'Amministrazione competente per l'assegnazione degli alloggi ma si tratti, invece, di una pluralità di Amministrazioni coinvolte.

Coloro che possono beneficiare degli alloggi nella Città del Vaticano sono individuabili essenzialmente tra i membri del Capitolo della Basilica Vaticana, i dirigenti e i funzionari del Governatorato (ad esempio, il Comandante della Gendarmeria); si tratta di soggetti per i quali vi è l'opportunità che risiedano nello Stato in ragione delle mansioni svolte.

A tenore del numero 4, la revoca della concessione dell'alloggio implica di Diritto la revoca dell'Autorizzazione a risiedere nella Città del Vaticano, salvo che sia altrimenti disposto. La norma è coerente con l'inesistenza, di fatto, nell'Ordinamento vaticano, di diritti di proprietà privata sugli immobili presenti nello Stato; ciò rende, infatti, inipotizzabile ottenere un alloggio da parte di un soggetto diverso dallo Stato medesimo, a qualunque titolo (Diritto reale di godimento ovvero concessione in locazione). A tal proposito giova, inoltre, evidenziare come sia stata superata, in quanto non più presente nella nuova Legge, la disposizione di cui all'Art. 20 della Legge sulla Cittadinanza ed i Soggiorno del 1929, la quale, riguardo all'assegnazione degli alloggi, faceva salvo «il caso eccezionale di alloggio di proprietà privata e [...] le norme circa l'affitto, il subaffitto e la facoltà di requisizione»¹¹⁷.

114 Gli Artt. 14 e 15 della bozza di Legge sono stati rivisti (nella seconda fase dei lavori) il 27 gennaio 2010 (cfr. Verbale della 10^a riunione plenaria del 27 gennaio 2010, 1); nella riunione plenaria del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere gli Artt. 14 e 15 (cfr. Verbale della 12^a riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

115 Cfr. Art. 20 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

116 Cfr. Art. 18 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

117 Cfr. Art. 2, comma primo, della Legge sull'Ordinamento economico, commerciale e professionale

L'Art. 15, riguardante l'alloggio ad altre persone, dispone che i cittadini o i residenti nella Città del Vaticano non possano darlo ad altre persone senza l'Autorizzazione del Cardinale Presidente del Governatorato. È evidente che l'espressione "dare alloggio", utilizzata nella norma in commento, non deve essere intesa alla stessa stregua degli Articoli che precedono, vale a dire come titolarità nel godimento di un immobile ma più semplicemente come ospitalità nello stesso. In realtà la norma implicitamente sancisce, seppur subordinandolo all'Autorizzazione del Cardinale Presidente del Governatorato, il Diritto di ospitare da parte di chi è cittadino o residente.

Art. 16¹¹⁸ (Sanzioni)¹¹⁹.

L'Art. 16, riguarda le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni della Legge ora esaminata. Anche questo Articolo, come si è già riscontrato per altri, si limita, sul punto, a rinviare, per la definizione delle sanzioni da applicare, ad altra Legge o Regolamento. Con ciò si vogliono richiamare eventuali sanzioni previste in testi normativi vigenti o da emanare.

A questo proposito, ecco alcuni brevi riferimenti al quadro normativo in materia penale (ivi inclusa la Procedura), ivi compresi i poteri del Giudice vaticano nella stessa materia. *In primis*, per quanto riguarda le fonti, esse sono contenute negli Artt. 7, 8 e 9 della Legge sulle Fonti del Diritto del 2008.

In materia penale nello S.C.V. si applicano il Codice penale italiano del 30 giugno 1889, come modificato ed integrato dalle Leggi vaticane¹²⁰ ed il Codice di Procedura penale italiano del 7 febbraio 1913, come modificato ed integrato dalle Leggi vaticane, prevedendo che l'osservanza di entrambi avvenga sotto le riserve¹²¹ specificate nell'Art. 3 della Legge sulle Fonti del Diritto del 2008.

del 1929, a tenore del quale: «è necessaria l'Autorizzazione del Governatore per le alienazioni di immobili, situati nel territorio della Città del Vaticano, per atto tra vivi sia a titolo oneroso sia titolo gratuito, per le costituzioni dei diritti di enfiteusi, superficie, uso, usufrutto, servitù, ipoteca o qualsiasi altro Diritto reale, nonché per gli affitti e subaffitti, anche parziali, degli immobili medesimi e per qualsiasi durata».

118 L'Art. 16 della bozza di Legge è stato rivisto (nella seconda fase dei lavori) il 27 gennaio 2010 (cfr. Verbale della 10ª riunione plenaria del 27 gennaio 2010, 1); nella riunione plenaria del 12 maggio 2010, la Commissione è tornata a rivedere l'Art. 16 (cfr. Verbale della 12ª riunione plenaria del 12 maggio 2010, 1).

119 Cfr. Art. 29, 30 e 31 della Legge sulla Cittadinanza e il Soggiorno del 1929.

120 Tali modifiche sono state apportate con la Legge n. L del 1969 (nel testo adottato secondo il lavoro di "ripulitura" compiuto dal Prof. Pio Ciprotti), al fine di eliminare le modifiche apportate al Codice del 1889 dall'entrata in vigore della Legislazione fascista (W. HILGEMAN, *La nuova Legge*, 74, nota n. 120).

121 Si tratta delle stesse riserve cui fa riferimento anche l'Art. 4, in ordine al recepimento del Codice civile italiano del 1942, vale a dire: l'inesistenza di una della Fonti indicate nell'Art. 1 –in questo caso in relazione alla materia oggetto di disciplina da parte del Codice penale e di Procedura penale italiano–; l'assenza di contrasto tra le disposizioni dei Codici ed i precetti di Diritto divino, i principi

Inoltre il numero 2 del citato Art. 3 prescrive che siano stabiliti con Legge i casi di commutazione delle pene detentive in sanzioni alternative, indicando la natura che le stesse debbono avere, mantenendo comunque la loro funzione educativa, che il Legislatore, infatti, deve tener, in ogni caso, presente nel contemplare la possibile commutazione¹²².

Il numero 3 del medesimo Art. 3 si limita a prevedere che le pene pecuniarie, convertite in euro con la Legge 28 dicembre 2001, n. CCCLXXI¹²³, siano determinate con Provvedimento amministrativo del Cardinale Presidente del Governatorato. Il numero 4 introduce, poi, la riserva di Legge (vaticana) con riferimento alla previsione degli illeciti amministrativi e delle relative sanzioni.

In ambito processuale penale, nello S.C.V. si applica il Codice di Procedura penale italiano recepito con la Legge del 1929, come modificato¹²⁴ ed integrato dalle Leggi vaticane; in proposito, è da rilevare come, a distanza di molti anni, esso mostri una persistente validità,¹²⁵ nonostante le modifiche e gli adattamenti che si sono resi necessari nel corso degli anni, sia quelli contenuti in Leggi¹²⁶ dettate espressamente a modifica del Codice, sia quelli sanciti da altre disposizioni¹²⁷ contenenti, altresì, norme di natura penale.

generali del Diritto canonico nonché le norme dei Patti Lateranensi e successivi Accordi; la loro applicabilità all'interno dello S.C.V.

- 122 Cfr. Art. 8 Legge 10 gennaio 1983, n. LII (PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulle pene pecuniarie e sulla prescrizione in materia penale*, n. LII, 10 gennaio 1983, in *AAS Suppl.*, LIII (1983) 81-87) e Art. 1 Legge 14 dicembre 1994, n. CCXXVII (PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge in materia di modifiche al sistema penale*, n. CCXXVII, 14 dicembre 1994, in *AAS Suppl.*, LXV [1994], 57-59).
- 123 PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge con la quale vengono determinati alcuni adempimenti inerenti all'introduzione dell'Euro e alle modalità di repressione delle falsificazioni monetarie*, n. CCCLXXI, 28 dicembre 2001, in *AAS Suppl.*, LXXII (2001), 121-126; interessano, in questo contesto, solo gli Artt. 3-6.
- 124 La struttura del Codice, nonostante i vari interventi di modifica, è rimasta sostanzialmente inalterata.
- 125 Sul quale, da ultimo: M.N. MINETTI, *Un Processo per la terza Italia. Il Codice di Procedura penale del 1913*, vol., 2, Milano, 2002 - 2003.
- 126 In particolare si tratta delle seguenti Leggi: PAULUS PP. VI, *Motu proprio: Legge che modifica la Legislazione penale e la Legislazione processuale penale*, n. L, 21 giugno 1969, in *AAS suppl.*, XLI (1969), 13-26; PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulle pene pecuniarie e sulla prescrizione in materia penale*, n. LII, 10 gennaio 1983, in *AAS Suppl.*, LIII (1983) 83-87; PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica la Legislazione sulle pene pecuniarie e la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CXLIV, 15 giugno 1989, in *AAS Suppl.*, LX (1989), 27-29; PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge in materia di modifiche al sistema penale*, n. CCXXVII, 14 dicembre 1994, in *AAS Suppl.*, LXV (1994), 57-59; PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CCXCVI, 3 giugno 1998, in *AAS Suppl.*, LXIX (1998), 33-34.
- 127 Ad esempio: PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento organico e di disciplina del Corpo della Gendarmeria Pontificia*, promulgato con Decreto 8 dicembre 1946,

L'Art. 9, poi, della Legge sulle Fonti del Diritto del 2008, riguarda i poteri del Giudice in materia penale.

Esso prevede che «qualora manchi qualunque disposizione penale e tuttavia sia commesso un reato che offenda i principi della religione o della morale, l'ordine pubblico o la sicurezza delle persone o delle cose», il Giudice deve comunque comminare una sanzione –pecuniaria o detentiva–, richiamandosi «ai principi generali della Legislazione» e, se del caso, applicando le sanzioni alternative previste dalla Legge vaticana¹²⁸.

A tal proposito molto interessante è quanto si legge nella Sentenza del 4 maggio 2007¹²⁹ –riguardante un caso di detenzione di sostanze stupefacenti verificatosi nello S.C.V.– che ha posto in evidenza una lacuna del Codice penale vigente, il quale non contempla tale fattispecie, che, del resto, non è prevista neanche dalle Leggi vaticane. In questo caso il Promotore di giustizia ha rinviato a giudizio l'accusato chiedendo l'applicazione dell'Art. 23 della Legge sulle Fonti del Diritto del 1929 (allora vigente), il cui testo è ora confermato nella formulazione dell'Art. 9 della nuova Legge sulle Fonti del Diritto del 2008.

Nonostante l'Art. 1 del Codice penale italiano del 1889 (cosiddetto Zanardelli) ed il principio di legalità in esso sancito –da cui derivano quattro sottoprincipi: riserva di Legge; tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale; irretroattività della Legge penale; divieto di analogia– il Tribunale ha ritenuto che, essendo legato a parametri oggettivi (quali sono i principi della religione, della morale, l'ordine pubblico nonché la sicurezza delle persone o delle cose), il potere di determinazione riconosciuto al Giudice, dalla norma di cui al citato Art. 23 (ma lo stesso vale attualmente con rife-

n. XXXIX (non pubblicato in *AAS Suppl.*, ma in un volumetto a parte, dalla Tipografia Poliglotta Vaticana); cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto concernente la navigazione marittima sotto la bandiera dello Stato della Città del Vaticano*, n. LXVII, 15 settembre 1951, in *AAS Suppl.*, XXIII (1951), Artt. 27–30; cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulla disciplina della circolazione stradale*, n. LXII, 22 giugno 1970, in *AAS Suppl.*, XLII (1970), 17–26, Artt. 17–23, 25; cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CCCXXXVI, 8 giugno 2000, in *AAS Suppl.*, LXXI (2000) 41–48, Artt. 5–7; cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge con la quale vengono determinati alcuni adempimenti inerenti all'introduzione dell'Euro e alle modalità di repressione delle falsificazioni monetarie*, n. CCCLXXI, 28 dicembre 2001, in *AAS Suppl.*, LXXII (2001), 121–126, Artt. 3–6; cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge con la quale sono stabiliti divieti di fumo*, n. CCCLXXXII, 14 giugno 2002, in *AAS Suppl.*, LXXIII (2002), 25–26, Artt. 2–4.

128 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge in materia di modifiche al sistema penale*, n. CCXXVII, 14 dicembre 1994, in *AAS Suppl.*, LXV (1994), 57–58.

129 Sentenza 4 maggio 2007 Prot. NN. 31/03 e 5/04 Reg. Gen. Pen. (inedita).

rimento all'Art. 9 della Legge sulle Fonti del Diritto del 2008), non contrasti con il suddetto principio di legalità.

6. CONCLUSIONI

La Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso si presenta innanzitutto nuova nella sua denominazione; infatti, quella del 1929 era intitolata Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno.

Dal titolo della nuova Legge è facilmente intuibile come anche la materia disciplinata sia diversa e più ampia rispetto a quella della precedente Legge. Giova rilevare al riguardo che si è preferito parlare di "Cittadinanza, Residenza e Accesso" perché la figura del residente¹³⁰ ha preso sempre più piede nella realtà vaticana, in quanto parecchie persone, domiciliate a vario titolo nello S.C.V., hanno preferito, per una serie di ragioni, non ricevere lo *status* di cittadino¹³¹, mentre nei primi anni di vigenza della Legge del 1929 era di gran lunga prevalente quella di cittadino, considerata come la condizione normale per quanti vivevano nella Città del Vaticano.

L'accresciuta importanza della Residenza, senza che da essa ne derivi la concessione della Cittadinanza, ha suggerito di dedicare ad essa un capitolo della nuova Legge.

Altro aspetto innovativo è da ravvisare sia nella semplificazione nonché nell'ammodernamento del lessico utilizzato, più consono al contesto giuridico odierno, sia nell'opera di raccordo attuata con riferimento a tutte quelle altre Fonti che, nel frattempo, avevano portato all'abrogazione implicita di varie disposizioni contenute in diversi Articoli della Legge del 1929, per cui si rendeva necessario espungere dalla nuova Legge determinate materie nel frattempo disciplinate da apposite Fonti vaticane.

In particolare, per quanto riguarda la semplificazione, l'intero testo ha subito una drastica riduzione del numero degli Articoli, di fatto praticamente dimezzati¹³², grazie ad una riformulazione di quasi tutti gli Articoli della precedente Legge e al non aver ripreso norme poco attinenti alla materia specifica.

130 Secondo i dati statistici dell'Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato del Governatorato S.C.V. del 1° marzo 2011, i residenti (non cittadini vaticani) erano 221; il totale degli abitanti nello Stato, invece, erano 444. In URL: < http://www.vaticanstate.va/IT/Stato_e_Governo/NoteGenerali/Popolazione.htm > (in data 20 giugno 2011).

131 Secondo i dati statistici dell'Ufficio dello Stato Civile, Anagrafe e Notariato del Governatorato S.C.V. del 1° marzo 2011, i cittadini vaticani, invece, erano 572. In URL: < http://www.vaticanstate.va/IT/Stato_e_Governo/NoteGenerali/Popolazione.htm > (in data 20 giugno 2011).

132 Una semplificazione analoga era avvenuta anche per la Legge sulle Fonti del Diritto, composta da tredici Articoli, mentre quella del 1929 ne contemplava venticinque.

Sotto quest'ultimo profilo è emblematico il costante rinvio che il testo della nuova Legge opera alle disposizioni normative contenute in altre Leggi o Regolamenti.

Per altro verso è da notare come il Legislatore, nell'emanare questa nuova Legge, abbia voluto porre in essere una normativa in molti punti di principio, evitando di irrigidire la disciplina della materia, rinviando ad altre Fonti o di pari rango (la Legge, per lo più nei casi in cui la materia sia ad essa riservata, come avviene per le sanzioni) ovvero di rango inferiore (i Regolamenti, per lo più attuativi)¹³³, vista la maggiore facilità con cui questi ultimi, in particolare, possono essere modificati ed adeguati ai cambiamenti fattuali dovuti al trascorrere del tempo.

Per questo la nuova Legge del 2011, più che recare una nuova disciplina della materia, si presenta, piuttosto, come un aggiornamento, un'opera di raccordo, in chiave moderna volti a rendere l'impianto della precedente Legge del 1929, con le successive modificazioni ed integrazioni sia vaticane che della Santa Sede, più adeguato alle esigenze dei tempi.

Quanto alla Procedura seguita, si osserva che alla revisione della Legge sulla Cittadinanza ed il Soggiorno del 1929, avrebbe potuto procedere, in forza degli Articoli 3 e 4 della nuova Legge fondamentale del 2000, la Pontificia Commissione per lo S.C.V., la cui funzione è preminentemente legislativa, essendo essa l'organo al quale è demandato in via ordinaria l'esercizio del potere legislativo per lo Stato¹³⁴.

Considerata, però, l'importanza di tale Legge, in quanto la materia della Cittadinanza, della Residenza e dell'Accesso, viene subito dopo quella che regola le Fonti del Diritto dello Stato, è sembrato più opportuno procedere tramite la Segreteria di Stato, analogamente a quanto si era fatto per la elaborazione della nuova Legge fondamentale, della Legge sul governo nonché della nuova Legge sulle Fonti del Diritto e quindi tramite una speciale Commissione istituita per volontà del sommo Pontefice, anche perché si trattava di sostituire una Legge promulgata, nel 1929, da quest'ultimo.

Per concludere si sottolinea che l'intento della presente analisi è stato quello di offrire un breve commento del testo della nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso, senza addentrarsi in questioni dottrinali e/o

133 Cfr. Artt. 5; 8; 9; 16 della nuova Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso.

134 Cfr. C. CARDIA, *La nuova Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano. Il Rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva*, in *Ius Ecclesiae*, XIII (2001) 327; W. HILGEMAN, *Il governo*, 186-190; P.A. BONNET, *Le Fonti normative e la funzione legislativa nello SCV*, in *Archivio giuridico*, CXXXVIII (2009), 522-523.

teoriche, anche se talvolta sono state fornite letture sistematiche della materia, attraverso il riferimento anche ad altre Fonti normative attinenti alla realtà giuridica esaminata. Per lo svolgimento del lavoro effettuato ci è serviti di una serie di documenti conservati nell'Archivio del Governatorato S.C.V. come anche dei Verbali e/o dei pareri degli esperti esterni –si tratta di documentazione inedita– della Commissione, ciò che ha permesso di seguire dal di dentro l'iter di elaborazione del testo¹³⁵, poi promulgato, cogliendone meglio la *ratio Legis*, le esigenze concrete sottese alle nuove norme e gli obiettivi che si è inteso raggiungere con la stesura del nuovo testo normativo.

D'altra parte, nonostante l'espressa volontà di non incentrare la presente analisi su questioni di natura teorica affrontate dalla dottrina, è da rilevare che quest'ultima, fino ad oggi, ha fornito pochi contributi scientifici in materia e, per quanto concerne il periodo che va dal 1990 all'attualità, si può dire quasi nessuno. Ciò ha reso pressoché impossibile, non solo la citazione di autori contemporanei ma qualsiasi operazione di raffronto tra diverse tesi e/o approfondimenti specifici della materia, come agevolmente può avvenire per altri Istituti giuridici.

Ci si augura, inoltre, che la presente analisi abbia potuto offrire la possibilità di cogliere la linearità del nuovo testo normativo, la sua corrispondenza alle situazioni e alle esigenze concrete in materia di Cittadinanza, Residenza ed Accesso nello S.C.V. D'altra parte, come ogni studioso del Diritto ben sa, il sistema migliore per conoscere in modo adeguato i contenuti di una Legge resta quello della lettura diretta e attenta del suo testo. Le considerazioni qui esposte, piuttosto succinte, hanno offerto una lettura d'insieme delle norme sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso, ferma restando la possibilità di una trattazione più esaustiva del tema affrontato e di uno studio più approfondito delle implicazioni sistematiche che la materia presenta.

Confidiamo, infine, che i commenti espressi ed i riferimenti effettuati, nel corso della nostra analisi, possano fare da stimolo per ulteriori approfondimenti e nuove elaborazioni scientifiche e/o accademiche in una materia, quel-

135 In data 9 giugno 2010, è stata tenuta l'ultima riunione plenaria e la Commissione ha approvato il testo (con note illustrative circa il progetto) (cfr. Verbale della 13^a riunione plenaria del 9 giugno 2010, 1).

In data 16 giugno 2010, il Presidente della Commissione ha trasmesso il testo, per il tramite del Segretario di Stato, al sommo Pontefice per ricevere l'approvazione (cfr. PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE, *Lettera del 16 giugno 2010*, n. 495355, con annesse note illustrative del progetto nonché il testo normativo).

In data 1° febbraio 2011, il Segretario di Stato comunicava al Presidente della Commissione che il sommo Pontefice aveva approvato il testo di Legge predisposto dalla stessa (cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Lettera del 1° febbraio 2011*, n. 485/11/RS).

la della Cittadinanza vaticana, che, ancora oggi, nonostante la peculiarità della sua natura (essenzialmente “strumentale” a cariche rivestite ed a funzioni svolte) risulta poco trattata. L’interesse che può suscitare la conoscenza della Legislazione vaticana ivi compresa quella della Cittadinanza, la Residenza e l’Accesso è senz’altro legato alla assoluta unicità dello S.C.V. nel panorama degli Stati moderni. L’importanza dello S.C.V. non deriva certamente dalla sua estensione territoriale, ma piuttosto dal suo singolare ed imprescindibile legame con la Chiesa cattolica e la Santa Sede, della quale garantisce la visibile indipendenza.

Bilancio canonistico della Quinta Giornata canonistica interdisciplinare¹

PAOLO GHERRI

CANONISTICA E SILLOGISTICA

Barbara, Celarent, Darii, Ferioque, Cesare, Camestres, Festino, Baroco, Termia, Darapti, Disamis, Datisi, Felapton, Bocardo, Ferison, Camenes, Dimaris, Fesapo, Fresison, sono i ‘nomi’ –inventati nel XIII sec. da Pietro Ispano²– dei diciannove schemi sillogistici aristotelici³ ‘validi’ che la

1 Tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense –in collaborazione tra la Facoltà di Diritto canonico e quella di Filosofia– l’8 marzo 2010 sul tema: “Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta”. Gli ‘Atti’ della Giornata sono disponibili nel volume: G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.

Le presenti considerazioni –‘finali’ e non *conclusive*, come ormai consolidatosi negli anni– non intendono riassumere (né tanto meno ‘sostituire’) l’ampiezza dei contributi della Giornata canonistica interdisciplinare in tema di rapporti tra Logica e Diritto ma *solo* indicarne i *punti di non-ritorno* per la Canonistica ed attivarne le conseguenti prospettive future.

2 Pietro Ispano, al secolo Petro Iuliani (di Lisbona), eletto Papa con il nome di Giovanni XXI il 16 settembre 1276, famoso per le sue trattazioni in campo di Logica espresse principalmente nelle: “*Summulae logicales*”, “*Tractatus maiorum fallaciarum*”, “*Syncategoremata*” (cfr. S. SOLERO, Sub: *Giovanni XXI*, in A. MERCATI - A. PELZER (dirr.), *Dizionario ecclesiastico*, II, Torino, 1955, 157). Per l’attribuzione delle denominazioni dei sillogismi a Pietro Ispano si veda: URL: < <http://rudimatematici-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it/tag/eulero/> >; per la sua delineazione più organica: P. MÜLLER, *Pietro Ispano*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010, 8628-8629.

3 In pratica i sillogismi possibili furono individuati in 4 ‘figure’ sostanziali, ciascuna delle quali in grado di assumere 4 tipologie come premessa maggiore, altrettante come premessa minore e conclusione, da cui, il totale dei sillogismi possibili è quattro alla quarta (=256). Non tutti questi però sono corretti e non è molto semplice vedere quali sono quelli corretti in assoluto; già lo stesso Aristotele ne aveva trovati 19 distribuiti nelle varie figure (rispettivamente 4, 4, 6, 5), ma successivamente si è

Neoscolastica ha meticolosamente offerto ai più fortunati tra gli ecclesiastici formati prima del Concilio Vaticano II. Agli altri fu consegnato –invece– il solo ‘sillogismo’ *nudo e crudo*... unico reduce incontestato della c.d. *Logica minor*⁴ che dominò la Scolastica medioevale. Non di meno, alle ‘nuove leve’ ecclesiastiche del post-Sessantotto non è giunto praticamente nulla di tutto ciò, anche ‘in grazia’ dei c.d. diagrammi di Venn (1834-1923) che, riprendendo Eulero⁵, agli albori del XX sec. fornirono uno ‘strumento’ efficace cui ricondurre unitariamente tutti i sillogismi⁶, eliminando di fatto il “*calcolo sillogistico*” come tale, tramandato dalla ‘classicità’ e variamente assunto nei secoli all’interno della formazione filosofica ed umanistica (soprattutto ecclesiastica).

Un rapporto, quello con la Logica, sicuramente non facile per i discendenti della Canonistica classica e proto-codificata; un rapporto spesso meccanicistico e dogmatico: «*la Logica è il sillogismo aristotelico(!)*»⁷ articolato in premessa maggiore, premessa minore, conclusione. Non di meno, tuttavia, in molteplici occasioni quasi *qualunque* ‘combinazione’ di tre proposizioni sintattiche con qualche referenza incrociata, non importa se *causale*, *semantica* o anche solo *fonetica*⁸, fu (troppo) facilmente ricondotta ad un ‘sillogismo’, tanto presuntamente efficace quanto concretamente etereo ...ed inverificabile. Senza tacere –qui– come ancora più spesso ci si affidasse alle diverse (legittime) ‘procedure’ di riconduzione alla ‘prima figura’ (quando non alla sola “*Barbara*”, nella connessione di tre proposizioni affermative⁹) di tutte le altre

verificato che sono 24: 6 per ogni figura, anche se Boole ha dimostrato che qualcuna è in realtà solo un caso particolare (cfr. URL: < <http://rudimatematici-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it/tag/eulero/> > al 10/10/2011).

4 Con la denominazione di “*Logica minor*” s’intende la Logica formale come studio delle condizioni formali della scienza con riferimento al ragionamento nei principi da cui deriva, dal punto di vista della sua forma e disposizione (cfr. P. MÜLLER, *Logica minor*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010, 6675-6676).

5 Cfr. S. CARAMELLA - P. MÜLLER, *Sillogismo*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010, 10.626.

6 In effetti già in: L. EULER, *Lettres à une Princesse d'Allemagne sur divers sujets de Physique et de Philosophie*, II, S. Petersburg, 1768-1772, lettere 35-40, sono sostanzialmente presenti i diagrammi resi celebri dal Ven (cfr. URL: < <http://rudimatematici-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it/tag/eulero/> > al 10/10/2011).

7 J.M. SERRANO RUIZ, *Logica decisionale*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto*, (paginazione non disponibile).

8 Si è parlato, per la poesia, di «somiglianza fonologica dei significanti verbali» (M.P. POZZATO, *Semiotica del testo*, Roma, 2001, 184); tale uso/attitudine non è, però, estraneo neppure a certa Retorica argomentativa.

9 Cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *Logica decisionale*, (paginazione non disponibile).

‘connessioni’ proposizionali¹⁰ ...con tutte le evidentissime semplificazioni di una troppo facile ‘formalizzazione’ –e *riduzione*(!)- universale.

È comprensibile, d’altra parte, la necessità (e l’aspirazione) –soprattutto per il Giudice canonico che deve decidere con certezza morale circa la verità della ‘vicenda’ sottoposta alla sua conoscenza– di poter contare su ‘procedimenti’ (mentali) che gli assicurino non solo *razionalità*, ma anche *ragionevolezza*, *sostenibilità*, *motivazione*, *comunicabilità*, ecc. Non di meno: ogni elemento probatorio dev’essere ‘inserito’ all’interno di opportuni ‘cicli’ di indagine ed elaborazione razionale che vanno necessariamente ‘gestiti’ in vista dell’ottenimento di esiti *pro* o *contro* il “dubbio concordato” all’inizio del Processo (cfr. Can. 1661 §1), dovendo tale Giudice esprimersi tassativamente all’interno dello schema “*an constet de ... in casu*”, pena la nullità insanabile della Sentenza che non risponda a tale domanda (cfr. Can. 1620, 8°).

In tale quadro, la ‘sicurezza’ offerta ai Giudici canonici dal –presunto– *calcolo sillogistico* (formale-modale) è apparsa a lungo tanto fondante quanto irrinunciabile, divenendo a sua volta l’origine di altri ‘sillogismi’ come quello c.d. *probatorio* attraverso cui (pressoché) ciascun *capo di nullità matrimoniale* troverebbe un proprio infallibile *percorso logico* adatto a ‘selezionare’ tra le diverse Dichiarazioni, Testimonianze e Prove, quanto effettivamente e risolutivamente necessario al conseguimento di una risposta certa all’*an constet* originario.

Testimonia autorevolmente uno dei Giudici rotali più longevi nella propria attività (1970-2006) come sino ad oggi sia stato

«luogo comune affermare che la Sentenza rispecchia un *sillogismo*. Così Pinto con un rilevante numero di autorità dottrinali: “che la Sentenza sia anche un sillogismo (dove la maggiore è la Legge; la minore è il caso; la conclusione è la Decisione) non si può negare; anzi essa è un insieme di sillogismi, reso vincolante e decisivo dall’atto della volontà del Giudice”¹¹; è inutile insistere dal punto di vista del nostro tema sull’importanza di queste ultime parole»¹².

10 Le varie tabelle messe a punto durante il Medio Evo permettevano di trasformare –attraverso apposita ‘conversione’– un qualunque sillogismo ‘valido’ (uno dei diciannove) nell’equivalente della c.d. prima figura (i quattro ‘di base’: *Barbara*, *Celarent*, *Darii*, *Ferioque*), ben più chiaro ed ‘evidente’ nella sua immediatezza di comprensione; in più Rosmini dimostrò «non solo che la prima figura del sillogismo aristotelico è l’unica perfetta, ma che essa è l’unica figura attuale del sillogismo, in quanto a questa si possono ridurre le altre forme per conversione dei giudizi (II e III) o trasposizione dei termini (IV)». S. CARAMELLA - P. MÜLLER, *Sillogismo*, 10.627.

11 V.P. PINTO, *I Processi nel Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1993, 378, nota n. 347.

12 J.M. SERRANO RUIZ, *Logica decisionale*, 284.

Non di meno, al di là della –inevitabile– dogmatica *professio fidei syllogistica*, il grande Giudice e processualista (Decano del Tribunale della Rota Romana [1908] e poi Prefetto della Segnatura Apostolica [1914]) Cardinal Michele Lega (1860-1935) (conservando solo formalmente la propria ‘ortodossia’ aristotelico-scolastica) invertì il ‘ruolo’ di tali premesse aprendo, se non una vera ‘falla’ nel sistema, almeno una prospettiva indubitabile a quanti diffidano –*in casu*– del valore ‘processuale’ della Logica formale aristotelica:

*«in iudiciali disceptatione Sententia est ad instar consequentiæ syllogismi cuius maior habetur in facto controverso iudicialiter discusso comprobato plene vel minus aut minime; minor enuntiat Ius ad controversiam iuridicam dirimendam applicandum: unde fluit Sententia, quæ est consequentia præmissarum»*¹³.

Ben venga, dunque, il (un?) ‘sillogismo’ come ‘incontro’ (=syn) di ‘proposizioni’ (=logia): ma *quale sillogismo?* La Logica ‘classica’ di fatto non aveva superato le soglie della *necessità ontica*, dominata dal “dover essere” (metafisico) degli ‘enti’ rispetto all’‘essere’ come tale. Proprio questo esito continua però a costituire il vero ‘nucleo’ della questione. La *professio fidei antiquum*, infatti, secondo cui il Giudizio –in fondo– sarebbe *solo* un sillogismo in realtà non dice assolutamente nulla rispetto a se stessa: quale, infatti, dei diciannove sillogismi ‘ammessi’ si sta usando o si pensa di potersi/doversi utilizzare? Perché *Barbara* e non *Festino* o piuttosto *Fresison*?

Il vero problema in realtà, anche in ambito giuridico, rimane lo stesso già sollevato a suo tempo da F. Bacone proprio verso la struttura sillogistica come tale, dovendosi domandare e chiarire non ‘come’ ma ‘da che cosa’ ed ‘in base a che cosa’ *dedurre*. Di fatto: né i diciannove schemi sillogistici aristotelico-scolastici né la loro riproposizione settecentesca e successiva con i diagrammi di Eulero/Venn risolvono nulla in merito.

Non di meno: un sillogismo non differisce strutturalmente (e funzionalmente) da un semplice ‘sistema algebrico’ di primo grado: due ‘formule’ (le equazioni) interconnesse (la ‘graffa’ che le unisce pur mantenendole distinte) contenenti elementi correlazionati tra loro (le ‘incognite’ *x* ed *y*) ed un risultato finale da ottenere ...come le due premesse e la (loro) conclusione. Il vero problema, tuttavia, non è ‘risolvere’ il sistema una volta ‘dato’ (come molti

13 M. LEGA, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica*, (V. BARTOCETTI, cur.) Romæ, 1950, vol. II, 935-936 (citato da Serrano Ruiz alla stessa nota).

hanno fatto sui banchi della scuola secondaria, trovandone migliaia nei libri di Algebra) ma ‘scrivene’ la *prima formulazione corretta* affinché non ne risulti impossibile la soluzione!

La debolezza del sillogismo, infatti, non è tanto la sua ‘sintassi’ logica interna, quanto piuttosto la *previa* ‘riduzione logico-contenutistica’ della realtà che deve essere ‘immessa’ in tale *ciclo sintattico* logico. Concretamente: davanti ad un ‘caso’ presentato al Tribunale, con le relative ‘domande’ di soluzione e le Prove raccolte nell’Istruttoria, quale delle diciannove ‘forme’ sillogistiche scolastiche il Giudice dovrà/potrà adottare? Come sarà possibile ‘dedurre’ dall’Interrogatorio di un Testimone una ‘conseguenza’ sillogisticamente corretta da adottare quale nuovo ‘presupposto’ (=assioma o teorema?) per il sillogismo ‘successivo’?¹⁴ Come, poi, correlare correttamente tutte le ‘conclusioni’ intermedie dei diversi ‘livelli’ sillogistici, visto che alla fine la ‘conclusione’ dovrà essere una sola? Come, ancora, gestire un sillogismo in cui almeno una delle due premesse (senza preferenze tra Pinto e Lega) non sia un’unica proposizione che affermi un ‘essere’ della realtà?

Palesemente, il vero problema non è il rapporto tra le due proposizioni *p* e *q* ma la *formulazione stessa* di *p* e *q*!

Non di meno le forti spinte critiche già attuate dalla nascente *Scientia nova* avevano anche messo in guardia dall’effettiva im-possibilità di ricondurre ogni *composizione proposizionale* (=syn-logia) ad un problema di *mera* ‘necessità’ (metafisica), come anche l’intervento di Hume –con la sua ‘fallacia naturalistica’– mise palesemente a nudo a riguardo dell’ambito comportamentale¹⁵. Gli ultimi due secoli hanno poi mostrato con chiarezza che non esiste solo *questa* possibile ‘connessione’ né tra proposizioni¹⁶, né all’interno della *reale esperienza* umana.

Tanto più che, molto probabilmente, ciò di cui si continua ad aver effettiva necessità in ambito giuridico non è tanto ‘il’ –solo/unico– sillogismo ma un intero *armamentarium* di strutture logiche (di cui esso è solo ‘una’) attraverso le quali *esternare, comunicare e condividere* il proprio (delle parti e dei Giudici) pensiero sulla vicenda portata in Giudizio ...come ben evidenziano

14 Per uno specifico inquadramento dell’intera tematica si faccia riferimento a: E. DI BERNARDO, *Il sillogismo giudiziale. Prerogative e limiti di applicabilità nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004), 415-454.

15 Tuttavia in modo più ‘visibile’ che non effettivo.

16 Si consideri in proposito il ‘numero’ delle Logiche cui già si è fatto riferimento negli apporti più ‘tecnici’ della Giornata canonistica.

le acute ed *irrinunciabili acquisizioni* proposte da J.M. Serrano Ruiz sia sulle “parole” che sui “giudizi”, ormai –di fatto e di ‘diritto’– pienamente collocate nell’alveo ermeneutico e personalistico che ha dato corpo nel Novecento ad istanze variamente già segnalatesi anche nei secoli precedenti ma non in grado, allora, di essere adeguatamente tematizzate.

IL CROLLO DI UN PARADIGMA MILLENARIO

Che l’uomo (in realtà: *la persona*¹⁷), a differenza della c.d. *natura*, non ‘agisca’ per *necessità ontica* ma in base ad *altri fattori* quali il *desiderio*, la *conoscenza*, la *volontà*... la *passione*, era già noto e chiaro agli antichi e la stessa Scolastica ne era ben conscia –seppure all’interno delle *proprie* categorie e capacità concettuali–. L’ipotesi tuttavia e la prospettazione di ‘altre’ Logiche oltre quella formale-modale propria dell’*essere* e delle sue ‘concretizzazioni’ (=gli enti) non riuscirono neppure a prender corpo all’interno di *quei* ‘paradigmi’ di approccio alla realtà, ancora troppo ‘legati’ ad una visione –in fondo– fisicista e materialista del *reale* con cui ‘idee’ o ‘universali/essenze’ (o ‘spiriti’ nella Modernità) facevano troppa fatica a connettersi e relazionarsi organicamente ed in profondità¹⁸, come ben mostrarono le ripetute derive e forme di Nominalismo via via succedutesi nei secoli.

Si dovette attendere, in effetti, il Novecento per poter metter davvero mano alle molteplici istanze già da lungo tempo sollevate ma irrisolte¹⁹. Il Novecento che riuscisse ad imporre –finalmente– la *persona* come fulcro del pensiero²⁰ (filosofico ...ed anche –parzialmente– metafisico²¹) e non

17 Si veda in merito quanto complessivamente illustrato ed espresso in occasione della Seconda Giornata canonistica interdisciplinare (cfr. P. GHERRI [ed.], *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008).

18 Per quanto possa apparire problematico l’attribuire al Platonismo (originario e derivato) una “visione fisicista e materialista del reale”, in realtà il suo evidentissimo pre-supposto negativo verso la corporeità e la ‘materia’ lo conferma senza esitazioni; il vero “*horror materia*” espresso –non solo– da quel paradigma concettuale non può che sottolineare la radicalità di tale percezione.

19 Per un’efficace illustrazione del grande cammino percorso dalla ‘Logica’ nel ‘900 si veda: G. BASTI, *Logica aletica, deontica e Ontologia formale: dalla verità ontica all’obbligo deontico*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto*, (paginazione non disponibile).

20 Dovendosi di fatto riconoscere con certezza –a posteriori– l’assoluta inefficacia del ‘programma’ rinascimentale-umanistico di fare dell’uomo la “misura di ogni cosa”. Razionalismo, Illuminismo ed Idealismo, infatti, non trovarono in questo ‘ante’ a livello storico alcuna significativa resistenza alla propria proposta del tutto im-personale... quando non anche spersonalizzante.

21 Cfr. A. LIVI, *Metafisica del Diritto e costruzione dei rapporti giuridici*, in GHERRI P. (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Roma, 2007, 131.

soltanto un ‘essere’ o uno ‘spirito/*Geist*’ che ‘si’ muove e muove l’intera realtà secondo una propria dinamica in qualche modo sempre ‘necessaria’, poiché *unica ed assoluta* (Hegel *docet*). Proprio tale assolutezza, non di meno, in quanto *incondizionata ed incondizionabile* era risultata di fatto il ‘collo di bottiglia’ *ontologico* che continuava ad impedire un reale incontro e confronto con l’effettiva realtà dell’*esistenza quotidiana* –di *ciascuno*²²–, ancora semplicemente ‘collocata’ (=relegata) in qualcuna delle ‘fasi’ più o meno positive/negative di tali dinamiche ‘universali’ e *comunque sempre ‘necessarie’*.

L’irrimediabile travolgimento delle mitologie fisicistico-tassonomiche²³ degli antichi a partire da una Chimica ‘strutturata’ (Mendeleev) e dall’Elettromagnetismo (Faraday), dall’affermarsi della Sociologia (Weber) e dell’Etnologia (Levi Strauss), della Psicanalisi (Freud) e della Psicologia (Wundt ed Ebbinghaus), dalle consapevolezze circa la Relatività (Einstein), l’Indeterminazione (Heisenberg), l’Incompletezza (Gödel e Tarski), l’Indecidibilità (Richardson), l’Olismo (Bohm), la Falsificabilità (Popper), ecc., ha messo in chiara evidenza la necessità irrinunciabile di considerare, almeno in via ‘strumentale’, *altre Logiche (sic!)*²⁴, gradualmente ‘adatte’ a nuovi utilizzi in campi segnati da ‘assoluta’ *concretezza e relatività*, dove il *particolare*, lo *specifico*, il *concreto*, non coincidono affatto col *singolare* ...ed il *generale* non incrocia affatto l’*universale*.

Fenomenologia, Esistenzialismo, Ermeneutica, Personalismo, hanno poi completato l’opera in campo filosofico, mettendo definitivamente alla porta anche lo spirito/*Geist* che aveva narcisisticamente concentrato su di sé soltanto le attenzioni proto-epistemologiche di Dilthey, oltre a quelle para-scientifiche di Hegel ...lasciando tranquillamente Kant alle proprie ‘Ragioni’.

L’uomo e non la natura, la *persona* e non lo spirito/*Geist*, è il vero fulcro ed il referente originario (ed originante) dell’*attività logica!* Della *Logica* come –mera– ‘espressione’ extra-mentale dei processi cognitivi, valutativi e

22 Sarebbe opportuno, in merito, non dimenticare i ‘prodotti’ etici e storici dei vari collettivismi personali e sovra-personali propugnati proprio a partire dalla perdurante ‘ignoranza’ e trascuratezza della questione ‘personale’ all’interno della Metafisica idealistica ottocentesca (tedesca).

23 Che di più non si potrebbe certo dire, per quanto “col senno di poi” ...di cui la Scienza (moderna) è strutturalmente ‘fatta’.

24 Necessariamente –questa volta, sì– auto-impostesi ad una ricerca scientifica davvero tale e ‘costretta’ a rinunciare alle ‘certezze storico-culturali’ per lasciarsi guidare dalla realtà stessa.

decisionali, attivi all'interno di ogni uomo e non come 'legge' di necessità (metafisica) che regge il mondo stesso in quanto '(ess)ente'. Il nuovo quadro generale di riferimento poteva così, finalmente, permettere di interessarsi al 'come' la persona articola di fatto i 'prodromi'²⁵ del proprio agire, permettendole *libertà, intenzionalità e virtù*, ma anche *ignoranza, insipienza e vizio...* senza dover o poter soggiacere ad alcuna 'necessità' assoluta che ne tuteli l'operare.

Ciò che ormai va acquisito è il fatto che il vero problema non sta 'dentro' la Logica ma 'fuori' da essa: nello *scegliere la giusta porta dalla quale entrare*. D'altra parte se ciò di cui le varie Logiche si occupano è il 'processamento' di una certa qualità e quantità di elementi, il problema non sta nella struttura di tali 'processamenti' ma nella previa scelta di quello –tra essi– adatto a 'risolvere' il problema reale con cui ci si misura razionalmente. Più praticamente, con un'immagine: quando, in qualunque circostanza della vita, si ha davanti una '*res*' che non si sa bene *cosa sia*, il vero problema è la scelta dell'approccio più adatto: biologico, chimico, fisico, storico, artistico... è chiaro che –solo 'in seguito'– ogni approccio seguirà ferreamente le proprie regole già prestabilite intra-disciplinarmente, ma fino al momento della *scelta iniziale* nessuna 'regola' intra-disciplinare è in grado di dare l'indicazione da cui partire. È quanto sperimentano, spesso non senza disagio, i giuristi che 'accolgono' dalle persone i 'racconti' delle loro sventure familiari/matrimoniali e devono capire di cosa si è trattato in effetti, prima di poter ricondurre (=sussunzione) tali fatti (o una loro parte) entro le 'previsioni' generali già operate dal Diritto.

Ecco perché la funzione irrinunciabile della Logica in ambito giuridico va collocata in seconda ed ulteriore battuta, quale sostanziale dispositivo/funzione di *controllo* e *verifica* della correttezza dei vari passaggi 'causali' operati durante l'attività sia istruttoria che decisionale (*v. infra*).

In tal senso un grande vantaggio potrebbe trarsi anche nel guidare –o almeno suggerire– i migliori percorsi probatori per le differenti fattispecie sottoposte a Giudizio, aiutando, p.es., a non omettere nessuno degli elementi davvero portanti la fattispecie stessa, così come nel relazionarli correttamente tra loro.

25 L'uso del termine "premesse", certamente più appropriato, sarebbe però ambiguo nel contesto 'sillogistico' in cui ci muove.

LE LOGICHE ‘COMPORIMENTALI’²⁶

Il fatto, tuttavia, che la *Logica ontica* –in sé e per sé– non possa avere un’immediata utilità nel trattamento dei ‘fatti umani’ una volta posti/attuati, non significa che la *Logica come tale* abbia però perso la propria legittima cittadinanza nell’attività giuridica e tanto meno in quella processuale. Se infatti l’agire umano non risponde ad una necessità ontica, questo non significa affatto che non possa rispondere ad ‘altre’ tipologie di inter-connesione che la mente umana possa cogliere, conoscere e valutare ...anche attraverso quello *strumento gnoseologico* che è il Processo giudiziale/rio.

Anziché la ‘struttura’ rigida di quanto risulta già passato (“*in facto esse*”, per dirla canonicamente) si potrà, non di meno, prendere in esame le dinamiche che lo avevano generato e reso ‘possibile’ (“*in fieri*”), per quanto non ‘necessario’. Proprio qui, tuttavia, sarà decisivo utilizzare non solo gli strumenti investigativi (e diagnostici) corretti ma anche un’adeguata conoscenza e valutazione delle *dinamiche razionali* e delle ‘connessioni’ intellettive (ed emozionali) che spingono ogni persona all’azione o all’inerzia, all’impegno o al disinteresse.

Si tratta, in ambito giuridico (canonico in particolare), di uscire ormai con serenità e definitivamente dalla costrizione delle sole *Logiche ontiche* per fruire di altre ‘esternazioni/comunicazioni’ dei processi razionali/mentali umani²⁷ davvero adatti all’attività giuridica. A maggior ragione se si considera come, di fatto, l’*agire* umano e ‘personale’ a cui si volge da sempre la *pratica del Diritto* –soprattutto in ambito giudiziale/rio– riguardi esclusivamente ‘atti’ e non ‘fatti’²⁸: un *agitur* (=actum) di cui *conoscenza* e *volontà* sono i pilastri irrinunciabili perché si possa ‘giudicare’ qualcuno²⁹. Per contro, ma non paradossalmente(!): se fosse questione degli *effetti*³⁰ di una necessità ontica (=metafisica) non potrebbe darsi Giudizio alcuno poiché sarebbero del tutto assenti tanto l’azione/atto/agito che l’imputabilità dei suoi effetti a qualche

26 Per quanto dal punto di vista logico-tecnico sarebbe maggiormente corretto indicarle come “intenzionali”: così dette per il loro riferirsi alla ‘intensione’ quale ‘intendimento’ del soggetto, diverso dalla intenzione/intenzionalità che si colloca ad un altro livello dell’agire umano come sono le finalità.

27 Ciò che, radicalmente, è la ‘logica’.

28 Non certo nell’accezione vichiana del “*verum est factum*” che in realtà considera ‘fatti’ solo gli ‘atti’, rivoluzionando l’intero paradigma di riferimento e le ‘logiche’ connesse.

29 Poiché le ‘cose’ non sono mai oggetto di *vero Giudizio* quanto, piuttosto, di eventuale ‘valutazione’ ed ‘apprezzamento’ ai fini della loro corretta relazione con i soggetti ad esse connessi o correlati.

30 “Conseguenze” (di causalità) e non “conclusioni” (di ragionamenti)!

reale ‘soggetto’ agente, come accade per i fenomeni meteorologici. La necessità ontica (=il ‘dover’ essere) che *muove* la ‘natura’ e fonda i principi etici –indicando ‘cosa’ davvero *corrisponda* all’*essere persona*³¹– non può nulla quando si entri nell’immenso campo delle potenzialità –solo futuribili– dell’*agire personale*.

Le soglie, appena varcate, del nuovo millennio permettono tuttavia di non restare sguarniti ed attoniti davanti al barato della *il-logicità* in cui considerazioni di questo tipo parrebbero –inconsideratamente (?!)– voler relegare la pratica giuridica (almeno tradizionale), ma di trarre incredibili –poiché ancora in gran parte sconosciuti– vantaggi proprio dall’adozione nel Diritto attuale sia [a] delle c.d. *Logiche epistemiche* che [b] di quelle *deontiche*, cui la comportamentalità umana è riconducibile in modo abbastanza agevole.

Ciò, tuttavia, porta di nuovo a valorizzare e ‘funzionalizzare’ in modo più consapevole e radicale proprio i due elementi chiave dell’*agire personale*, e quindi giuridico: *conoscenza* e *volontà* (v. *supra*); ai quali, per altro, diventa ora possibile attribuire anche specifiche ‘utilità’ non certo secondarie per il raggiungimento sia della *verità sui fatti* che della *certezza morale*, necessari per sentenziare canonicamente.

Volitum e cognitum hanno risposto da/per secoli a ‘dinamiche’ –ed oggi anche a *Logiche!*– diverse ed incommisurabili, irriducibili, per quanto ragionevolmente³² già interconnesse nell’adagio “*nihil volitum quin praecognitum*”. Oggi però, grazie almeno alle Logiche epistemiche e deontiche, è possibile entrare anche in profondità nelle loro maglie più serrate mettendone a nudo, o portandone alla vista, i principali *dinamismi operazionali*. Affrontare, infatti, la dimensione volitiva del comportamento personale guidati dalle *dinamiche deontiche* (“operatori” in linguaggio tecnico) del *permesso, vietato, consigliato, indifferente*, ecc., dopo aver vagliato l’oggetto destinatario dell’*agire personale* in prospettiva epistemica –secondo gli operatori del *sapere, ritenere, credere*, ecc.– offre senza dubbio *chances* (potenziali) inimmaginabili ai più³³. Cosa accadrebbe, inoltre, se si introducessero e gestissero altri *operatori logici* quali: *bisogno, preferenza, ottimalità?* ...E se si riuscisse anche a ‘quantificarli’ –graduandoli– nella loro portata ed effettività?

31 Con buona pace di Hume.

32 Sarebbe il caso di dire, con linguaggio novecentesco, “fenomenologicamente”.

33 Cfr. E. DI BERNARDO, *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell’accertamento dei fatti nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, LXXXIII (2010), 461-466.

Una prima ‘sollecitazione’ sul tema³⁴ è giunta dalla proposta del prof. Galvan –logicamente coerente e fondata– di ricondurre la “volontà” alla “credenza di ottimalità”³⁵. Ciò permetterebbe –forse?–, in una prospettiva *personalista*, di porre in *maggior risalto* anche la semplice *possibilità*, quanto pure il *desiderio* connesso all’*ottimalità*, come fattori reali e concreti che intervengono nella vita personale e, più ancora, nelle *scelte di vita* quali, appunto, Matrimonio, Ordine sacro, Professione religiosa...

Se ciò potesse attuarsi sarebbe superato lo iato millenario tra le due ‘facoltà’ (scolasticamente: potenze), prospettando almeno ‘vie probatorie’ innovative e non meno efficaci di quelle intraprese fino ad oggi in campo processuale canonico. In tale prospettiva, infatti, la volontà non apparirebbe più una sorta di ‘*res*’ –presente o assente nella persona in ‘quantità’ più o meno determinabili– ma *fondamentalmente* uno ‘stato coscienziale’ individuale!³⁶

A tal proposito, giova specificare come questo approccio non si sovrapponga affatto né a quello *fenomenologico* né a quello *psicologico*, poiché non si tratta di *esaminare la persona* in questione ed i suoi dinamismi interni³⁷ (per sapere che cosa concretamente ‘è accaduto’ a/in lei) ma di *offrire al Giudice* la capacità di comprendere adeguatamente quanto gli viene riferito, in modo da porre in seguito domande effettivamente adatte a far emergere la perfetta/migliore corrispondenza tra realtà dei fatti e loro ‘rappresentazione’ (*adæquatio rei et intellectus*).

Proprio qui, in effetti, è lo snodo del problema³⁸: capire che cosa è stato/ viene detto! Non tanto nella formulazione linguistica e testuale ma a livello ‘proposizionale’: che cosa, cioè, *si afferma della realtà* col proprio dire³⁹. Anche *linguaggio*, *semantica* ed *interpretazione* vanno esclusi –a questo livello– da indebite interferenze e corto-circuiti espressamente ‘logici’!

Un esempio ‘evangelico’ potrebbe soccorrere la comprensione.

34 Per quanto ancora piuttosto ‘embrionale’ e necessitante ulteriori approfondimenti ...ed adeguate ‘verifiche’.

35 Cfr. S. GALVAN, *Logica deontica e sue applicazioni*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e Diritto*, (paginazione non disponibile).

36 L’influenza di un tale approccio sull’intero patrimonio giurisprudenziale e dogmatico connesso al c.d. difetto di volontà potrebbe risultare dirompente.

37 Realtà di cui occuperanno, eventualmente, le varie Perizie, oltre alle Dichiarazioni di parte e Testimonianze.

38 Di cui fanno continuamente esperienza i Notai di Udienza.

39 Per un approfondimento sul tema si veda: P. GHERRI, *Ricerca scientifica umanistica. Introduzione pratica*, Reggio Emilia, 2011, 166-169.

Le due parabole di Gesù sulla preghiera (Lc 11, 5-13 –l'amico importuno– e Lc 18, 1-8 –il Giudice disonesto–) che cosa *affermano circa la 'realtà del pregare'*? 1) La *necessaria perseveranza* nel pregare, oppure 2) la *capitolazione di Dio* davanti all'insistenza della preghiera? Il problema è solo 'logico'; mentre, tuttavia, Teologia e Spiritualità hanno dato lungo i secoli risposte ben diverse alla stessa domanda.

FUNZIONI LOGICHE DI 'CONTROLLO'

Quanto sin qui sottolineato circa il necessario ed inevitabile superamento teoretico –in ambito giuridico– del paradigma sillogistico 'tradizionale' non comporta affatto l'esclusione della Logica *tout-court* dall'ambito giuridico canonico (processuale in particolare), ma una sua radicale ri-collocazione non più *in limine* quanto piuttosto *in medio et in exitu*. Non a livello, cioè, di [a] 'scoperta' e 'ri-costruzione' della verità dei fatti e [b] necessità di una 'determinabile' Sentenza, ma a sua 'verifica' e controllo in sede motivazionale ... non meno importante per la consistenza della Decisione giudiziale. Passando, cioè, dalla fase istruttoria a quelle dibattimentale e decisoria.

Per contro, proprio nella fase istruttoria, andranno accolti ed adottati gli strumenti più propri del c.d. *metodo analitico* (platonico) ben più adatti all'investigazione ed alla scoperta a causa della loro potenziale coestensività con l'ampiezza ed indeterminatezza –almeno iniziale, se non anche di principio– della realtà da prendere in considerazione (=dominio). Il procedere, infatti, per sillogismi all'interno di un contesto 'ontico' presuppone la già avvenuta perfetta delineazione e fissazione di tutti gli elementi che possano in qualche modo entrare in gioco (=dominio)... cosa del tutto impossibile quando si tratti di *agito personale*. In tale prospettiva va accantonata anche la pretesa che con la *Conclusio in Causa* e la pubblicazione degli Atti della stessa (Cann. 1598-1606) si possa fruire dei benefici logici di un 'campo' ormai chiuso. Se, infatti, parrebbe vero che in tale fase processuale siano ormai presenti tutti e soli gli elementi da considerare (*Acta et probata*=dominio) –non più in prospettiva di 'scoperta'–, restituendo possibilità alla sillogistica *ontica* ai fini del 'calcolo' della Sentenza, sarebbe ancora maggiormente vero che i 'contenuti' delle diverse proposizioni rimarrebbero di qualità tale da non permetterne l'assiomatizzazione necessaria all'esecuzione di un tale sillogismo. Le proposizioni *p* e *q*, infatti, esprimenti la *PM* e la *pm*⁴⁰ dei diversi sillogismi, non sarebbero –a

40 Premessa Maggiore e premessa minore.

loro volta– altro che ‘funzioni’ riassuntive di altri ‘domini’ radicalmente diversi nei loro stessi presupposti, contenuti, dinamismi e risultati; radicalmente diversi perché espressione di ‘modelli’ logici non-ontici, come risultano quelli comportamentali. Concretamente, anche volendo rimanere all’interno della *professio fidei syllogistica* consegnataci dalla ‘tradizione’ canonistica, si dovrebbe –infatti– riconoscere che, mentre gli atti delle persone rispondono a *Logiche epistemiche*, le Norme/Leggi funzionano secondo *Logiche deontiche*. Indipendentemente –perciò– da quali siano la *PM* e la *pm* per formulare la Sentenza (Pinto o Lega), ognuno vede come l’applicazione di una necessità ontica alla ‘relazione’ tra atti/fatti e Norme non possa generare alcuna ragionevole ‘conclusione’, non potendosi comunque evitare quanto già insegnato da Rosmini come le (uniche) “due regole generali del sillogismo”:

«la conclusione dev’essere contenuta nel tutto sillogistico posto dalla premessa maggiore, e che il termine medio deve avere estensione almeno pari a quella del soggetto e comprensione almeno pari a quella del predicato della conclusione»⁴¹.

Nella stessa linea di *inapplicabilità teoretica assoluta* del sillogismo formale-modale alla decisione giudiziale, vale la pena di riprendere, ancora a distanza di qualche anno, un’affermazione illuminante del prof. Livi alla Prima Giornata canonistica interdisciplinare:

«il rapporto tra *facti-species* e *factum* è un rapporto molto complesso perché il *factum* viene prima della *facti-species* altrimenti non ci sarebbe il ritratto l’immagine del fatto. Ma il *faciendum* viene ancora dopo e allora lì, siccome si salta dall’atto alla potenza, dalla potenza all’atto il sillogismo è una cosa assurda –non so chi l’ha inventata questa storia del sillogismo– è assurdo perché mette sullo stesso piano cose che non sono sullo stesso piano. Il sillogismo aristotelico richiede che premessa maggiore, premessa minore e conclusione siano omogenee, altrimenti che discorso è? Ma invece, *factum*, *facti-species* e *faciendum* non sono mai sullo stesso piano»⁴².

Numerose ed utili risultano, di contro, le preziose *funzioni di controllo* che varie ‘tipologie’ logiche possono ormai offrire alla *lettura e valutazione* secon-

41 S. CARAMELLA - P. MÜLLER, *Sillogismo*, 10.628.

42 *Bilancio canonistico*, in P. GHERRI (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007, 215, nota 46.

do ragione e coscienza che il Giudice (e le stesse parti) devono fare di quanto emerso durante il Processo. Due soli ‘esempi’ in merito –secondo la struttura della Sentenza giudiziale– che pongano in evidenza un proficuo utilizzo delle Logiche deontiche ed epistemiche sin qui evocate: *pars in Iure* e *pars in facto*.

In Iure: è certo che le diverse ‘norme’ che intervengono nell’esercizio dell’attività giuridica abbiano ‘pesi’ e ‘caratteristiche’ diverse, sia quanto a ‘gerarchia’ interna delle Norme come tali, sia su base storica nel ‘bilanciare’ –p.es.– una Decretale pontificia medioevale ed un ramo della più recente Giurisprudenza. Problematica analoga dal punto di vista logico si delinea anche nel comprendere quanto –in effetti– il *dettato legale* (=la lettera della Norma) corrisponda effettivamente alla *decisione normativa* assunta dal Legislatore (fine e circostanze della Legge, mente del Legislatore, secondo il Can. 17) il quale, inoltre, spesso non ‘decide’ affatto con una conoscenza piena, certa, universale⁴³, ma secondo proprie *conoscenza, supposizione, credenza, convinzione, giudizio di ottimalità*: quanto tradizionalmente si riconduceva alla *necessitas vel utilitas vel convenientia rerum et personarum*. In quest’ambito non si potrà sfuggire al ‘controllo’ –anche imposto dall’esterno (=Tribunale di Istanza superiore)– da parte della *Logica deontica* al fine di ‘verificare’ la correttezza dello *Ius* applicato/bile.

In facto: non di meno occorre considerare come ciò che le singole persone abbiano operato nel tempo attraverso le proprie scelte o anche solo semplici attuazioni (=fatti concludenti) debba essere rapportato con e valutato secondo la loro individuale capacità di distinguere adeguatamente tra *conoscenza, supposizione, credenza, convinzione* e *giudizio di ottimalità* (assoluto e/o relativo⁴⁴) che ciascuno abbia formulato nei confronti di una determinata ‘realtà’ o ‘componente’ connessa al proprio Matrimonio, o stato di vita. Anche *ragione* e *coscienza* del Giudice dovranno essere soppesate in modo distinto nella portata delle loro conclusioni (=certezza morale). È questo, infatti, l’ambito in cui “ciò che avrebbe *dovuto essere* (fatto)” –secondo Logica deontica– non riesce concretamente ad andare oltre la semplice “presunzione *Iuris tantum*” che l’intero Processo mira a verificare nella propria consistenza. Di contro: ciò che della realtà come tale⁴⁵ (Logica ontica) o dell’agire maturo, libero e consa-

43 Che ‘garantisca’ l’*assolutezza* (in sé e per sé) della decisione normativa assunta, al contrario del brocardo vetero-giuridico “*ubi Lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” ...poiché i secoli hanno ben mostrato che spesso la Legge “tacque” perché il Legislatore ignorava l’esistenza di ‘cose’, ‘fattori’, ‘dinamiche’, ecc. che solo la vita concreta successiva avrebbe messo in luce.

44 In riferimento, cioè, alla cosa in sé o per la persona stessa.

45 Quanto normalmente riferito dalla dottrina al c.d. Diritto divino naturale o al Diritto divino positivo, indisponibili e, pertanto, ‘ontologicamente’ *esigibili* nelle loro implicazioni etiche.

pevole (Logica deontica) è stato effettivamente ‘assunto’ dall’agente (Logica epistemica) rimane il vero *obiectum contentionis* cui dare soluzione.

La complessità del quadro si accresce se si consideri poi come, almeno *de facto*, le ‘intenzionalità’ (o anche solo le ‘aspirazioni’) dei diversi soggetti del Processo siano spesso non concordi: mentre le parti, infatti, propugnano e sostengono una propria ‘posizione’ (e spesso un vero e proprio *interesse*), il Giudice deve conoscere/verificare che cosa sia realmente accaduto. Ciò condiziona radicalmente gli strumenti razionali –in realtà ‘logici’– utilizzabili: alle ragioni (teleologiche) delle parti bastano degli argomenti, alla conoscenza (aletica) del Giudice serve la ricostruzione del passato. Chi argomenta parte dal futuro che vuol conseguire e cerca nel passato ciò che glielo permetta; chi cerca la verità deve ricostruire il passato andando alla ricerca di tutto quanto possa essere utile alla sua ri-costruzione. Le *ragioni* sono prospettiche, teleologiche, guardano al risultato da conseguire; la *verità* è retrospettica, ontologica, guarda a che cosa è successo; le ragioni riguardano il fine, la verità l’origine. Ne sgorga una *difficile convergenza* tra sillogistica tradizionale e Logiche aletiche; le prime volte a ‘dimostrare’ *ab exitu* (=la conclusione già ‘posseduta’) che i fatti (=le premesse) sono andati incontrovertibilmente (poiché di sillogismo formale-modale) in un determinato modo, la seconda impegnata a far emergere *ex origine* (=i fatti accertati) eventuali nessi di ‘causalità reale’ intercorrenti tra atti/fatti e ‘reazioni’ (=decisioni/conseguenze) da parte delle persone coinvolte.

CONCLUSIONI

Gli apporti e, soprattutto, le istanze intorno a cui si sono articolate le presenti riflessioni hanno messo in luce la necessità di continuare la ricerca sulla tematica dei rapporti tra Logica e Diritto (anche specificamente canonico), nella consapevolezza della reciproca fecondità del collaborare.

- Quale altro ambito, infatti, potrebbe offrire allo studio delle Logiche non solo ontiche l’ampiezza di ‘supporto’ che il Diritto, con la sua irrinunciabile necessità di conoscere, valutare e decidere circa l’agire umano riesce ad evidenziare e rendere concretamente disponibile?
- Non di meno anche la pratica giuridica potrebbe trarre grandi vantaggi dall’acquisire ‘dimestichezza’ con l’utilizzo non più di ‘schemi’ e ‘figure’ sillogistiche, ma dall’adozione di una pur minima capacità di ‘formalizzare’ gli elementi cardine di quel ragionamento che, ol-

tre ad essere ‘corretto’, dev’essere anche ‘condivisibile’ ...almeno razionalmente.

Con evidenza restano aperte molte istanze che vanno ben oltre la Logica, i suoi confini e le sue possibilità; istanze che riguardano, p.es., l’articolarsi dei ‘processi’ intellettuali e razionali che le diverse Logiche in qualche modo tentano di ‘esprimere’. Processi, tuttavia, che richiedono ben altri approcci e consapevolezze, anche previe, come senza dubbio potrà e dovrà essere messo in luce da un’adeguata riflessione sui fattori e le dinamiche decisionali e di ‘giudizio’, come anche sul linguaggio e l’interpretazione, cui s’indirizzeranno le prossime Giornate canonistiche interdisciplinari.

La teoria della giustizia di John Rawls

ANTONIO IACCARINO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il ruolo della giustizia. 3. L'idea principale della Teoria della giustizia. 4. I principi della giustizia. 5. Conclusione.

SUMMARY: 1. Preamble. 2. The role of justice. 3. The main idea of the Theory of justice. 4. The principles of justice. 5. Conclusion

1. PREMESSA

1.1. *Un nuovo Contrattualismo*

Nell'ambito delle teorie della giustizia, il Contrattualismo si presenta come una proposta teorica di politica normativa che riconosce come origine o fondamento dello Stato (o in generale della comunità civile) una convenzione o stipulazione –detta contratto– fra i suoi membri¹.

1 Cfr. N. ABBAGNANO, Voce: *Contrattualismo*, in N. ABBAGNANO (cur.), *Dizionario filosofico*, Torino, 2002, 211; N. MATTEUCCI, Voce: *Contrattualismo*, in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (curr.), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, 175-186. Questa dottrina affonda le sue radici indietro nella storia della Filosofia, e manifesta le sue prime intuizioni con i sofisti, così pure, in seguito, con Platone (cfr. PLATONE, *Il politico*, III, 9, 1280 b 12) ed Epicuro (cfr. EPICURO, *Massime capitali*, n. 37 [quaranta 'massime' tramandateci da Diogene Laerzio che le incluse dopo la biografia del filosofo]). L'idea della convenzione fra i membri dello Stato è alla base anche delle parole di Carneade tramandateci da Cicerone: «per qual ragione si sarebbero costituiti svariati e differenti diritti secondo ogni popolo, se non per il fatto che ciascuna nazione sancì per se stessa ciò che ritenne vantaggioso per sé?» (CICERONE, *De Republica*, III, 20). Dopo essere scomparsa nel corso del Medio Evo, sostituita dalla dottrina dell'origine divina dello Stato e della comunità civile, la teoria contrattualista riacquista vigore nell'età moderna, e diventa, insieme al Giusnaturalismo, un vero e proprio strumento di lotta per l'affermazio-

Il Neocontrattualismo amplia tale definizione individuando i principi fondamentali su cui poggia la società, «in ipotetiche scelte compiute da ipotetici soggetti nell'ambito di ipotetiche circostanze»².

Il maggiore esponente contemporaneo della teoria neocontrattualista è J. Rawls³, autore di numerosi saggi di dottrina politica e di teoria etica. Si può onestamente affermare che dai tempi di T. Hobbes, nessun altro filosofo ha influenzato in maniera tanto rilevante lo studio della politica. La sua principale opera, «*A theory of justice*»⁴ del 1971, domina ancora oggi il dibattito filosofico sulle basi morali delle liberaldemocrazie come uno dei testi chiave del Neocontrattualismo. Con esso non solo ha ripreso vigore l'interesse per la Filosofia politica tra i

ne dei diritti umani. Esempio di questo nuovo uso della dottrina del contratto sono le *Vindicae contra tyrannos*, pubblicate a Ginevra dai calvinisti nel 1579 (cfr. S.J. BRUTUS [pseudonimo], *Vindicae contra tyrannos. Sive, de principis in populum, populique] in principem, legitima potestate*, Geneve, 1579), dove la dottrina del contratto è ripresa per rivendicare il diritto del popolo di ribellarsi al re quando egli venga meno agli impegni del contratto originario. Al contrario, T. Hobbes e B. Spinoza, sfruttarono le tesi contrattualiste a difesa del potere assoluto. Il primo affermava che «io trasmetto il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a quest'assemblea, solo a patto che tu ceda il tuo diritto alla stessa maniera. [...] Questa è l'origine di quel grande Leviathano o, per usare maggior rispetto, di quel Dio mortale al quale dobbiamo, dopo che al Dio immortale, la nostra pace e difesa: poiché, per quest'autorità conferitagli dai singoli componenti lo Stato ha tanta forza e potere, che può disciplinare la volontà di tutti per la conquista della pace interna e per l'aiuto scambievolmente contro i nemici esterni» (T. HOBBS, *Leviathan. The matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, London, 1651, II, 17). Gli fa da eco B. Spinoza, il quale ritiene che lo Stato costituito dal consenso comune abbia un diritto che è limitato solo dalla sua forza, che è la stessa «potenza della moltitudine» (B. SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*, Amsterdam, 1670, 2, 17). Il Contrattualismo è stato anche adoperato per dimostrare come il potere politico sia limitato. A tal proposito sono d'aiuto le parole di S. Pufendorf: «se prendiamo a considerare una moltitudine di individui che godono di libertà e di uguaglianza naturale e vogliono procedere alla istituzione di uno Stato, è necessario prima di tutto che questi futuri cittadini contraggano tra loro singolarmente un patto col quale manifestino la volontà di unirsi in associazione perpetua e di provvedere con deliberazioni e ordini comuni alla propria salvezza e sicurezza. Questo patto può essere o semplice o condizionato: il primo si ha quando uno si obbliga a partecipare all'associazione qualunque sia la forma di governo approvata dalla maggioranza; il secondo quando aggiunge la condizione che la forma di governo sia da lui stesso approvata» (S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum, 1672, VII, 2, 6). J. Locke descrive il contratto come l'accordo degli uomini «di unirsi in una società politica», ed è, quindi, «il patto che esiste e deve necessariamente esistere tra individui che si associano o fondano uno Stato» (J. LOCKE, *Two treatises of government*, Hanover, 1690, II, § 99). J.J. Rousseau ha scritto che il contratto originario può essere considerato più come un mezzo per rendere «legittimo» il vincolo sociale, che come una realtà vera e propria (cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du Droit politique*, Amsterdam, 1762, I, 1). Così I. Kant, parlando del contratto, lo definisce come «l'atto col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato o, piuttosto, la semplice idea di questo atto che sola permette di concepirne la legittimità è il contratto originario, secondo il quale tutti nel popolo depongono la loro libertà esterna per riprenderla di nuovo subito come membri di un corpo comune» (I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797, I, § 47). Cfr. S. VECA, *La società giusta*, Milano, 1982, 83-95.

2 N. ABBAGNANO, Voce: *Neocontrattualismo*, in N. ABBAGNANO (cur.), *Dizionario filosofico*, 751.

3 Baltimora, Maryland 21/02/1921 - Lexington, Massachusetts 24/11/2002.

4 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, (trad. it.) Milano, 1982.

suoi cultori, ma ne sono cambiati il vocabolario e la sostanza⁵. Con la sua *Teoria*, inoltre, J. Rawls ha segnato il ritorno della riflessione etica di stampo analitico a questioni di Etica normativa⁶, restando sempre fedele al compito intellettuale che si era prefisso: fornire le ragioni profonde di un ordine sociale giusto, per poter conciliare una vita degna di essere vissuta con le esigenze della collettività.

In “*Una teoria della giustizia*”, J. Rawls prende le distanze dalla tradizione utilitaristica, che dominava il pensiero politico e morale europeo e nordamericano, dalla fine della Prima Guerra Mondiale ai primi anni Sessanta, e si ricollega alla nota teoria del contratto sociale di J. Locke⁷, J.J. Rousseau⁸ e I. Kant⁹, pur differenziandosi da essa su molti punti, a cominciare dall’aspirazione di generalizzarla e portarla a un più alto livello di astrazione ipotetico e teorico, e non storico realistico.

Possiamo definire J. Rawls un “liberal” americano¹⁰ che nella sua opera principale ha creato un cocktail ambizioso di libertà ed eguaglianza, deciso a conciliare la tradizione liberale dei diritti individuali, ma con una propensione per l’eguaglianza decisamente più forte¹¹. I suoi due principi di giustizia, quello che esalta la libertà dei singoli e delle Istituzioni e quello che predica l’eguaglianza a partire dalle esigenze dei più svantaggiati, sembrano incarnare l’essenza filosofica di questa visione.

La teoria della giustizia di J. Rawls è una delle più studiate e commentate del ’900¹², ed è riuscita a imporre il suo fascino non solo su liberali e socialisti, ma

-
- 5 Cfr. S. MAFFETONE, *Rawls, orizzonte di tolleranza*, in *Il Sole 24 Ore*, XXXVIII (2002), n. 324, 27 novembre, 8.
- 6 Cfr. S. MAFFETONE, *Ci ha insegnato a mettere il giusto prima del bene*, in *Reset. Un mese di idee*, XI (2003), n. 75 - gennaio/febbraio, 79.
- 7 Cfr. J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, (trad. it.) Milano, 1998.
- 8 Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull’origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini*, (trad. it.) Roma, 1968, 97-100; cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, (trad. it.) Roma-Bari, 1987.
- 9 J. Rawls riabilita il ruolo della ragione pratica nella ricerca delle risposte alle domande di giustificazione delle Istituzioni politiche e sociali. Cfr. I. KANT, *Fondazione della Metafisica dei costumi*, (trad. it.) Milano, 1994; I. KANT, *Per la pace perpetua*, (trad. it.) Milano, 1995.
- 10 In Europa continentale potrebbe essere definito come un “socialdemocratico” con una particolare preoccupazione per la libertà (cfr. prefazione all’edizione francese della *Teoria*), e in Italia, per meglio cogliere il senso della sua posizione politica, potremmo anche ricorrere all’espressione “liberal-socialista”. Cfr. S. MAFFETONE, *Ci ha insegnato*, 81.
- 11 Cfr. B. ACKERMAN, *La giustizia sociale nello Stato liberale*, (trad. it.) Bologna, 1984.
- 12 La vivacità e l’efficacia del pensiero di J. Rawls ha costantemente posto interrogativi a coloro che hanno scelto di confrontarsi con la teoria della giustizia, specie tra coloro che hanno tentato di sviluppare le intuizioni del filosofo statunitense per esplorare nuovi ambiti di ricerca. È un esempio la produzione scientifica di Martha C. Nussbaum, la quale ha argomentato la sua teoria sulle “capacità” proprio per estendere la portata teoretica degli scritti di J. Rawls in un’ottica di equità e di giustizia. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, (trad. it.) Bologna, 2007; M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna, 2001.

anche su ampi settori del cattolicesimo sociale americano. Questo interesse ci è dimostrato dal documento della Conferenza Episcopale Statunitense, “Giustizia economica per tutti. L’insegnamento della Chiesa e l’economia statunitense”¹³. La sua posizione politica, inoltre, quale emerge dal libro del 1971, fu apprezzata negli Stati Uniti in anni che seguivano alle marce per i diritti civili, al “*Black Liberation Movement*” e alla mobilitazione contro la guerra in Vietnam.

J. Rawls affronta uno dei nodi cruciali del Liberalismo politico, cioè far emergere i fondamenti della democrazia, riuscendo poi a elaborare una teoria capace di fornire i criteri normativi con i quali giudicare le scelte di un individuo e, successivamente, della società. In *Una teoria della giustizia*, e in numerose successive opere, l’autore tenta di definire una teoria della giustizia sociale, isolando i principi fondamentali che dovrebbero garantire una giusta organizzazione della società civile¹⁴.

Nel descrivere e commentare la principale opera del professore di Harvard, *Una teoria della giustizia*, A. Sen giunge a considerarla «di gran lunga la più influente – e [...] più importante– che sia stata presentata in questo secolo»¹⁵. Innegabilmente, se questa centralità è teoricamente e storiograficamente fondata, tutti gli scritti di J. Rawls sono collocabili o prima o dopo il 1971; quelli del primo gruppo confluiscono nella *Teoria*, quelli del secondo sono risposte ai critici, nonché successivi ampliamenti e rimanipolazioni.

Negli scritti del secondo periodo J. Rawls non cambia idea sulla *Teoria* della giustizia, quanto piuttosto ne sviluppa le tesi al mutare del tipo di problemi che intende affrontare¹⁶. Mi riferisco, in particolare ai due scritti “Liberalismo politico”¹⁷ e “Il Diritto dei popoli”¹⁸. Questa lettura è avvalorata dalla costante visione della libertà all’interno del Liberalismo rawlsiano.

1.2. *Una teoria della giustizia politica*

Il paradigma delle teorie della giustizia mira all’identificazione razionale o ragionevole dei criteri del giudizio politico riflessivo. La questione saliente per

13 Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE STATUNITENSE, *Giustizia economica per tutti. L’insegnamento della Chiesa e l’economia statunitense*, (trad. it.) Roma, 1987.

14 Cfr. P. MANGANARO, *La via nordamericana a giustizia e libertà*, in *Nuntium*, XV (2003), n. 19, 76; C. OCONE, *John Rawls e la sinistra liberale*, in *Le ragioni del Socialismo*, VII (2002), n. 69, 20-21.

15 A. SEN, *La diseguaglianza*, (trad. it.) Bologna, 1994, 109.

16 Cfr. S. MAFFETONE, *Ci ha insegnato*, 82.

17 Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, (trad. it.) Milano, 1994.

18 Cfr. J. RAWLS, *Il Diritto dei popoli*, (trad. it.) Milano, 2001.

tutte le teorie della giustizia è quella delle ragioni che sostengono la giustificazione di un certo assetto delle Istituzioni politiche. Una società giusta è vista come un luogo in cui le Istituzioni fondamentali siano capaci di raggiungere un grado di giustificazione ragionevolmente accettabile per tutti coloro che sono agenti nella *polis*. Una teoria della giustizia politica mira a fornirci tali criteri. L'accostamento che J. Rawls fa del sostantivo "giustizia" con l'aggettivo "politica" è voluto per indicare che la sua concezione della giustizia si presenta come una teoria autonoma¹⁹ rispetto a qualunque altro diretto ed esplicito fondamento di carattere religioso o filosofico; ovvero, alle dottrine comprensive²⁰. J. Rawls scrive in proposito che «uno dei caratteri distintivi di una concezione politica è proprio il suo essere presentata come concezione autonoma ed esposta a prescindere da un simile sfondo più generale, ovvero senza esservi riferita»²¹. Da questo punto di vista, il filosofo statunitense critica tutte quelle concezioni della giustizia che intendono il giusto, cioè la struttura fondamentale di una società bene ordinata, come un mezzo per realizzare il bene²². Il filosofo, da convinto liberale e pluralista, non crede che sia possibile ipotizzare una visione univoca del bene; quindi, in nome del pluralismo, ritiene che il giusto debba essere prioritario al buono. Per questo motivo, dignità e pluralismo, in quanto predicati della natura della persona umana, possono già essere considerati bene.

In questo senso, l'opera di J. Rawls è una proposta neo-contrattualista per un paradigma delle teorie della giustizia, in quanto i principi della giustizia sociale sono il risultato di una scelta collettiva e unanime, ovvero di un contratto sociale²³ in una specifica situazione di scelta²⁴. Allo stesso tempo, però, in quanto basata su un artificio espositivo qual è la posizione originaria

19 Cfr. M. CANGIOTTI, *Oltre Rawls: sul fondamento del "ragionevole"*, in *Hermeneutica*. Annuario di Filosofia e Teologia fondato da Italo Mancini, XXIV (2004), 261.

20 «Lo sforzo del filosofo di Harvard è volto all'elaborazione di una concezione della giustizia attraverso la formulazione di un principio distributivo razionalmente derivabile e definibile come moralmente equo». M. FERRARA - P. GASTALDO, *Leggere Rawls*, in *Biblioteca della libertà*, XIV (1977), n. 65/66, 8.

21 J. RAWLS, *Liberalismo*, 30.

22 Cfr. S. MAFFETTONE, *Ci ha insegnato*, 83.

23 «Il modello teorico contrattualista è quello più adeguato a raffigurare tale situazione, non già per suggerire come una società abbia origine, dato il carattere specifico della società politica che è quello di abbracciare normalmente un'intera vita: nella società non si entra per contratto; ci si trova già nati e non se ne può uscire, se non (in casi estremi) emigrando in un'altra società. Il modello del contratto si propone a società già istituite e si presta piuttosto a tener conto della pluralità di posizioni e di persone rappresentative, ciascuna caratterizzata da una sua concezione del bene. È inoltre un modello che invita a stabilire esplicitamente, come in un contratto, i termini essenziali sui quali le parti fondano la convivenza societaria». G.L. BRENA, *Ricordando John Rawls*, in *La Civiltà Cattolica*, 154 (2003-II), 3669, 248-249.

24 Cfr. S. VECA, *La Filosofia politica*, Roma-Bari, 1998, 49.

(argomento che verrà affrontato nelle prossime pagine), la teoria di J. Rawls può essere catalogata come una forma di Contrattualismo ideale. Così, tale Contrattualismo si discosta dai tentativi di Contrattualismo reale che «mirano a mostrare che i principi di giustizia possono essere l'esito di processi di contrattazione in cui le parti ricorrono alla razionalità strategica, propria della teoria dei giochi»²⁵. È importante sottolineare, pertanto, che la teoria del contratto di J. Rawls non è una teoria della contrattazione.

1.3. *Uno scritto lungo e complicato*

Una teoria della giustizia, come si preoccupa di prevenire lo stesso autore, è uno scritto lungo e complicato. Essa si compone di tre parti.

Nella prima, che in questo lavoro sarà oggetto di una più ampia trattazione, è presentata la teoria della giustizia come equità, illustrando le idee principali e i contrasti con l'Utilitarismo, iniziando a mostrare le principali linee guida della sua concezione. Sono quindi introdotti in modo intuitivo i due principi della teoria della giustizia come equità. Successivamente, l'autore fornisce una giustificazione analitica della sua scelta di principi di giustizia, ragionevolmente oggetto di un accordo fra persone poste in condizioni eque; e, per fare questo, ricorre alla riformulazione del contratto sociale²⁶.

Introducendo il discorso sul ruolo della giustizia, egli afferma: «la giustizia è il primo requisito delle Istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero»²⁷. Questa frase ci precisa che l'intento di J. Rawls, non è quello di cimentarsi in astratte considerazioni riguardo una giustificazione teoretica di un'interpretazione della verità, piuttosto che un'altra, quanto la necessità di esprimere una base condivisa di valori, tale da poter costituire una piattaforma ragionevolmente equa di convivenza sociale. Per tale ragione, la teoria della giustizia qui presentata ha senso e mantiene il proprio valore solo nella misura in cui la interpretiamo in veste politicamente rilevante. Essa offre criteri per il

25 *Ivi*, 63.

26 «Una pratica verrà ritenuta equa se, partecipandovi, nessuno ha la sensazione che gli altri approfittino di lui o è costretto ad accondiscendere a richieste che non reputa legittime. Questo implica che ognuno abbia un insieme di legittime istanze che presumibilmente gli altri, al pari di lui, possano ragionevolmente accettare. I due principi di giustizia riflettono effettivamente questo tipo di concezione». J. RAWLS, *Giustizia come equità*, (trad. it.) in *Biblioteca della libertà*, XIV (1977), n. 65/66, 38; cfr. A. BESUSSI, *La Filosofia politica come fede ragionevole*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1, 29-46.

27 J. RAWLS, *Una teoria*, 21; A. BESUSSI, *Giustizia e comunità. Saggio sulla Filosofia politica contemporanea*, Napoli, 1996, 3-17.

giudizio politico: ragioni e argomenti per valutare e giudicare le cose politiche alla luce di una concezione della giustizia sociale²⁸. La teoria della giustizia di J. Rawls non pretende di individuare la situazione più buona, ma quella che possa trovare una base di condivisione la più ampia possibile tra persone libere.

Ma è nel primo capitolo di *Una teoria della giustizia* che sono sinteticamente esposte le linee principali di tutta l'opera, e che di volta in volta troveranno più ampio spazio nel corso della trattazione: la posizione originaria intesa come situazione iniziale di uguaglianza, i principi di giustizia, le parti contraenti intese come persone libere e razionali attente al proprio interesse. Come afferma lo stesso J. Rawls,

«l'idea guida è quella che i principi di giustizia per la struttura fondamentale della società sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione. Questi principi devono regolare tutti gli accordi successivi; essi specificano i tipi di cooperazione sociale che possono essere messi in atto e le forme di governo che possono essere istituite. Chiamerò giustizia come equità questo modo di considerare i principi di giustizia»²⁹.

Nella seconda parte della sua opera J. Rawls specifica il modo in cui i principi possono definire e modellare l'assetto delle Istituzioni di base, siano esse politiche, sociali o economiche di una società giusta.

Nella terza parte di *Una teoria della giustizia* viene ipotizzata la forma di vita associata di agenti in una società giusta in cui si rinnova continuamente un senso condiviso di giustizia stabile e duratura³⁰.

2. IL RUOLO DELLA GIUSTIZIA

2.1. *Oltre l'Utilitarismo*

Il primo obiettivo che J. Rawls si pone è quello di creare un'alternativa al paradigma della teoria della giustizia fino a quel momento predominante nella

28 Cfr. S. VECA, *Introduzione*, in J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, (trad. it.) Milano, 2002, VII.

29 J. RAWLS, *Una teoria*, 27.

30 Cfr. *ivi*, 48-68.

Filosofia politica e morale di lingua inglese: l'Utilitarismo³¹. Questo sistema di ragionamento trova le sue radici nella Filosofia sociale del XVIII secolo, e in particolare nelle argomentazioni di J. Bentham³², di C. Beccaria³³ o di J.S. Mill, che è il primo a usare la parola Utilitarismo (*utilitarian*)³⁴.

Con le parole di S. Veca, possiamo descrivere questa teoria come

«l'idea secondo cui il criterio di valutazione morale deve essere sensibile alle conseguenze delle scelte o dei corsi di azione, e queste conseguenze devono essere valutate nei termini della utilità o disutilità che esse generano sui nostri prospetti di vita. La giustizia consiste allora nella massimizzazione dell'utilità collettiva, data una comune politica pertinente. Ingiustizia è spreco di "felicità pubblica"»³⁵.

La principale accusa che viene rivolta a questa teoria è quella di trascurare le differenze tra le persone, arrivando a giustificare il sacrificio dei legittimi diritti degli individui in nome della società. Occorre tener presente che, mentre J. Rawls orienta i suoi studi di ricerca alla creazione di una teoria politica, l'Utilitarismo ingloba e supera questa visuale, in quanto si presenta con forza in veste di dottrina morale comprensiva che ci prescrive come rispondere nel

-
- 31 Per un resoconto dello sviluppo storico della teoria utilitarista: cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 36, nota n. 9; N. ABBAGNANO, Voce: *Utilitarismo*, in N. ABBAGNANO (cur.), *Dizionario filosofico*, 1137-1138; G. PONTARA, Voce: *Utilitarismo*, in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (cur.), *Il dizionario di Politica*, 1018-1028; W. KYMLICKA, *Introduzione alla Filosofia politica contemporanea*, (trad. it.) Milano, 1996, 19-62; B. BARRY, *Teorie della giustizia*, (trad. it.) Milano, 1996, 136-140.
- 32 Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morale and Legislation*, London, 1982. – Il diretto avversario di J. Rawls è il filosofo utilitarista H. Sidgwick, il quale aveva attualizzato la teoria di J. Bentham e J.S. Mill, volendo sostenere che nell'obbligatorietà di prendere decisioni, è moralmente preferibile optare per il maggior bene della società, piuttosto che per il minor bene individuale. Per J. Rawls tale ragionamento è ingiustificato perché comporta che il singolo si sacrifichi per il tutto. Nondimeno, l'Utilitarismo è alla pericolosa mercé di influenze relativiste, in quanto esso va incontro a difficoltà teoriche nel definire in che cosa consistono la felicità e il bene per tutti. Per quanto riguarda J. Rawls, invece, «[...] il rifiuto dell'integralismo non comporta però l'accettazione del relativismo o dello scetticismo, come spesso è avvenuto nella tradizione liberale. Al relativismo si perviene quando si assume una concezione soggettivistica del bene; e se il bene è questione di desideri o di mere opinioni personali, è chiaro che su di esso non può svilupparsi alcuna forma di confronto critico e di discussione». A. DA RE, *Il bene e il giusto, una panoramica delle attuali proposte etico-politiche*, in R.A. GAHL JR., *Etica e Politica nella società del Duemila*, Roma, 1998, 57.
- 33 Il piacere come movente della scelta individuale fa sì che fine di ogni attività diventa «la massima felicità divisa nel maggior numero possibile di persone». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § 3.
- 34 Cfr. J.S. MILL, *On liberty*, London, 1869, cap. II; S. PETRUCCIANI, *Modelli di Filosofia politica*, Torino, 2003, 142-149; R. DWORKIN - S. MAFFETTONE, *I fondamenti del Liberalismo*, Roma-Bari, 1996, 176-171.
- 35 S. VECA, *La Filosofia*, 38.

modo giusto a ciò che ha per noi valore. La prima è una teoria teleologica, al contrario, la giustizia come equità sorregge una teoria deontologica a carattere distributivo³⁶; pertanto, l'Utilitarismo definisce il bene indipendentemente dal giusto e interpreta il giusto come massimizzazione del bene in senso allocativo³⁷. Di contro, i due concetti a fondamento dell'Etica entro i quali si muove J. Rawls, sono quelli di giusto e di bene insieme; e da questi, il filosofo fa derivare il concetto di persona moralmente degna. Pertanto, la struttura di una teoria etica è determinata in maniera rilevante dal modo in cui essa definisce e mette in relazione queste due nozioni fondamentali³⁸.

L'argomentazione proposta dal professore di Harvard si pone come scopo di permettere che sacrifici imposti a pochi vengano controbilanciati da una maggiore quantità di vantaggi goduti da molti³⁹. L'Utilitarismo, trascurando il problema dell'eguaglianza nella distribuzione dei diritti e dei doveri, si interessa solo al maggiore benessere del tutto, sacrificando coloro che detengono la posizione meno avvantaggiata. Secondo J. Rawls le ineguaglianze sono giuste solo se producono benefici compensativi per ciascuno, e in particolare per i membri meno avvantaggiati della società; e per questo afferma che «il fatto che alcuni abbiano meno affinché altri prosperino può essere utile, ma non è giusto»⁴⁰: in una società devono essere dati per scontati uguali libertà di cittadinanza. Così,

«i diritti garantiti dalla giustizia non possono essere oggetto né della contrattazione politica, né del calcolo degli interessi sociali. E, poiché la verità e la giustizia sono le virtù principali delle attività umane, esse non possono essere soggette a compromessi»⁴¹.

36 Cfr. J. RAWLS, *Giustizia distributiva*, (trad. it.) in *Biblioteca della libertà*, XIV (1977), n. 65/66, 45-80.

37 Cfr. S. VECA, *La prospettiva contrattualista in John Rawls*, in AA.VV., *Ricerche politiche*, Milano, 1992, 23-25, 26-29, 136-140.

38 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 37. «Ora, sembra che il modo più semplice di far ciò sia quello delle teorie teleologiche; il bene è definito indipendentemente dal giusto, e il giusto è successivamente definito come ciò che massimizza il bene. Più precisamente sono giusti quegli atti e Istituzioni che in un insieme di alternative disponibili ottengono il maggior bene, o che almeno ne ottengono tanto quanto qualunque altro atto o Istituzione che sia dato come possibilità reale. Le teorie teleologiche hanno un profondo fascino intuitivo, poiché sembrano incorporare l'idea di razionalità. È normale pensare che la razionalità è la massimizzazione di qualcosa, e che in morale essa deve essere la massimizzazione del bene. Si può essere indotti quindi a supporre come un'ovvietà che tutto porti verso il maggior bene possibile». *Ivi*, 37-38.

39 Cfr. S. MAFFETTONI, *Introduzione a Rawls*, Bologna, 2010, 25-27.

40 J. RAWLS, *Una teoria*, 30.

41 *Ivi*, 22.

L'idea principale che è alla base dell'Utilitarismo è che una società può dirsi ordinata, e quindi giusta, nella misura in cui le sue Istituzioni maggiori sono in grado di raggiungere il più alto livello di utilità possibile sommando quella di tutti i suoi membri. Per J. Rawls

«il metodo più naturale per giungere all'Utilitarismo è quello di adottare per la società nel suo complesso il principio della scelta razionale per un solo uomo. Una volta riconosciuto ciò, è facile capire la posizione dell'osservatore imparziale. [...] [Esso], dotato di ideali poteri di simpatia e di immaginazione, è l'individuo perfettamente razionale che si identifica con i desideri degli altri come se fossero i suoi. In questo modo egli determina l'intensità di questi desideri e assegna loro il peso appropriato in un unico sistema di desiderio il cui soddisfacimento il legislatore ideale cerca poi di massimizzare adattando le norme del sistema sociale. Questa concezione della società considera gli individui separati come tante linee diverse lungo le quali devono essere assegnati diritti e doveri e allocati mezzi scarsi di soddisfazione in accordo con le norme per ottenere appagamento massimo da bisogni»⁴².

Se ne può concludere che «l'Utilitarismo non prende sul serio la distinzione tra persone»⁴³.

La posizione neocontrattualista sostenuta da J. Rawls afferma, di contro, che in una società che possa ambire al titolo di "giusta" devono essere chiare, garantite e promosse "eguali libertà di cittadinanza"; e il poterne godere pienamente è un diritto che non accetta deroghe e compromessi, in quanto che «i diritti garantiti dalla giustizia non sono soggetti né alla contrattazione politica, né al calcolo degli interessi sociali»⁴⁴. Lo stesso perseguimento dei proprio interesse e dei propri ideali sono vincolati a tale ipotesi di giustizia. La sola eccezione ammessa riguarda quei casi in cui danneggiare la libertà evita un'ingiustizia ancora più ingiusta e dolorosa. In una società così descritta, inoltre, i principi della scelta razionale, come per i principi di giustizia, sono essi stessi oggetto di un accordo originario, in quanto «non c'è alcun motivo di supporre che i principi che dovrebbero regolare un'associazione di uomini siano semplicemente un'estensione del principio di scelta per un solo uomo»⁴⁵.

42 *Ivi*, 39-40.

43 *Ivi*, 40.

44 *Ibidem*.

45 *Ivi*, 41.

2.2. Oltre l'Intuizionismo

In *Una teoria della giustizia* J. Rawls affronta anche il tema dell'Intuizionismo. Per l'autore alcune delle nostre intuizioni morali sono contrarie all'Utilitarismo, però, esse spesso sono un aggregato di idee e principi poco strutturati e con poca coerenza interna. Per questo motivo, il professore di Harvard avverte la necessità di fornire una contro teoria forte all'Utilitarismo, data l'incapacità dell'intuizionismo di elaborare una teoria morale praticabile e sistematica.

La teoria intuizionista, infatti, si caratterizza nell'affermare l'esistenza di una «famiglia irriducibile di principi primi che vanno valutati l'uno rispetto all'altro chiedendosi, secondo un giudizio ponderato, quale equilibrio sia più appropriato»⁴⁶. Allo stesso tempo, però, non viene proposto un metodo esplicito che possa garantire criteri costruttivi capaci di ordinare tutti i singoli principi. La teoria intuizionista, infatti, accetta solo di mettere in equilibrio tali principi, e questo secondo un metodo intuitivo che si basa semplicemente su ciò che ci sembra approssimativamente più giusto. Diventa allora rischioso affidarsi alla teoria intuizionista, che applicata a una realtà plurale e complessa non è in grado di garantire che i principi primi non entrino in conflitto, con l'esito di ottenere risultati di volta in volta contrastanti⁴⁷.

La giustizia come equità cerca di limitare il ruolo dell'intuizione, ponendosi l'obiettivo di formulare «una concezione della giustizia che, per quanto dipendente dall'intuizione etica o prudenziale, tende a far convergere i nostri giudizi ponderati di giustizia»⁴⁸. Questo è possibile perché, come vedremo, essa fa appello al criterio della posizione originaria e procede per fasi ordinate reciprocamente propedeutiche l'una all'altra. Il primo criterio sottolinea la responsabilità che grava sugli individui che si trovano nella posizione originaria, i quali hanno il compito di individuare i principi che determineranno i fatti morali; il secondo, facendo appello a un ordinamento seriale dei principi

46 *Ivi*, 45; cfr. *ivi*, 45-54; W. KYMLICKA, *Introduzione*, 64-65; B. BARRY, *Teorie*, 288-292.

47 Secondo R. Wolfe, questa approssimazione intuitiva per identificare la soluzione più giusta fa dell'intuizionismo la mera espressione di una convinzione, una confessione del fallimento della ragion pratica. La teoria di J. Rawls –argomenta R. Wolfe– ha un'anima, il sentimento della giustizia, che è molto vicina alle proposte dell'intuizionismo per quanto riguarda l'indipendenza e la priorità del giusto rispetto al bene, oltre che per il riconoscimento della dignità e dell'invulnerabilità della personalità morale di ciascuno. Di contro, invece, essa sviluppa un corpo, una metodologia, che risente del rigore e della sistematicità degli autori utilitaristi. Cfr. R. WOLFE, *Understanding Rawls. A reconstruction and critique of "A theory of justice"*, Princeton, 1977, 12-13.

48 J. RAWLS, *Una teoria*, 53.

di giustizia, offre una soluzione, per quanto approssimativa, al problema della priorità dei principi di giustizia.

2.3. *Il giusto al posto del bene*

Allo stesso tempo, J. Rawls è cosciente che in una società intesa come associazione autosufficiente di persone in reciproca relazione, si viene a creare una frattura fra la volontà di consolidare la cooperazione sociale, per ricercare una vita migliore di quella che ciascuno vivrebbe singolarmente, e la differente distribuzione dei benefici frutto della reciproca cooperazione.

Per saldare questa frattura sarà necessario definire un insieme di principi come base di accordo per un'equa distribuzione di benefici e oneri che provengono dalla cooperazione sociale: i "principi della giustizia sociale". Perché questo passaggio possa riuscire occorre che tali principi possano valere per tutti gli uomini –quasi a diventare "vincoli di giustizia"–, e questo, riallacciandosi alla tradizione kantiana, è possibile considerandoli come esseri razionali interessati a cooperare tra loro⁴⁹. Per J. Rawls è indispensabile stabilire in via preliminare una «pubblica concezione di giustizia» tesa a un'equa distribuzione dei beni essenziali, e che formi «lo statuto fondamentale di un'associazione umana bene ordinata»⁵⁰. Così, si potrà parlare di società bene-ordinata⁵¹ quando essa è in grado di promuovere il benessere di ciascun membro, ma anche organizzata in base a una concezione pubblica della giustizia. Come spiega J. Rawls, infatti,

«Leggi e Istituzioni, non importa quanto efficienti e ben congegnate, devono essere riformate o abolite se sono ingiuste. Ogni persona possiede un'inviolabilità

49 A questo proposito S. Maffettone sostiene che la priorità del giusto, però, è in grado di trasformare le persone da razionali in ragionevoli, «cioè consapevoli dell'esistenza degli altri e delle loro legittime pretese diverse dalle nostre in un regime complessivo di reciprocità. In questo modo, una teoria "sottile" (*thin*) del bene viene gradatamente sostituita da una teoria completa, ed essere giusti diviene razionale per persone ragionevoli. Seguendo questo percorso, per persone dotate di "senso di giustizia" bene e giusto diventano infine coerenti». S. MAFFETTONE, *Ci ha insegnato*, 83. I problemi della congruenza tra bene e giustizia sono trattati nella parte III della Teoria.

50 J. RAWLS, *Una teoria*, 22-23.

51 «Noi consideriamo una società bene ordinata uno schema di cooperazione per il reciproco vantaggio, regolato dai principi che gli individui sceglierebbero in una situazione iniziale di scelta equa». Gli utilitaristi ritengono bene ordinata una società quando in essa si dia «un'efficiente amministrazione delle risorse [...] con lo scopo di massimizzare la soddisfazione del sistema di desiderio costruito dall'osservatore imparziale a partire da più sistemi individuali di desideri assunti come dati». *Ivi*, 44.

fondata sulla giustizia su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere. Per questa ragione la giustizia nega che la perdita della libertà per qualcuno possa essere giustificata da maggiori benefici goduti da altri»⁵².

Si comprende, così, la ragione per cui J. Rawls insista nell'affermare che l'idea più importante per lo sviluppo della società non sia quella di "bene", ma quella di "giusto"⁵³.

2.4. *Il concetto di giustizia*

In questa società vige il tacito accordo che impegna ognuno ad accettare i medesimi principi di giustizia, sapendo che altrettanto farà ogni singolo associato. Inoltre, le Istituzioni fondamentali della società, ovvero quelle i cui effetti toccano tutti gli ambiti di vita delle persone, soddisfano tali principi⁵⁴. L'oggetto di *Una teoria della giustizia* coincide con l'assetto delle Istituzioni fondamentali di una società. Ancora, seguendo tale schema, ogni richiesta personale è sottoposta alla reciproca vigilanza nel quadro di un condiviso senso di giustizia tra individui che perseguono scopi e finalità diverse: il personale desiderio di giustizia trova il proprio appagamento nell'incontro delle aspettative degli altri. In questo senso, la *Teoria* del filosofo statunitense può essere anche definita, seppure in fase embrionale, e quindi limitata e non sviluppata, come teoria della giustizia relazionale.

Data questa spiegazione teorica, resta terribilmente complicato giustificare razionalmente le regole di giustizia da far valere all'interno delle moderne democrazie, ovvero, individuare una società che possa dirsi ben-ordinata in virtù delle caratteristiche sopra esposte.

Il primo passo da compiere è stabilire se esista, oltre i personali disaccordi, una base condivisa di ragionamento capace di stimolare nell'ambito del concetto di giustizia la necessaria ricerca di principi, che assegnino diritti e doveri fondamentali; e che, inoltre, abbia la forza di stabilire la corretta ripartizione dei benefici e degli oneri della cooperazione sociale. Procedendo su questa via, va eseguita un'operazione di astrazione del concetto di giustizia dalle differenti concezioni della giustizia, e tale percorso attraverso un metodo epurativo dei punti di frazione.

52 *Ivi*, 21.

53 Cfr. S. MAFFETONE, *Le ragioni degli altri*, Milano, 1992, 58-77; M. J. SANDEL, *La giustizia e il bene*, in A. FERRARA (cur.), *Comunitarismo e Liberalismo*, Roma, 2000, 42-45.

54 Si pensi, a esempio, a una determinata distribuzione di diritti civili, politici o sociali.

A questo punto della sua argomentazione, J. Rawls introduce i concetti di *distribuzione arbitraria* e di *equilibrio appropriato*, entrambi facenti parte del concetto di giustizia. Coloro che sostengono diverse concezioni della giustizia possono trovare un accordo sul fatto che le Istituzioni sono giuste quando non viene introdotta alcuna distinzione arbitraria tra le persone nell'assegnazione di diritti e doveri fondamentali; e quando, inoltre, le norme determinano un appropriato equilibrio tra le contrastanti pretese riguardo ai vantaggi della vita sociale⁵⁵. Tale intuizione, afferma J. Rawls, «lascia spazio per ciascuno a un'interpretazione in accordo con i principi di giustizia da lui accettati»⁵⁶. Diventa allora chiara la distinzione fra un concetto di giustizia⁵⁷ e più concezioni della stessa.

«Assumiamo che ogni persona di una certa età, in possesso delle necessarie facoltà mentali, sviluppa nelle normali condizioni sociali un suo senso di giustizia. Noi acquisiamo la capacità di giudicare il giusto e l'ingiusto e di motivare i nostri giudizi. Oltre a questo, desideriamo usualmente agire in accordo con quanto sosteniamo e ci aspettiamo che gli altri lo desiderino egualmente. È evidente che questa capacità morale è estremamente complessa. Per rendersi conto di ciò è sufficiente notare il fatto che ognuno di noi è in grado di formulare un numero e una varietà di giudizi potenzialmente infiniti. Il fatto che spesso non sappiamo cosa dire, o che alcune volte siamo incerti, non intacca minimamente la complessità della capacità da noi posseduta»⁵⁸.

Relativamente a una teoria della giustizia, potrebbe sembrare facile pensare che essa sia in grado di decifrare e descrivere appieno il nostro senso di giustizia. Questa operazione nasconde molte difficoltà in quanto, perché si possa parlare di senso di giustizia, non è sufficiente semplicemente elencare quell'«insieme di giudizi che siamo pronti a formulare su Istituzioni e azioni»⁵⁹. È indispensabile

55 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 23.

56 *Ibidem*. In questa proposizione troviamo un'eco di stampo procedurale alle domande di giustizia sollevate da T. Nagel su quale fattore rende una situazione giusta o sbagliata (cfr. T. NAGEL, *Una brevissima introduzione alla Filosofia*, [trad. it.] Cles [TN], 2002). Questi interrogativi, che potremmo definire filosofici in quanto non aspirano a una risposta storicamente definita e conclusiva, sono quei particolari problemi «generati dalla tensione o dalla collisione fra le pretese di un punto di vista impersonale e oggettivo, esterno, che noi possiamo adottare su noi e sul mondo e quelle di un punto di vista personale e soggettivo, interno, che noi (sempre noi) possiamo al tempo stesso adottare su noi e sul mondo». S. VECA, *Prefazione*, in T. NAGEL, *Una brevissima introduzione*, IX.

57 Tale concetto di giustizia è espresso dall'idea di uno o più principi di giustificazione dei legami di cooperazione sociale che ci consentono di riconoscere una società bene ordinata stabile nel tempo.

58 J. RAWLS, *Una teoria*, 54.

59 *Ivi*, 55.

andare oltre questa condizione di giudizio determinante, per essere in grado di costituire un insieme di principi che, «uniti alle nostre credenze e alla conoscenza delle circostanze»⁶⁰, ci portino a formulare e argomentare questi giudizi. La forza che può esprimere una teoria della giustizia si misura con il grado dell'accordo tra i suoi principi e i giudizi quotidiani di ciascuno.

Introdurre, allora, il concetto di giudizio ponderato, cioè formulato in condizioni favorevoli per giudicare, aiuta a discernere su quali siano i personali giudizi più idonei perché le nostre capacità morali esprimano un giudizio il meno distorto possibile⁶¹.

2.5. *L'equilibrio riflessivo*

Parlando di equilibrio riflessivo, J. Rawls si affretta a correggere una semplicistica interpretazione che indicherebbe una perfetta armonia tra i principi che sarebbero scelti nella posizione originaria e i nostri giudizi ponderati, in modo tale da esprimere il nostro senso di giustizia. Anche in circostanze favorevoli, infatti, possono verificarsi distorsioni e anomalie.

In questo senso,

«la giustizia come equità può essere intesa come una teoria che afferma che i due principi menzionati precedentemente verrebbero scelti, nella posizione originaria, in alternativa ad altre concezioni tradizionali della giustizia, a esempio quelle basate sulla utilità e sulla perfezione; e che questi principi corrispondono ai nostri giudizi ponderati meglio di quanto non facciano le concezioni alternative»⁶².

Naturalmente, quanto fin'ora affermato va inquadrato nella teoria generale della Filosofia morale, che usa per le proprie argomentazioni ipotesi contingenti e fatti generali. Grazie a queste due caratteristiche J. Rawls è libero di rappresentare i giudizi ponderati in equilibrio riflessivo, e con questi controllare i principi di giustizia. La procedura che J. Rawls ipotizza fonda sul criterio della

60 *Ibidem.*

61 «Quando decidiamo di quali dei nostri giudizi dobbiamo tener conto, possiamo ragionevolmente accettarne alcuni ed escluderne altri. Possiamo, ad esempio, scartare quei giudizi che sono stati dati in modo esitante, o quelli in cui abbiamo scarsa fiducia. Allo stesso modo, possono essere lasciati da parte quelli formulati quando si è agitati o spaventati, o quando ci si aspetta un vantaggio personale. Tutti questi giudizi possono risultare facilmente sbagliati o influenzati da un'eccessiva preoccupazione per i nostri interessi». *Ivi*, 55-56.

62 *Ivi*, 57.

concordia discordantium dei principi per arrivare a un equilibrio con le nostre convinzioni di giustizia. Partendo da condizioni largamente condivise e deboli, ma adeguatamente forti da generare un insieme significativo di principi, si cerca di comporre un accordo. Se tale intesa venisse a mancare, sarebbe necessario modificare la descrizione della situazione iniziale o, alternativamente, essere disponibili a rivedere i nostri giudizi presenti. Con una ragionevole buona volontà –è questa la convinzione dell'autore– sarà possibile dar vita a una situazione iniziale capace sia di esprimere condizioni eque, sia di accordare avversi punti di giudizio eventualmente emendati. Ci sarà un equilibrio perché i personali principi saranno coincidenti con i giudizi; questo equilibrio sarà riflessivo, perché potremo risalire ai principi che conformano i nostri giudizi. È questo il punto di arrivo per la individuazione della posizione originaria di uguaglianza, la quale è, però, di natura puramente ipotetica. Va comunque ribadito che per J. Rawls, un elementare grado di accordo sulle concezioni della giustizia non può essere l'unico presupposto per una comunità umana accettabile.

Concludendo questo ragionamento, il filosofo statunitense sente l'esigenza di ribadire ancora una volta, come già all'inizio di *Una teoria della giustizia*, la sua estraneità a qualunque interpretazione veritativa dei principi di giustizia. A tal proposito, egli afferma:

«non pretendo affatto che i principi di giustizia proposti siano verità necessarie né che siano derivabili da verità di questo tipo. Una concezione della giustizia non può essere dedotta da premesse o condizioni su principi evidenti; la sua giustificazione è, al contrario, una questione di reciproco sostegno tra più considerazioni, di aggiustamento globale in un punto di vista coerente»⁶³.

La via che indica J. Rawls nella sua *Teoria* è quella della ricerca di un insieme di condizioni sui principi che possano essere riconosciuti ragionevoli, esprimendo gli effettivi limiti della cooperazione sociale in termini equi per il vantaggio reciproco⁶⁴.

2.6. *L'oggetto della giustizia*

Ogni persona ha in sé la naturale esigenza di formulare giudizi, ovvero la capacità di definire giusti o ingiusti, per il sé intimo o per il sé sociale, deter-

63 *Ivi*, 35.

64 M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere*, 76-77.

minate circostanze, scelte, valori o Istituzioni. Il metro di riferimento di tali scelte decisionali è il paradigma della giustizia.

J. Rawls sceglie di delimitare il campo della sua indagine alla sola giustizia sociale, in quanto, nella sua *Teoria*, il professore di Harvard evidenzia come

«oggetto principale della giustizia è la struttura fondamentale della società, o più esattamente il modo in cui le maggiori Istituzioni sociali distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale»⁶⁵.

Queste sono intese come la costituzione politica e i principali assetti economici e sociali. Ne sono un esempio la tutela giuridica della libertà di pensiero e di coscienza, il mercato concorrenziale, la proprietà privata dei mezzi di produzione, la famiglia monogamica.

Premettendo il rispetto di questi o altri principi, sempre largamente condivisi, ognuno si troverebbe nella condizione di scegliere liberamente ciò che vuole in relazione alla propria concezione comprensiva di giustizia. Da una

65 J. RAWLS, *Una teoria*, 24. La premessa epistemologica a tutta la teoria di J. Rawls è che «la giustizia è il primo requisito delle Istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero» (J. RAWLS, *Una teoria*, 21), intendendo la giustizia non principalmente una virtù intersoggettiva che regola relazioni bilaterali, ma quelle di tipo istituzionale. «Questa prima asserzione sembra essere maggiormente in accordo con la concezione platonica della giustizia piuttosto che con quella di Aristotele. La giustizia è la virtù del tutto (cfr. PLATONE, *Repubblica*, V), mentre nell'*Etica Nicomachea*, al libro V, Aristotele ritiene la giustizia distributiva come una giustizia particolare o parziale in rapporto alla giustizia in generale, che non è altro se non l'obbedienza alle Leggi della città. Perché parziale o particolare? Innanzitutto perché legata a una situazione specifica, quella della distribuzione o ripartizione di beni, di onori e di vantaggi. Inoltre, l'uguaglianza propria della giustizia non è l'uguaglianza aritmetica ma quella proporzionale, vale a dire l'uguaglianza di rapporti: di persone e di cose. Il rapporto di una persona con una cosa deve essere uguale al rapporto dell'altra persona con l'altra cosa. Allora, nella misura in cui Platone appare più olistica di Aristotele, Rawls sembra continuare Platone piuttosto che Aristotele. Ma, la nostra seconda annotazione cotegge questa conclusione: la concezione rawlsiana della giustizia è, a un tempo, olistica e distributiva». P. RICOEUR, *È possibile una teoria semplicemente procedurale della giustizia?*, in P. RICOEUR, *Il giusto*, Cantalupa (TO), 2005, 91. Quando J. Rawls afferma che «l'oggetto principale della giustizia è la struttura fondamentale della società, o più esattamente il modo in cui le maggiori Istituzioni sociali distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale» (J. RAWLS, *Una teoria*, 24), nel suo pensiero è già delineato il dualismo descritto da P. Ricoeur. La società è un'impresa cooperativa per il reciproco vantaggio, un sistema di interrelazioni fra individui operanti all'interno di un processo di distribuzione: queste due caratteristiche fanno sì che le scelte razionali siano assunte sotto la forza di un criterio distributivo. «Ciò spiega anche in qual senso la giustizia in quanto giustizia distributiva possa avere come oggetto primario la struttura fondamentale della società» (P. RICOEUR, *È possibile*, 92), che è essa stessa un fenomeno distributivo. Cfr. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo, Utilitarismo, garanzie*, Torino, 1984, 87-97 (con ampia bibliografia, 243-270).

loro cattiva gestione derivano le ineguaglianze sociali che determinano condizioni di partenza diseguali⁶⁶.

È empiricamente riscontrabile, osservando la realtà sociale, quanta responsabilità abbiano le Istituzioni maggiori nel definire i diritti e i doveri degli uomini, nonché le loro concrete speranze di riuscita. Per tale ragione la struttura fondamentale occupa una posizione così centrale nella *Teoria* di J. Rawls, in quanto i suoi effetti sono molto profondi ed evidenti fin dall'inizio dello sviluppo umano e sociale.

In tal modo, le Istituzioni della società si sviluppano attraverso un meccanismo che privilegia determinate situazioni di partenza, escludendone altre. Tali scelte caratterizzano un'Istituzione giusta o ingiusta, quando questa è costituita e imparzialmente amministrata.

«L'esistenza di un'Istituzione in un certo tempo e luogo è data dal fatto che le azioni che essa definisce vengono normalmente compiute sulla base di una comprensione pubblica del fatto che il sistema di regole che definisce l'Istituzione deve essere eseguito»⁶⁷.

È quanto accade anche nei sistemi parlamentari, dove, nel comune e reciproco riconoscimento, determinate persone compiono determinate azioni giustificate entro un quadro di regole condivise⁶⁸.

A garanzia di questo equilibrio vi è la regola della pubblicità, intesa come mutua conoscenza dei comportamenti ammissibili e delle proibizioni inderogabili.

Tutti gli elementi fin'ora elencati compongono il quadro di una società bene ordinata, cioè regolata da una concezione condivisa della giustizia, affiancata da un'intesa pubblica riguardante ciò che è giusto e ciò che non lo è⁶⁹.

66 Cfr. S. VECA, *La Filosofia*, 3-13.

67 J. RAWLS, *Una teoria*, 62.

68 Cfr. H. HART, *Il concetto di Diritto*, Torino, 1965, 59 ss, 106 ss, 109-114.

69 Volendo confrontare una singola regola o un'Istituzione e la struttura fondamentale del sistema sociale complessivamente inteso, potranno darsi casi –sostiene J. Rawls– in cui alcune regole possano essere ingiuste, senza con questo che lo sia anche l'Istituzione; o che lo sia un'Istituzione nei riguardi di un sistema sociale. Tale elasticità di giudizio è semplicemente dovuta in base al contesto più o meno ristretto entro il quale si ragiona. Allo stesso modo, può darsi il caso di una struttura fondamentale con regole che soddisfano una determinata concezione della giustizia, le quali vengono fatte rispettare coerentemente e imparzialmente. Tale assetto può essere definito di “giustizia formale”. «Può accadere che noi non accettiamo i suoi principi, o che li troviamo addirittura ingiusti e detestabili. Ma essi sono egualmente principi di giustizia, per il fatto che in questo sistema assumono il ruolo della giustizia: essi forniscono un'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e determinano la suddivisione dei vantaggi della cooperazione sociale. Immaginiamo ancora che questa concezione della giustizia sia ge-

Le ineguaglianze sociali, oltre a essere largamente diffuse, influenzano anche le opportunità iniziali, le aspettative che gli uomini ripongono nella vita. Dal momento che nelle ineguaglianze di base si radica tutta la società, proprio a queste vanno applicati i principi della giustizia sociale: principi che in concreto andranno a regolare la scelta di una costituzione politica e dei principali elementi del sistema economico e sociale.

2.7. I limiti di “Una teoria della giustizia”

Per il momento, J. Rawls si sofferma cercando una formulazione ragionevole della concezione di giustizia, la quale può essere applicata alla struttura fondamentale della società e, quest’ultima, considerata come un sistema chiuso e isolato dalle altre società. Questo è il primo limite pratico che l’autore di *Una teoria della giustizia*, sceglie di rilevare. Il secondo limite interessa la volontà di considerare unicamente i principi di giustizia che regolerebbero una società bene-ordinata. Su tale presupposto, ciascun agente viene considerato attivamente impegnato in un agire corretto e teso a sostenere le Istituzioni giuste. Questo comportamento, che si rifà a un ideale sociale, ispira una concezione della giustizia sociale quale «standard rispetto al quale vengono valutati gli aspetti distributivi della struttura fondamentale della società»⁷⁰.

A queste proposizioni si affiancano le varie concezioni della giustizia, come frutto di differenti nozioni di società, «sullo sfondo di visioni contrastanti riguardo alle necessità naturali e alle opportunità della vita umana»⁷¹. Ma per comprendere a fondo una concezione della giustizia va esplicitata l’idea di “cooperazione sociale” da cui essa deriva. Nel procedere secondo

neralmente accettata dalla società e che le Istituzioni siano amministrate in modo coerente e imparziale da Giudici e altri Funzionari. Ciò significa che i casi simili vengono trattati in modo simile, dato che le differenze e le similarità rilevanti sono identificate dalle norme esistenti. La regola corretta definita dalle Istituzioni è normalmente rispettata e interpretata dalle autorità in modo adeguato» (J. RAWLS, *Una teoria*, 64). È questo un esempio di conflitto riconducibile al concetto di mobili frontiere su cui si incontrano assetti istituzionali diversi su questioni di giustizia sostantiva. J. Rawls risolve queste divergenze con il concetto di “giustizia formale”, affermando, tuttavia, che la sua effettività, nonché l’obbedienza al sistema «dipende in modo evidente dalla giustizia sostanziale e dalle possibilità di una loro riforma», in quanto «Istituzioni gravemente ingiuste non sono mai, o quasi mai, amministrate in maniera coerente e imparziale». J. RAWLS, *Una teoria*, 65; cfr. L. FULLER, *The morality of Law*, New Haven, 1964, cap. 4; P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 116-124; E. GALEOTTI, *Questioni di giustizia e questioni di tolleranza*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1, 64-78.

70 J. RAWLS, *Una teoria*, 26.

71 *Ibidem*.

tale programma, non bisogna perdere di vista il ruolo svolto dai principi di giustizia e gli oggetti particolari a cui si applicano.

Se ne deduce un concetto di giustizia nel senso di un equilibrio appropriato tra pretese contrastanti. J. Rawls ritiene che un concetto di giustizia venga definito dal ruolo che i suoi principi hanno nell'assegnazione di diritti e doveri e «nel definire la appropriata ripartizione dei benefici sociali. Una concezione della giustizia è un'interpretazione di questo ruolo»⁷².

3. L'IDEA PRINCIPALE DELLA TEORIA DELLA GIUSTIZIA

3.1. *L'oggetto dell'accordo: La posizione originaria*

J. Rawls ha l'ambizione di proporre una concezione della giustizia che generalizza e porta a un più alto livello teorico la teoria del contratto sociale. I classici di questa dottrina non miravano a realizzare un accordo sui principi giuridici materiali, come a esempio il principio della giustizia sociale. Essi (H. Grozio, T. Hobbes, J. Locke, J.J. Rousseau, I. Kant, L. Feuerbach)⁷³ si riferiscono a una fondazione dello Stato realizzata attraverso l'unione degli individui, tanto da fornire una vera e propria legittimazione al potere dello Stato. L'idea che fonda questa teoria vede le volontà dei singoli raccolte nel contratto, in modo tale che ciascuno, obbedendo alla volontà dell'autorità, non fa altro che esercitare la propria libertà di scelta (*volenti non fit iniuria*).

Il rischio di questa formulazione del contratto è quello di giustificare le norme solo in presenza di un volere unanime. Inoltre, prendendo le mosse dalla realtà quale in effetti si manifesta, il Contrattualismo tradizionale si scontra con un sistema normativo che si trasforma continuamente; mentre occorrereb-

72 *Ivi*, 27. A detta di J. Rawls, questo approccio al problema è in armonia con la tradizione, e in particolare con le tesi che Aristotele espone nella sua *Etica a Nicomaco* (1129b-1130b5). Infatti, «il senso specifico che Aristotele dà alla giustizia, e da cui derivano buona parte delle formulazioni più note, è quello di astenersi dalla *pleonexia*, cioè dall'ottenere per se alcuni vantaggi appropriandosi di ciò che appartiene a un altro: i suoi beni, le sue ricompense, le sue cariche e simili; o di negare a una persona ciò che le è dovuto, come il mantenimento di una promessa, il pagamento di un debito, il tributo di un giusto rispetto e così via». Questa definizione si applica alle azioni, e le persone sono considerate giuste nella misura in cui possiedono il desiderio di agire con giustizia. Se tale definizione presuppone «una precisazione di ciò che appartiene a una persona e di ciò che le è dovuto», per J. Rawls, queste attribuzioni di titoli sono spesso originate dalle Istituzioni sociali e dalle legittime aspettative che queste determinano. Cfr. *Ibidem*.

73 Riguardo le dottrine filosofiche di H. Grozio, T. Hobbes, J. Locke, J.J. Rousseau e I. Kant, cfr. S. PETRUCCIANI, *Modelli*, 79-88, 91-102, 102-113, 113-123; E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova, 1983, 107-111.

be pensare quell'accordo come un fondamento duraturo. Diventa allora problematico stabilire quanto a lungo e sotto quale forma possa durare l'effetto di quell'atto originario che è il contratto sociale.

La questione epistemologica e dottrinale alla quale dare una risposta riguarda il problema di stabilire i principi che possano essere considerati unanimemente "giusti", in una posizione di partenza ben determinata, da parte di persone che vivono insieme.

Occorre, però, rilevare, che il Neocontrattualismo di J. Rawls, inteso come una «teoria filosofico-politica che fa scaturire i principi fondamentali della società dalle scelte ipotetiche compiute da ipotetici soggetti nell'ambito di ipotetiche circostanze»⁷⁴, si differenzia in molti punti dal modello classico, e soprattutto per quanto riguarda il carattere totalmente ipotetico⁷⁵, e quindi teorico, della condizione iniziale. J. Rawls non vuole elaborare una teoria che dia luogo a una particolare società o a uno specifico governo; la sua idea è quella che oggetto dell'accordo originario debbano essere i principi di giustizia, a partire dai quali sia possibile progettare un ordine della convivenza umana dotato di validità generale⁷⁶. Si tratta di principi che «persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione»⁷⁷. Saranno poi tali principi a regolare tutti gli accordi successivi.

La stessa posizione originaria di uguaglianza, che è uno dei capisaldi della *Teoria della giustizia*,

«corrisponde allo stato di natura della teoria tradizionale del contratto sociale. Naturalmente questa posizione originaria non è considerata come uno stato di cose storicamente reale, e meno ancora come una condizione cul-

74 N. ABBAGNANO, Voce: *Neocontrattualismo*, in N. ABBAGNANO (cur.), *Dizionario filosofico*, 751; cfr. H. HOFMANN, *Introduzione alla Filosofia del Diritto*, Roma-Bari, 2006, 65-68.

75 Secondo R. Dworkin, un contratto ipotetico è una versione annacquata di un contratto vero. Gli argomenti del contratto sociale acquisiscono credibilità e stabilità se intesi quali espedienti per affermare l'idea dell'uguaglianza morale degli individui. Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1977, 151.

76 J. Rawls pone enfasi più sul *pactum unionis* che sul *pactum subiectionis*: l'elemento della giustificazione dell'autorità statale e della obbligazione politica non è centrale nella giustizia come equità, mentre lo era nel Contrattualismo precedente. Cfr. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 84; C. PETERMAN, *The problem of political obligation. A critical analysis of Liberal Theory*, Chichester, 1979, 113-133; A.J. SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, Princeton, 1979, 101-156; G. GIADROSSI, *Giustificazione e realtà nella teoria della giustizia di Rawls*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, LVI (1979), 3, 365-371.

77 J. RAWLS, *Una teoria*, 27.

turale primitiva. Va piuttosto considerata come una condizione puramente ipotetica»⁷⁸.

La sostituzione della posizione originaria allo stato di natura è realizzabile nella misura in cui è possibile partire da una posizione di eguaglianza; e questo perché i principi di giustizia possono diventare proponimento di una scelta comune a condizione che la posizione di partenza sia equa, e cioè eguale⁷⁹.

Inoltre, il Contrattualismo di T. Hobbes, J. Locke, J.J. Rousseau, I. Kant e altri aveva come fine la giustificazione razionale del potere dello Stato, cioè del potere che non ammette al di sopra di sé altro potere, e non la promozione di un modello di società giusta, come quella teorizzata da J. Rawls. In particolare, per I. Kant la scelta morale si impone come individuale e si fonda sulla legge a priori della ragione; in J. Rawls la scelta è collettiva e si fonda su giudizi ponderati in equilibrio riflessivo⁸⁰.

Tale modo di considerare i principi di giustizia prende il nome di “giustizia come equità”. Dal momento infatti che questi presupposti teorici non possono essere individuati seguendo il percorso delle teorie classiche, J. Rawls tenta un accordo tra questi principi di giustizia e le nostre personali concezioni morali.

3.2. *Le parti contraenti*

Elaborando la sua teoria, il professore di Harvard afferma:

«coloro che si impegnano nella cooperazione sociale scelgono insieme con un solo atto collettivo i principi che devono assegnare i diritti e i doveri fundamenta-

78 *Ivi*, 28; cfr. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 132-137.

79 Cfr. P. RICOEUR, *È possibile*, 81. M. Introvigne nota come «nella presentazione dello stesso Rawls, la *justice as fairness* non è soltanto una teoria naturalistica della giustizia come fatto, ma è una teoria trascendentale, che mira ad attingere i principi primi che condizionano l'idea stessa della giustizia» (M. INTROVIGNE, *I due principi di giustizia nella Teoria di Rawls*, Milano, 1983, 214). A. Sen ritiene che «John Rawls e altri filosofi moderni come Ronald Dworkin hanno frequentemente sottolineato il bisogno di concepire ciascun individuo come specificatamente responsabile per le questioni su cui egli può esercitare controllo. D'altro canto, non si attribuiscono responsabilità né si da credito a un individuo per qualcosa che egli non avrebbe potuto modificare (come l'avere parenti poveri e ricchi, o l'avere o meno certe doti naturali)» (A. SEN, *La diseguaglianza*, 205); cfr. R. DWORKIN, *What is equality? Part 1: equality of welfare*, in *Philosophy and Public Affairs*, X (1981), n. 3, 185-246; R. DWORKIN, *What is equality? Part 2: Equality of resources*, in *Philosophy and Public Affairs*, X (1981), n. 4, 283-345.

80 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 55-56; B. DE FILIPPIS, *Il problema della giustizia in Rawls*, Napoli, 1992, 35; H. HOFMANN, *Introduzione*, 68-72.

li e determinare la divisione dei benefici sociali⁸¹. Gli individui devono decidere in anticipo in che modo dirimere le loro pretese conflittuali e quale sarà lo statuto che fonda la loro società. Ciascuno dovrà decidere, con una riflessione razionale, che cosa costituisce un bene per lui, vale a dire quell'insieme di fini che è razionale ricercare; allo stesso modo un gruppo di persone deve decidere una volta per tutte ciò che essi considerano giusto o ingiusto»⁸².

Per J. Rawls, queste persone, e cioè le parti contraenti nella situazione iniziale, vanno considerate come enti morali, in quanto capaci di una concezione di bene, orientati a una giustificazione formale e che riconoscono il dovere di rispettare gli accordi. Sotto il velo di ignoranza, esse sono disinteressate, nel senso che sono indifferenti agli interessi altrui⁸³, alle istanze della giustizia sociale⁸⁴; inoltre, sono disposte alla cooperazione come partecipanti integrati della convivenza, ciascuno con differenti piani d'azione e concezioni del bene. Ciò non toglie che

«una volta rimosso il velo di ignoranza, le parti scoprono di avere legami sentimentali e affettivi, e desiderino contemporaneamente promuovere gli interessi altrui e vedere i propri obiettivi raggiunti. Ma il postulato del disinteresse reciproco nella posizione originaria ha la funzione di assicurare che i principi di giustizia non dipendono da assunzioni forti. Ricordiamo che la posizione originaria deve incorporare condizioni largamente condivise ma deboli»⁸⁵.

81 Come argomenta P. Comanducci, «la cooperazione sociale, che si istituisce fra individui pienamente autonomi, è caratterizzata da due elementi, che Rawls chiama “elemento ragionevole” e “elemento razionale” (cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 528 ss). Il primo consiste nel concetto di “termini equi di cooperazione”: una cooperazione sociale ragionevole è retta dal principio secondo cui benefici e oneri della cooperazione sociale vanno equamente condivisi fra tutti. Il secondo consiste nel concetto di vantaggio personale di ciascun partecipante all'impresa cooperativa. Una cooperazione razionale si ha se tutti adottano canoni di razionalità deliberativa nel perseguire i propri interessi (sanno, ad esempio, adeguare i mezzi ai fini). Rawls, richiamandosi a Kant, sostiene che l'elemento ragionevole presuppone quello razionale e gli è sovraordinato: si tratta in sostanza, della subordinazione del bene individuale al giusto sociale» (P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 120).

82 J. RAWLS, *Una teoria*, 28.

83 Cfr. *ivi*, 29. La descrizione delle parti come reciprocamente disinteressate è oggetto di critica da parte di A. MacIntyre: «*Its requirements of disinterestedness in fact covertly presupposes one particular type of account of justice, that of liberal individualism, which it is later to be used to justify, so that its apparent neutrality is no more than an appearance*» (A. MACINTYRE, *Whose justice? Which rationality?*, Notre Dame [IN], 1988, 3-4).

84 Cfr. C. ANSPERGER - P. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza possiamo accettare*, (trad. it.) Bologna, 2003, 63-65.

85 J. RAWLS, *Una teoria*, 120.

Allo stesso tempo, perché possa essere garantito il perpetuarsi di una situazione di giustizia così definita, J. Rawls considera le parti come interessate al futuro dei propri discendenti diretti; e questo perché, grazie al senso di giustizia, esse hanno responsabilità per tutti gli aspetti della vita associata, compreso il rapporto tra generazioni.

3.3. *La razionalità delle parti*

La distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi determina all'interno della società un fenomeno consensuale-conflittuale: ogni assegnazione può essere contestata, specie quando avvertita come una ripartizione diseguale; così come la stabilità della distribuzione esige un consenso procedurale duraturo in vista dell'emergente scontro tra rivendicazioni concorrenziali⁸⁶.

Caratteristica della *Teoria* è la razionalità delle parti contraenti, le quali sono portate a scegliere il piano di vita più adeguato e con le migliori garanzie per la massima realizzazione possibile dei loro desideri. L'autore ne parla in questi termini:

«a eccezione di una caratteristica essenziale, il concetto di razionalità a cui ci siamo rifatti è quello *standard*, usato nella corrente teoria sociale. Perciò, secondo la consuetudine, si pensa che una persona razionale abbia, tra le opzioni che le si presentano, un insieme coerente di preferenze. Essa le ordina secondo la misura in cui favoriscono i suoi obiettivi; segue poi il piano che soddisfa la maggiore quantità dei suoi desideri, e che ha le maggiori possibilità di essere portato a termine con successo. L'unica assunzione speciale che faccio è che un individuo razionale non soffre di invidia. Non è disposto ad accettare una perdita per se stesso solo perché anche altri subiscono le stesse perdite»⁸⁷.

Perché la scelta razionale non sia utopica e illusoria, occorre conoscere le credenze e le peculiarità personali delle parti, le loro interrelazioni e le procedure attraverso le quali esse giungono a formulare le proprie opinioni. Al variare di tali elementi, corrisponderà un differente grado di accettazione di principi differenti. La "posizione originaria" è frutto della scelta iniziale che filosoficamente viene riconosciuta più adatta alla teoria della giustizia⁸⁸.

86 Cfr. P. RICOEUR, *È possibile*, 93.

87 J. RAWLS, *Una teoria*, 130; cfr. J. RAWLS, *Giustizia come equità*, 31.

88 Il Contrattualismo, al contrario dell'Utilitarismo, rifiuta l'idea che sia possibile postulare una teoria

Giunto a questo punto della sua riflessione, il professore di Harvard enuncia i postulati per la scelta dell'interpretazione più adatta dei principi di giustizia per un'organizzazione equa e stabile della società:

I principi di giustizia devono essere scelti in base a certe condizioni.

Per giustificare una determinata descrizione della situazione iniziale, si può mostrare che essa incorpora questi presupposti generalmente condivisi.

La discussione muove da premesse deboli, ma comunemente accettate, a conclusioni maggiormente specifiche.

Questi tre principi evidenziano una procedura di stampo spiccatamente contrattualista, con lo scopo di rendere chiare le restrizioni che sembra ragionevole imporre sugli argomenti a favore dei principi di giustizia, e di conseguenza sui principi stessi:

Sembra ragionevole e generalmente accettabile che nessuno debba risultare avvantaggiato o svantaggiato nella scelta dei principi a motivo del caso naturale o delle circostanze sociali.

Sembra condivisa l'impossibilità di adattare i principi alle circostanze di ogni singolo caso naturale o delle circostanze sociali.

Le particolari tendenze e aspirazioni di ciascuno, e le concezioni del proprio bene che le persone hanno non devono influire sui principi adottati⁸⁹.

J. Rawls tenta una caratterizzazione ancora più precisa delle parti contraenti, assumendo, non senza difficoltà, che le parti non sono soggette all'invidia⁹⁰. Da parte del lettore della *Teoria*, infatti, si fa indispensabile un'ulteriore salda presa di coscienza dell'elemento procedurale delle argomentazioni proposte, per far fronte a situazioni storicamente difficili da incontrare. L'autore ne fornisce una spiegazione tutta procedurale, tale da dissipare ogni possibile confusione tra l'agire delle persone nella posizione originaria e quelle che accettano, nella vita quotidiana, tutti i principi che verrebbero scelti e ne posseggono il corrispettivo senso di giustizia⁹¹. Egli sostiene che «l'invidia tende a far star peggio ciascuno [e che] in questo senso è collettivamente svantaggiosa»⁹².

La stabilità di questo ragionamento si basa ancora una volta sul caposaldo della razionalità delle parti contraenti, che fa sì che esse siano reciprocamente disinteressate.

della giustizia in modo autonomo dai giudizi intuitivi attraverso cui trova espressione il personale senso di giustizia; tuttavia, esso riduce ragionevolmente lo spazio che dall'intuizionismo è affidato ai nostri giudizi intuitivi.

89 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 33.

90 Cfr. B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 42-43; J. RAWLS, *Una teoria*, 119.

91 Cfr. *ivi*, 134.

92 *Ivi*, 131.

«Le persone nella posizione originaria –infatti– tentano di riconoscere dei principi che favoriscono il più possibile il loro sistema di fini. Ciò è ottenuto cercando di assicurare a se stessi il più alto indice possibile di beni sociali principali, poiché ciò li mette in grado di promuovere la loro concezione del bene, qualunque essa sia, nel modo più efficace. Le parti non cercano di conferirsi reciprocamente dei benefici o di arrecarsi dei danni; esse non sono spinte da attaccamento o da rancore. Allo stesso modo, non cercano di avvantaggiarsi rispetto agli altri; non sono invidiose né presuntuose»⁹³.

Se la razionalità è l'alveo di questo ragionamento, ne sono argini un comune senso di giustizia e una conoscenza pubblica di quest'ultimo:

«significa piuttosto che le parti possono avere reciproca fiducia nel comprendere e nell'agire in conformità con qualsiasi principio sul quale si siano infine accordate. Una volta riconosciuti i principi, le parti possono dipendere l'una dall'altra nel conformarsi a essi. Quindi, quando raggiungono un accordo, esse sanno che la loro impresa non è inutile: il loro essere capaci di senso di giustizia assicura che i principi scelti verranno rispettati. È però essenziale notare che questa assunzione permette ancora di considerare la capacità degli uomini di agire secondo diverse concezioni della giustizia»⁹⁴.

Si arriva così a trovare una giustificazione al principio del “velo di ignoranza” riguardo le informazioni su se stesso, quale premessa per comprendere le restrizioni volute.

3.4. *Il velo di ignoranza*

Originale peculiarità di questa riformulazione della teoria del contratto sociale è quella che vuole ogni consociato allo scuro della propria posizione nella società, relativamente alla propria classe o allo *status* sociale. È altrettanto impossibile determinare le qualità che la “lotteria naturale” assegna a ciascuno come patrimonio personale. A completare questo quadro di cieca determinatezza, indispensabile per annullare gli effetti della disuguaglianza, dove ciascuno è chiamato a vedere la propria vita dall'esterno, come fosse la vita di un qualcuno diverso⁹⁵, J. Rawls aggiunge che le parti contraenti non fanno

93 *Ibidem.*

94 *Ivi*, 132.

95 Cfr. S. VECA, *Una Filosofia pubblica*, Milano, 1986, 125.

assolutamente nulla delle proprie concezioni del bene e delle proprie propensioni psicologiche. Tale condizione prende il nome di “velo di ignoranza”.

Scrive J. Rawls:

«dobbiamo in qualche modo azzerare gli effetti delle conseguenze particolari che mettono in difficoltà gli uomini e che li spingono a sfruttare a proprio vantaggio le circostanze naturali e sociali. A questo scopo, assumo che le parti sono situate dietro un velo d’ignoranza. Le parti non sanno in che modo le alternative influiranno nel loro caso particolare, e sono quindi obbligate a valutare i principi soltanto in base a considerazioni generali. Si assume quindi che le parti non conoscano alcuni tipi di fatti particolari. Innanzitutto, nessuno conosce il proprio posto nella società, la sua posizione di classe o il suo *status* sociale; lo stesso vale nella distribuzione delle doti e delle capacità naturali, la sua forza, intelligenza e simili. Inoltre, nessuno conosce la propria concezione del bene, né i particolari dei propri piani razionali di vita e neppure le proprie caratteristiche psicologiche particolari, come l’avversione al rischio o la tendenza al pessimismo o all’ottimismo. Oltre a ciò, assumo che le parti non conoscono le circostanze specifiche della loro società»⁹⁶.

L’introduzione di questo concetto pone tutti i singoli individui in una posizione di mutua equità, cioè in una situazione di uguaglianza dove nessuno dei contraenti potrà proporre scelte che lo possano favorire; e questo in quanto nessuno conosce qual è o sarà il proprio interesse: sono ignorate tutte le circostanze particolari, personali o sociali. Lo scopo che qui l’autore si propone di perseguire è, infatti, quello di ottenere l’eguaglianza⁹⁷ tra le persone, intese come “persone morali”⁹⁸ libere⁹⁹, con una concezione del proprio bene e capa-

96 *Ivi*, 125.

97 Le parti, spogliate dei tratti individuali, da plurali sono ridotte in unità in modo tale che «ciascuno si lascia convincere dagli stessi argomenti». J. RAWLS, *Una teoria*, 127.

98 Le tre caratteristiche della persona morale, e cioè, l’eguaglianza, la libertà e il senso di giustizia, «definiscono il soggetto politico e sono valori non negoziabili tutelati e garantiti, attraverso il *medium* logico della posizione originaria, nei principi di giustizia». F. PIZZOLI, *Il pensiero politico di John Rawls e le sue ascendenze kantiane*, in *Filosofia politica*, XVIII (2004), n. 2, 204.

99 La libertà della persona morale risiede nell’esercizio del libero arbitrio alla ricerca di una concezione del bene. La posizione originaria è il luogo di questa azione. A questo concetto si collega un richiamo kantiano, quando si sostiene «che le persone scelgano e agiscano sulla base di ragioni che non dipendano da fini, desideri e motivazioni contingenti». S. VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull’idea di giustizia*, Milano, 2002, 68; cfr. *ivi*, 67-79. Nel paragrafo della *Teoria* dedicato all’interpretazione kantiana della giustizia come equità (cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 215-220) è presentata la nozione di autonomia (cfr. S. VECA, *La bellezza*, 67-70), quale espressione della natura libera e razionale dell’uomo. Afferma in proposito F. Pizzoli, che «in quanto epurata dai tratti empirico-fenomenologici, la posizione originaria rappresenta l’autodeterminazione pura della volontà umana. A questo si riferisce l’autore quando definisce la situazione iniziale come “il punto

ci di un senso di giustizia¹⁰⁰. Questa caratteristica, insieme al velo di ignoranza, viene a definire i principi di giustizia come «quelli che persone razionali, preoccupate dei propri interessi, accetterebbero in condizioni di eguaglianza, qualora cioè nessuno fosse manifestatamente avvantaggiato o svantaggiato da contingenze sociali o naturali»¹⁰¹.

L'unica nozione in possesso delle parti è che la loro società¹⁰² è soggetta alle circostanze della giustizia, descritte da J. Rawls come «le condizioni normali per cui la cooperazione degli uomini è possibile e necessaria»¹⁰³. Queste si dividono in due specie: obiettive e soggettive. Le prime rendono possibile e necessaria la cooperazione umana; le seconde rappresentano gli aspetti rilevanti dei soggetti della cooperazione. Rispetto a quest'ultima categoria, occorre specificare che ogni agente sociale conserva un proprio piano di vita, cioè una concezione del bene, e che induce ciascuno ad avere scopi e ricercare obiettivi differenti, avanzando così pretese conflittuali. All'interno delle singole e variegate concezioni del bene si sviluppano «diversità di credenze religiose e filosofiche e anche di dottrine politiche e sociali»¹⁰⁴.

di vista da cui l'io noumenico vede il mondo" (J. RAWLS, *Una teoria*, 219). Il rimando sostanziale è alla concezione kantiana della libertà attraverso la ragione: distinta dal libero arbitrio come indipendenza, la libertà pratica è, con evidente riferimento rousseauiano, obbedire alla legge della propria ragione» (F. PIZZOLI, *Il pensiero*, 205-206).

100 Il senso di giustizia si configura come un valore politico, quasi «come una propensione normativa nei confronti della forma politica». *Ivi*, 205; cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 388, 279, 132. «È facile ora vedere che ciò che deve essere presupposto, perché possa mettersi in moto la procedura di deliberazione, è una particolare interpretazione sostanziale del senso di giustizia delle persone. Infatti, è quest'ultima a rendere conto delle caratteristiche della situazione iniziale di scelta e a rendere così sufficientemente determinato il problema della selezione dei principi di giustizia. Si potrebbe dire, paradossalmente, che la teoria sembra basarsi su un'idea di giustizia procedurale perfetta piuttosto che pura: il criterio indipendente *ex ante* è dato non dalla teoria, ma alla teoria da un'interpretazione del senso di giustizia. Possiamo allora dire che la procedura di scelta è propriamente il mezzo con cui si perviene a esiti la cui giustezza dipende alla fin fine, dalla congruenza con il senso di giustizia». S. VECA, *La bellezza*, 57. «Il senso di giustizia – scrive, infine F. Pizzoli – non è esplicitamente presente nei due principi, ma ne rappresenta la condizione di possibilità, poiché incarna la tensione originaria del soggetto all'universale politico». F. PIZZOLI, *Il pensiero*, 205.

101 J. RAWLS, *Una teoria*, 34.

102 La società descritta nella *Teoria* è indicata come “un'impresa cooperativa per il reciproco vantaggio”, ed essa è naturalmente e costantemente lacerata e ricomposta sia da un'identità, come anche da un conflitto di interessi.

103 J. RAWLS, *Una teoria*, 117.

104 *Ivi*, 118. Come sottolinea M.J. Sandel, alla base della priorità della giustizia, come si delinea nella descrizione della posizione originaria, sembra che si situino alcune condizioni empiriche: «*But an empiricist understanding of the original position seems deeply at odds with deontological claims. For if justice depends for its virtue on certain empirical preconditions, it is unclear how its priority could unconditionally be affirm Rawls says that he borrows his account of the circumstances of justice from Hume. But Hume's circumstances cannot support the priority of the right in the deontological sense. They are after all empirical conditions. To establish the primacy of justice in the*

Ipotizzando la piena conoscenza delle circostanze della giustizia da parte delle persone nella posizione originaria e considerando che le parti sono portate a realizzare in maniera autonoma i rispettivi piani di bene, si comprende, allora, come queste circostanze sono necessarie per mettere in dialogo persone reciprocamente disinteressate e che sostengono desideri e pretese contrastanti sulla divisione dei benefici sociali¹⁰⁵. Tutto ciò premesso, è altresì essenziale

«che ogni persona nella posizione originaria si preoccupi del benessere di qualche membro della generazione successiva, supponendo che il loro interessamento si applichi a individui differenti secondo i casi. [...] Vengono così curati gli interessi di tutti e, dato il velo di ignoranza, ogni cosa risulta collegata alle altre»¹⁰⁶.

Secondo l'autore della *Teoria*, la posizione originaria garantirebbe che nella scelta dei principi nessuno venga avvantaggiato o svantaggiato né dal caso naturale, né dalle circostanze sociali.

«Naturalmente –scrive J. Rawls– lo scopo di queste condizioni è quello di rappresentare l'eguaglianza tra gli esseri umani intesi come persone morali, come creature che hanno una concezione del proprio bene e sono capaci di un senso di giustizia»¹⁰⁷.

Proprio il velo di ignoranza, quale strumento analitico capace di consentire una riflessione sulle questioni morali¹⁰⁸, imprime il carattere di equità a questa teoria della giustizia. Tale situazione costringe tutti a scegliere principi

*circumstances of justice prevail in all society, but that they prevail to such an extent that the virtue of justice is always more fully or extensively engaged than any other virtue. Otherwise, he would be entitled to conclude only that justice is the first virtue of certain kinds of societies, namely those where conditions are such that the resolution of conflicting claims among mutually disinterested parties is the most pressing social priority» (M. J. SANDEL, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, 1998, 30); cfr. B. BARRY, *Teorie*, 167-202.*

105 Se la posizione originaria consistesse soltanto in meccanismi di giustizia procedurale pura, si potrebbe parlare di relativismo. «Poiché, invece, la teoria ha una sua sostanza, consistente nella razionalità e nell'affermazione che gli uomini, spogliati di particolarismi e degli interessi personali, non potrebbero non identificare alcuni punti di accordo fondamentali, sostenere la relatività della teoria significa farla cadere. Il fatto che Rawls riconosca la pluralità dei punti di vista individuali e non tenti minimamente di fonderli in valutazioni comuni e uniformi, non significa che l'oggettività dei valori sia, con la sua teoria, solo parzialmente riconosciuta, in quanto i punti di vista singoli vengono soltanto ignorati, per la scelta di altri riferimenti privilegiati, nella costruzione di un modello di giustizia». B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 17.

106 J. RAWLS, *Una teoria*, 119.

107 *Ivi*, 33-34.

108 Cfr. V. IORIO, *Istituzioni pubbliche e consenso in John Rawls*, Napoli, 1995, 127.

di giustizia universali o, richiamando I. Kant¹⁰⁹, princìpi di una Morale autonoma che noi stessi ci diamo non come esseri interessati a questo o a quello o come membri di questa o di quella società, ma come esseri liberi e razionali.

«Il velo d'ignoranza –scrive J. Rawls– priva la persona nella posizione originaria delle conoscenze che la metterebbero in grado di scegliere princìpi eteronomi. Le parti giungono insieme alla loro scelta, in quanto persone libere, razionali e uguali, conoscendo soltanto quelle circostanze che fanno sorgere il bisogno di princìpi di giustizia»¹¹⁰.

3.5. *La teoria dei beni sociali primari*

Considerato il velo di ignoranza, potrebbe apparentemente sembrare che le parti nella posizione originaria manchino della motivazione e della base ra-

109 I. Kant è l'ispiratore della teoria politica di J. Rawls. Si trovano tracce di questa vicinanza filosofica già nel 1963, nello scritto *The sense of justice*, nel quale viene tracciata un'analogia tra senso di giustizia e volontà pura, in quanto elemento caratterizzante la personalità morale dell'uomo. Cfr. J. RAWLS, *The sense of justice*, in *The philosophical Review*, LXXII (1963), n. 3, 281-305; ora raccolto in J. RAWLS, *Collected papers*, Cambridge (MA), 1999, 303-358. Come l'Etica kantiana è prevalentemente incentrata sulla scelta autonoma di persone razionali, libere ed eguali, così anche J. Rawls, grazie al velo di ignoranza, fa discendere la giustizia dall'accordo di persone libere e indipendenti, in quanto non agiscono spinte da motivi egoistici e contingenti. In proposito, F. Pizzoli evidenzia come «la doverosità della giustizia politica trovi il suo fondamento forte nella concezione del soggetto: la persona morale libera ed eguale sarà il fulcro concettuale del movimento argomentativo diretto alla definizione dei princìpi di giustizia» (F. PIZZOLI, *Il pensiero*, 199). Come sottolinea il filosofo statunitense, si tratta di un'Etica dell'autonomia che esclude ogni eteronomia sociale. «Credo che Kant abbia sostenuto che una persona agisce autonomamente, quando i princìpi della sua azione sono scelti da lui come l'espressione più adeguata possibile della sua natura di essere razionale libero ed eguale. I princìpi in base ai quali agisce non vanno adottati a causa della sua posizione sociale o delle sue doti naturali, o in funzione del particolare tipo di società in cui vive, o di ciò che gli capita di volere. Agire in base a questi princìpi significherebbe agire in modo eteronomo. Il velo di ignoranza priva la persona nella posizione originaria delle conoscenze che la metterebbero in grado di scegliere princìpi eteronomi. Le parti giungono insieme alla loro scelta, in quanto persone razionali, libere ed eguali, conoscendo soltanto quelle circostanze che fanno sorgere il bisogno di princìpi di giustizia» (cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 216). Sviluppando questo dialogo con il pensiero di I. Kant, J. Rawls afferma che i princìpi di giustizia sono da considerarsi come "imperativi categorici" nel senso kantiano. Con questa espressione, infatti, I. Kant indica quel principio di condotta morale che si addice a ogni persona in virtù della propria natura di essere razionale, libero ed eguale. L'imperativo è quindi categorico in quanto prescinde da scopi o desideri particolari, escludendo quelle norme che potrebbero incontrare il consenso qualificato di tutti i possibili interessati (cfr. J. HABERMAS, *Etica del discorso*, [trad. it.] Roma-Bari, 1985, 71); al contrario, un imperativo è ipotetico in quanto ci orienta l'agire in vista di certi fini specifici. «Agire a partire dai princìpi di giustizia –afferma J. Rawls– significa agire a partire da imperativi categorici, nel senso che essi si applicano al nostro caso indipendentemente dai nostri scopi particolari». J. RAWLS, *Una teoria*, 217.

110 *Ivi*, 216.

zionale per decidere riguardo i principi di giustizia, dal momento che ignorano la propria concezione di bene. J. Rawls affronta questo problema introducendo l'idea dei beni primari¹¹¹. Essa non pretende di definire una teoria completa, quanto, piuttosto, cerca di formulare un'ipotesi circa i motivi che orientano la scelta degli individui nella posizione originaria¹¹².

Approfondendo la natura di questi beni, essi possono essere descritti come «quelle cose che si suppone un individuo razionale voglia qualsiasi altra cosa egli voglia»¹¹³. Cercando di sciogliere l'enigma che questa espressione sembra racchiudere, i beni sociali primari non sono altro che quelle caratteristiche generali e universali¹¹⁴ che ogni individuo preferirebbe avere in più

111 Cfr. C. ANSPERGER - P. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza*, 57-58.

112 La teoria generale del bene verrà approfondita successivamente al capitolo settimo della *Teoria*, dove troviamo questa prima spiegazione: «distinguerò tra due teorie del bene. La ragione per far questo è che nella giustizia come equità il concetto di giusto è prioritario rispetto a quello di bene. In contrasto con le teorie teleologiche, una cosa è buona solo se si accorda con modi di vita conformi ai principi di giusto già a disposizione. Ma per stabilire questi principi, è necessario contare su qualche nozione di bontà, perché abbiamo bisogno di assunzioni sulle motivazioni delle parti nella posizione originaria. Dato che queste assunzioni non devono mettere a repentaglio la priorità del concetto di giusto, la teoria del bene usata nella discussione dei principi di giustizia è ristretta ai semplici elementi essenziali. Chiamo questa rappresentazione del bene teoria parziale [*thin*]: il suo scopo è garantire le premesse sui beni principali necessarie per ottenere i principi di giustizia. Una volta elaborata questa teoria e definiti i beni principali, siamo liberi di usare i principi di giustizia per l'ulteriore sviluppo di quella che sarà chiamata la teoria completa del bene». J. RAWLS, *Una teoria*, 327-328.

113 *Ivi*, 90.

114 Alcuni autori cercano di criticare la neutralità e il carattere di universalità che J. Rawls attribuisce ai beni sociali primari. V. Possenti scrive che «il proposto elenco dei beni sociali primari non è una lista valida universalmente ma solo quella dell'Occidente liberale, borghese, secolarizzato, opulento, e che nulla ci assicura che sarebbe scelta in altre situazioni originarie. È un elenco empirico, che tra le altre cose non include tra i beni sociali primari né il valore morale né la religione» (V. POSSENTI, *Le società liberali al bivio. Lineamenti di Filosofia della società*, Genova, 1992, 191). Anche C. Taylor si attesta sullo stesso fronte: «Rawls, for instance, seems to be proposing in a *Theory of Justice* that we develop a notion of justice starting only with a "thin theory of the good" [...]. But this suggestion is on the deepest level incoherent. Rawls does, of course, manage to derive (if his arguments in rational choice theory hold up) his two principles of justice. But as he himself agrees, we recognize that these are indeed acceptable principles of justice because they fit with our intuitions. If we were to articulate what underlies these intuitions we would start spelling out a very "thick" theory of the good. To say that we don't "need" this to develop our theory of justice turns out to be highly misleading. We don't actually spell it out, but we have to draw on the sense of the good that we have here in order to decide what are adequate principles of justice. The theory of justice its most basic insights inarticulate» (C. TAYLOR, *Sources of the Self. The making of the Modern Identity*, Cambridge, 1989, 88-89). Anche T. Nagel offre un contributo a questa critica, affermando che «Rawls' minimal conception of the good does not amount to a weak assumption for the purposes of justice. [...]. The original position seems to presuppose not just a neutral theory of good, but a liberal, individualistic conception according to which the best that can be wished for someone is the unimpeded pursuit of his own path, provided it does not interfere with the rights of others. [...]. Among different life plans of this general type the construction is neutral. But given that many conceptions of the

piuttosto che in meno; e grazie ai quali ciascuno ha maggiori garanzie per un più sicuro successo nel perseguire i propri fini¹¹⁵. J. Rawls li raggruppa in ampie categorie riconducibili ai diritti e alle libertà, alle opportunità e ai poteri, al reddito e alla ricchezza¹¹⁶. La stretta connessione di queste categorie con la struttura fondamentale della società, in quanto definite dalle regole delle Istituzioni maggiori, spiega il perché della specificazione “sociale” che i beni principali vantano.

Inoltre, argomenta l'autore, riallacciandosi alla dottrina classica del Contrattualismo, dato il fatto che la posizione originaria determina un insieme di principi che viene scelto, espressione di una particolare concezione della giustizia, ogni volta che le Istituzioni sociali soddisfano questi principi, tutti potranno affermare che stanno cooperando nella forma che avrebbero concordato se essi fossero persone libere ed eguali legate da relazioni eque. Anche se la realtà localizza ciascuno in una determinata società e con una personale posizione e caratterizzazione umana e sociale,

«una società che soddisfa i principi della giustizia come equità si avvicina quanto è più possibile all'idea di uno schema volontario, poiché soddisfa i principi che individui liberi ed eguali accetterebbero in circostanze che siano eque»¹¹⁷.

3.6. *La strategia di scelta dei principi di giustizia*

Per un preciso svolgimento della teoria generale della giustizia come equità, occorre però che i beni sociali principali siano distribuiti in modo eguale; fatto salvo il caso in cui una distribuzione ineguale sia apportatrice di maggiori benefici per tutti. Per questo motivo è facile intuire che ogni individuo nella posizione originaria riconosca come primo un principio di giustizia che garantisca una distribuzione egualitaria. Ponendo i due principi in un ordinamento seriale¹¹⁸, inoltre, si proibiscono scambi tra libertà fondamentali e benefici economici e sociali.

good do not fit into the individualistic pattern, how can this be described as a fair choice situation for principles of justice?» (T. NAGEL, *Rawls on justice*, in N. DANIELS, *Reading Rawls. Critical studies of A Theory of justice*, Oxford, 1975, 9-10).

115 «Un individuo razionale, qualunque altra cosa voglia, desidera certe cose come prerequisiti per realizzare il proprio piano di vita». J. RAWLS, *Una teoria*, 328.

116 Un ulteriore bene, quale il rispetto di sé, sarà trattato successivamente nel settimo capitolo. Cfr. *ivi*, 362-367; A. SEN, *La disuguaglianza*, 115-121.

117 J. RAWLS, *Una teoria*, 29.

118 Secondo l'analisi svolta da P. Ricoeur «l'ordinamento lessicale, non è operante solo fra i due principi,

Proseguendo il suo ragionamento sulla scia di queste considerazioni, J. Rawls sostiene che i due principi reggono una concezione plausibile della giustizia¹¹⁹. Per spiegare la validità di questa affermazione, l'autore introduce il concetto di *maximin*:

«il termine “*maximin*” significa *maximum minimorum*, e la regola richiama la nostra attenzione verso il peggio che può accadere in uno qualunque dei corsi di azione proposti, e ci spinge a decidere alla luce di esso»¹²⁰.

Non c'è da illudersi, spiega l'autore, che anche in una società in cui i principi di giustizia sono visti come un accordo originario in condizioni di eguaglianza, persone che si considerano ugualmente legittimate a far valere le proprie pretese, siano capaci di accordarsi su un principio che possa limitarle a beneficio di altri. Questa visione, che può essere riassunta nell'espressione “principio di utilità”, è fortemente contestata da J. Rawls, che lo considera inadeguato, in quanto non offre alle parti tutte quelle garanzie necessarie per la difesa dei diritti e delle libertà individuali in uno schema di cooperazione sociale¹²¹. Al suo posto viene introdotta l'idea della reciprocità, in base alla quale è possibile delineare i due principi della teoria della giustizia come equità¹²².

3.7. La pubblicità e la stabilità dell'accordo

Prima di entrare nel cuore dei due principi di giustizia, un ultimo doveroso approfondimento riguarda la loro condizione di pubblicità e di definitività.

I principi di giustizia scelti dalle parti hanno il compito di garantire la stabilità di una società bene ordinata. Per questo motivo, tali principi non possono essere soggetti a evoluzioni o a successive e nuove interpretazioni che, contravvenendo alla regola del *maximin*, possano sbilanciare gli equilibri so-

ma fra le due parti del secondo principio. I meno avvantaggiati in termini economici debbono essere ritenuti lessicalmente prioritari rispetto a tutti gli altri» (P. RICOEUR, *È possibile*, 94-95).

119 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 137.

120 *Ivi*, 138; cfr. W. KYMLICKA, *Introduzione*, 80-86; B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 52-57; V. IORIO, *Istituzioni*, 128-129; P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 143; F. D'AGOSTINO, *Giustizia. Elementi per una teoria*, Torino, 2006, 41-42.

121 «Sembra quindi che il principio di utilità sia incompatibile con la concezione della cooperazione sociale tra eguali con lo scopo del reciproco vantaggio. Esso sembra inconsistente con l'idea di reciprocità, implicita nella nozione di società bene ordinata». J. RAWLS, *Una teoria*, 30.

122 Cfr. C. ANSPERGER - P. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza*, 58-59.

ciali o mettere a rischio la loro libertà. L'accordo originario si riveste, così, di due impenetrabili corazze che lo isolano dal tempo e dallo spazio, rendendolo definitivo e perpetuo¹²³.

Strettamente connessa a questa condizione di stabilità vi è quella della pubblicità sui vincoli degli accordi, che non solo sono validi per la scelta dei principi di giustizia, ma anche per l'individuazione di qualsiasi principio etico¹²⁴. Tale qualità, cardine di ogni sistema democratico e istituzionalmente equilibrato, nella concezione rawlsiana assume quasi connotati di natura etica, che inducono i soggetti nella società a conservare i vincoli dei principi della giustizia.

«Quando è pubblicamente noto che la struttura fondamentale della società soddisfa i propri principi per un lungo periodo di tempo, coloro che sono soggetti a questi accordi tendono a sviluppare il desiderio di agire in conformità a questi principi, e di fare la propria parte nelle Istituzioni che li esemplificano. Una concezione della giustizia è stabile quando viene pubblicamente riconosciuto che la sua attuazione da parte del sistema sociale tende a porre in atto il corrispondente senso di giustizia»¹²⁵.

Conseguenza diretta di questo ragionamento è il pubblico riconoscimento del rispetto degli individui attraverso i due principi di giustizia. Ricollegandosi alla regola del *maximin*, il bene di ciascuno viene ottimizzato in uno schema di mutuo beneficio, «e questa affermazione pubblica nelle Istituzioni della condotta di ciascun individuo accresce la stima che gli uomini hanno di se stessi»¹²⁶.

A questo punto del suo ragionamento, J. Rawls si sofferma su un confronto tra la teoria contrattualista e quella utilitaristica. Continuando a intessere la trama della sua *Teoria*, l'autore evidenzia come le due caratteristiche di durabilità e pubblicità facciano in modo che i principi di giustizia esprimano «nella struttura fondamentale il desiderio degli individui di trattarsi reciprocamente non come mezzi, ma solo come fini in sé»¹²⁷.

Per quanto riguarda la prima interpretazione, quella contrattualista, il trattare gli uomini come fini in sé è direttamente proporzionale al trattarli secondo

123 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 155.

124 Come ha scritto P. Ricoeur, «l'Utilitarismo non tollera questa sorta di trasparenza, nella misura in cui il principio sacrificale, che esso implica, deve restare nascosto e non pubblico» (P. RICOEUR, *È possibile*, 89).

125 *Ivi*, 156.

126 *Ivi*, 158.

127 *Ibidem*.

i principi che essi sceglierebbero in una posizione originaria di eguaglianza, in quanto i principi accettati sono razionalmente previsti in difesa della loro persona¹²⁸. D'altra parte, l'Utilitarismo non considera le persone come fini, anzi, ne offende l'impegno collettivo ad affrontare le ineguaglianze in modo vantaggioso per tutti. Il grave rischio che ne consegue è quello di gravare su ciascuno peggiori prospettive di vita, pur di aumentare le aspettative di altri. Una condizione agonistica di questo genere non fa che indebolire la stima che ognuno ha di sé, a danno degli equilibri sociali della società tutta intera e del suo sviluppo¹²⁹.

Definita la posizione originale e i criteri di scelta, la *Teoria* di J. Rawls punta ad affermare che le parti sosterebbero i due principi di giustizia al posto di ogni altra possibile concezione della stessa. Per questo motivo, le pagine che seguono sono incentrate a mostrare l'importanza dei due principi scelti dalle parti nella posizione originaria.

Riassumendo, quindi, la giustizia come equità, al pari di altre posizioni contrattualiste, consta di due parti: 1) un'interpretazione della situazione iniziale e del problema di scelta che si pone all'interno di essa; 2) un insieme di principi che si suppone siano materia di accordo. Ma se l'idea tradizionale del contratto può essere estesa a un intero sistema etico, la giustizia come equità si autolimita, scegliendo di considerare solo i principi di giustizia.

4. I PRINCIPI DELLA GIUSTIZIA

Dopo aver introdotto il contesto ideale nel quale gli esseri umani dotati di ragione e di senso morale potrebbero trovare l'accordo sulla scelta equa dei principi di giustizia, ovvero quella "posizione originaria" che per J. Rawls è lo *status quo* che garantisce l'equità degli accordi fondamentali in esso raggiunti, e aver successivamente definito la strategia di scelta dei principi, l'autore si spinge ad affermare che le parti sceglierebbero i due principi di giustizia al posto delle altre concezioni della giustizia disponibili.

«Una concezione di giustizia –infatti– è più ragionevole di un'altra, o meglio giustificabile rispetto a essa se, nella situazione iniziale, persone razionali

128 Cfr. *ivi*, 159.

129 Paradossalmente è possibile affermare –ed è quanto argomenta J. Rawls– che il principio di utilità abbia in sé la duplice possibilità di trattare le persone sia come fini che come mezzi: «le tratta come fini assegnando la stessa valutazione (positiva) al benessere di ciascuno; le tratta invece come mezzi, permettendo che migliori prospettive di vita per alcuni controbilancino prospettive meno brillanti per altri, che già hanno una posizione meno favorevole» (*Ivi*, 161).

sceglierebbero i suoi principi piuttosto che quelli dell'altra per gli scopi della giustizia»¹³⁰.

Spostandosi su di un piano deliberativo, sarà allora necessario scegliere quali principi è più razionale adottare nel contesto della realtà contrattuale. Procedendo in tal modo, la teoria della giustizia si connette a quella della scelta razionale. Premesso una sorta di mutuo aggiustamento fra principi e giudizi, si arriva a un punto di equilibrio provvisorio, ma sufficientemente stabile. Su questa base poggia la struttura della giustizia come equità.

Occorre quindi analizzare più in profondità l'apporto epistemologico che i due principi della giustizia forniscono alla *Teoria* di J. Rawls. Come già rilevato, il filosofo statunitense critica fortemente l'approccio utilitarista; e allo stesso tempo, egli non è disposto a privilegiare alcuna concezione forte del bene.

Per tutte queste ragioni, J. Rawls conclude che i principi della giustizia devono essere due: il primo riguardante la libertà, il secondo le ineguaglianze. Eccoli nella versione definitiva:

«primo principio - Ogni persona ha un eguale diritto al più ampio sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti.

Secondo principio - Le ineguaglianze economiche e sociali devono essere: a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati, compatibilmente con il principio di giusto risparmio, e b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità»¹³¹.

Allo stesso tempo, l'autore della *Teoria* offre quel criterio sistematico del quale lamentava l'assenza nelle argomentazioni intuizioniste, ordinando i due principi dell'accordo secondo un ordine lessicografico o seriale¹³².

130 J. RAWLS, *Una teoria*, 32.

131 *Ivi*, 255; cfr. H. HART - J. RAWLS, *Le libertà fondamentali*, Torino, 1994, 3-29; S. MARI, *J. Rawls: una proposta sulla giustizia distributiva*, in *Bollettino della Società filosofica italiana*, IC (2003), n. 178, 34-35.

132 Cfr. B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 69-71. «Il metodo adottato da Rawls è sistematico e progressivo. Egli punta alla definizione di concetti base, che servano per la costruzione di concezioni più complesse, le quali, dopo la verifica compiuta attraverso la comparazione con idee alternative o concorrenti, possono porsi, insieme con essi, quali punti fermi per gli ulteriori sviluppi dell'intera teoria». *Ivi*, 49; cfr. M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, 1999, 121-125.

4.1. La priorità della libertà: il primo principio

Il primo principio prescrive che ciascuno abbia il massimo sistema di libertà, compatibile con il massimo sistema di libertà per ciascun altro¹³³. Il secondo, prescrive che ciascuno abbia diritto alla stessa quota di beni sociali primari e ammette disuguaglianze nella distribuzione solo a vantaggio di chi è meno avvantaggiato¹³⁴.

Per J. Rawls è moralmente ingiusto, anche se utile, che alcuni abbiano meno affinché altri prosperino. Ne deriva una visione della relazionalità come cooperazione, nella quale la divisione dei vantaggi deve essere tale da favorire la cooperazione volontaria di ciascuno.

«Una volta deciso di ricercare una concezione della giustizia che annulli la causalità delle doti naturali e la contingenza delle condizioni sociali come fattori rilevanti per la ricerca dei vantaggi economici e politici, - afferma J. Rawls - ci indirizziamo verso questi principi»¹³⁵.

Essi sono il risultato dell'epurazione del mondo sociale di tutti gli aspetti morali che appaiono arbitrari e ragionevolmente ingiustificati in un ottica di cooperazione sociale.

Grazie al metodo lessicograficamente orientato di J. Rawls, quasi a voler riordinare la concezione generale della giustizia, è possibile sostenere che «*la igualdad de libertades tiene prioridad sobre la igualdad de oportunidades, que a su vez tiene prioridad sobre la igualdad de recursos*»¹³⁶. All'interno della teoria della giustizia emerge, a questo punto, una vera e propria gerarchia dei beni sociali primari che vede al suo vertice le libertà, quindi, le opportunità e le risorse.

133 «Prima regola di priorità (la priorità della libertà) - i principi della giustizia devono essere ordinati lessicalmente, e quindi la libertà può venire limitata solo in nome della libertà stessa. Vi sono due casi: a) una libertà meno estesa deve rinforzare il sistema totale di libertà condiviso da tutti; b) una libertà inferiore alla eguale libertà deve essere accettabile per coloro che godono di minori libertà». J. RAWLS, *Una teoria*, 255.

134 «Seconda regola di priorità (la priorità della giustizia rispetto all'efficienza e al benessere) - Il secondo principio precede lessicalmente il principio di efficienza e quello della massimizzazione della somma dei vantaggi; l'equa opportunità precede il principio di differenza. Vi sono due casi: a) un'ineguaglianza di opportunità deve accrescere le opportunità di coloro che ne hanno di meno; b) un tasso di risparmio eccessivo deve, a conti fatti, ridurre l'onere di coloro che per esso sopportano privazioni». *Ibidem*. Inoltre, cfr. S. VECA, *La Filosofia*, 51.

135 J. RAWLS, *Una teoria*, 30.

136 W. KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcellona, 1995, 67.

Il primo principio di giustizia enuncia che «ogni persona ha un eguale diritto alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri»¹³⁷. La libertà è qui considerata come il primo e fondamentale principio di giustizia, e in quanto fondamentale, esso interessa in modo eguale ciascuna parte dell'accordo iniziale. A questo principio è attribuito il compito di assicurare il più ampio consenso possibile intorno a tali libertà che devono essere uguali per tutti.

J. Rawls articola varie tipologie di libertà fondamentali: la libertà politica, che riguarda il diritto di voto attivo e passivo; la libertà di parola e di riunione; la libertà di pensiero, la libertà personale e quella di possedere la proprietà privata; la libertà dall'arresto e dalla detenzione arbitraria¹³⁸. Le libertà di coscienza e di pensiero hanno una collocazione preminente in questo elenco e sono assolutamente irrinunciabili¹³⁹.

Attribuire una priorità a questo primo principio rispetto al secondo significa ritenerne del tutto ingiustificata ogni sua violazione a fronte di un incremento dei vantaggi sociali ed economici; ed è per questo motivo che il secondo principio, che si occupa proprio dei vantaggi socio-economici, potrà essere operativo solo quando sarà assicurato un assetto istituzionale capace di rispettare le esigenze del primo.

Un'altra caratteristica da tenere a mente è che i diritti e le libertà ai quali J. Rawls fa riferimento «sono quelli definiti dalle regole pubbliche della struttura fondamentale»¹⁴⁰. È questo il motivo che spinge l'autore a incentrare la sua analisi della libertà in relazione con le restrizioni costituzionali e giuridiche. La Costituzione e le Leggi, infatti, hanno la funzione di garantire il pieno e libero esercizio di queste libertà; così, come, esse stesse sono tutelate dalla libertà che difendono.

«Il primo principio –prosegue J. Rawls– richiede semplicemente che un certo tipo di norme, quelle che definiscono le libertà fondamentali, si applichino a ciascuno nello stesso modo e che consentano la più ampia libertà compatibile con una libertà simile per tutti. L'unica ragione per circoscrivere i diritti che de-

137 J. RAWLS, *Una teoria*, 66.

138 Cfr. *ibidem*; P. MARRONE, *Introduzione*, in H. HART - J. RAWLS, *Le libertà*, XII.

139 Scrive F. Pizzoli: «Rawls postula un soggetto titolare delle facoltà di agire senza impedimenti o restrizioni. Naturalmente tale posizione chiama in causa il problema dell'universalità solo formale della libertà: l'esercizio dei diritti è subordinato alle capacità empiriche non contemplate dalla dottrina liberale classica. In questo senso, argomenta Rawls, la concreta autorealizzazione di ciascuno dev'essere anche garantita di fatto con la tutela dell'eguale valore della libertà» (F. PIZZOLI, *Il pensiero*, 201).

140 J. RAWLS, *Una teoria*, 68.

finiscono la libertà, e per rendere la libertà individuale meno ampia di quello che potrebbe altrimenti essere, è il fatto che questi diritti istituzionalmente eguali, definiti, potrebbero entrare in conflitto»¹⁴¹.

4.2. *La giusta uguaglianza di opportunità: il secondo principio*

«Il secondo principio sottolinea che ciascuna persona deve trarre beneficio dalle ineguaglianze ammesse nella struttura fondamentale»¹⁴². In altre parole, le ineguaglianze economiche e sociali, a esempio riguardo la distribuzione di potere e ricchezza, sono giuste nella misura in cui producono benefici compensativi per ognuno, e se derivano da cariche e posizioni accessibili da tutti.

È chiaro ancora una volta l'affondo alla teoria utilitarista, con la ferma e decisa affermazione che la scelta deve prescindere da interessi particolaristici o utilitaristici, ma va esercitata in forza dell'universalità della natura umana.

Per il filosofo statunitense, una società che possa ambire alla qualificazione di giusta deve essere particolarmente attenta ai meno avvantaggiati. Se, infatti, è vero che all'interno delle società non è ingiusto che esistano gruppi meno favoriti – sostiene J. Rawls – allo stesso tempo va esercitata un'azione di riparazione. È netta la presa di distanza dalle società aristocratiche, all'interno delle quali le ineguaglianze naturali costituiscono la pietra angolare su cui poggia un sistema di classi chiuse.

Una società giusta, al contrario, deve farsi guidare dal “principio di ripartizione”, che afferma che:

«se si vuole assicurare a tutti un'effettiva uguaglianza di opportunità, la società deve prestare maggiore attenzione a coloro che sono nati con meno doti o in posizioni sociali sfavorevoli. L'idea è quella di riparare torti dovuti al caso, in direzione dell'eguaglianza»¹⁴³.

4.3. *Il principio di differenza*

Proseguendo in questa direzione, J. Rawls adotta come elemento cardine della *Teoria* il “principio di differenza”, che ricollega all'idea di fraternità.

141 *Ivi*, 68-69.

142 *Ivi*, 69.

143 *Ivi*, 97.

«Il principio di differenza sembra corrispondere al significato naturale della fraternità¹⁴⁴; cioè, all'idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene. La famiglia, in termini ideali, ma spesso anche in pratica, è uno dei luoghi in cui il principio di massimizzare la somma dei vantaggi è rifiutato. In generale, i membri di una famiglia non desiderano avere dei vantaggi, a meno che ciò non promuova gli interessi dei membri restanti. Il volere agire secondo il principio di differenza ha esattamente le stesse conseguenze. Coloro che si trovano nelle condizioni migliori desiderano ottenere maggiori benefici soltanto all'interno di uno schema in cui ciò va a vantaggio dei meno fortunati»¹⁴⁵.

Quella che l'autore propone è una società cooperativa per il reciproco vantaggio¹⁴⁶, all'interno della quale i membri, se agiscono in modo razionale, non possono non ritenere dannose le ingiustizie¹⁴⁷. Questa impostazione si ricollega alla regola del *maximin*¹⁴⁸, secondo cui gli individui nella posizione originaria, sotto il velo di ignoranza, scelgono razionalmente la soluzione più equa dal punto di vista morale. Il principio di differenza non solo tutela chi sta peggio, sollevandolo da inaccettabili disuguaglianze, ma permette che determinate disuguaglianze considerate utili, ammissibili, lo siano nella prospettiva dell'interesse generale, non deteriorando la tutela di chi non ne trae vantaggio. In altre parole, «il principio di differenza propone di massimizzare le attese delle persone meno avvantaggiate, in termini di beni primari sociali»¹⁴⁹.

Allo stesso modo, le posizioni nella società devono rimanere aperte a tutti in maniera equa, in quanto

«gli esclusi si sentirebbero a buon diritto trattati ingiustamente, anche se beneficiassero di maggiori sforzi compiuti da quelli che hanno potuto ottenere le

144 J. Rawls sottolinea come i due principi della giustizia esposti nella sua *Teoria* vadano ricollegati ai principi fondamentali che ispirarono la Rivoluzione francese: «possiamo associare alle tradizionali idee di libertà, fraternità ed eguaglianza l'interpretazione democratica dei due principi di giustizia nel modo che segue: La libertà corrisponde al primo principio, l'eguaglianza all'idea di eguaglianza del primo principio unita all'eguaglianza di equa opportunità, e la fraternità al principio di differenza» (*Ivi*, 102); L. FERRERO, *Il principio di differenza: incentivi o eguaglianza?*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1, 47-63.

145 J. RAWLS, *Una teoria*, 101; cfr. C. ANSPERGER - P. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza*, 60-61; B. BARRY, *Teorie*, 239-258.

146 Cfr. B. BARRY, *Teorie*, 258-271.

147 Cfr. J. RAWLS, *Una teoria*, 79-81; B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 28-32.

148 «Le ineguaglianze sono permesse quando massimizzano, o almeno contribuiscono generalmente a migliorare, le aspettative di lungo periodo del gruppo meno fortunato della società». J. RAWLS, *Una teoria*, 136-137.

149 S. MAFFETTONE, *Introduzione*, 46.

posizioni in questione. Le loro rimostranze sarebbero giustificate non solo perché sarebbero stati esclusi da certi vantaggi esteriori della carica, quali ricchezze e privilegi, ma anche perché sarebbero privati della possibilità di realizzarsi che deriva da un leale e abile esercizio dei doveri sociali. Essi sarebbero così privati di una delle forme principali di bene umano»¹⁵⁰.

Se la struttura fondamentale della società è il fulcro della giustizia, «il primo problema di distribuzione è quello dell'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e della regolamentazione delle ineguaglianze economiche e sociali e delle aspettative legittime basate su di esse»¹⁵¹. In questo senso, la società può realmente essere interpretata come un'impresa sociale per il reciproco vantaggio.

4.4. *La giustizia procedurale pura*

Si va così delineando il concetto di giustizia procedurale pura, nel senso di «progettare il sistema sociale in modo che il risultato sia giusto in qualunque caso, per lo meno all'interno di un ambito determinato»¹⁵².

La giustizia procedurale perfetta garantisce a ciascuno una distribuzione matematica; la giustizia procedurale imperfetta sostiene che possono darsi soluzioni differenti per casi analoghi in situazioni diverse. Si parla di giustizia procedurale pura, invece,

«quando non esiste un criterio indipendente per un risultato corretto. Esiste invece una procedura equa o corretta tale da dare un risultato similmente equo o corretto, qualunque esso sia, a condizione di seguire appropriatamente la procedura»¹⁵³.

150 J. RAWLS, *Una teoria*, 84. «In una società che professasse pubblicamente i principi di Rawls, il meno avvantaggiato saprebbe che la sua posizione trae il massimo vantaggio dalle ineguaglianze che egli percepisce. Ineguaglianze meno importanti finirebbero per vittimizzarlo anche in misura maggiore. Quanto ai più avvantaggiati, che sembrano essere meno favoriti di quanto siano di fatto i loro simili in tutte le società conosciute, essi sarebbero convinti dall'argomento per cui la loro relativa perdita, paragonata alla posizione più vantaggiosa che una distribuzione meno equa assicurerebbe loro, verrebbe compensata dalla cooperazione dei loro partner, in mancanza della quale il loro relativo privilegio sarebbe minacciato». P. RICOEUR, *È possibile*, 96-97.

151 J. RAWLS, *Una teoria*, 84.

152 *Ivi*, 85.

153 *Ivi*, 86.

J. Rawls continua allora il suo ragionamento sostenendo che «se si intende applicare la nozione di giustizia procedurale pura alle quote distributive, è necessario costruire e amministrare in modo imparziale un sistema di Istituzioni giusto»¹⁵⁴, secondo uno schema pubblico di regole, tale che il sistema risulti giusto nella misura in cui è giusto lo schema di cooperazione da cui esso ha origine, «nonché –ovviamente– dalle risposte alle pretese degli individui che ne fanno parte»¹⁵⁵.

Il tentativo di orientare la giustizia alla conflittualità dell'esperienza sociale si rinnova costantemente nel garantire alla giustizia stessa un sistema di neutralità con il mandato di assorbire i particolarismi capaci di generare conflittualità; cosicché «è giusto ciò che è imparzialmente (neutralmente) riconosciuto come tale e che è imparziale ciò che viene riconosciuto sulla base di una condizione di reciprocità»¹⁵⁶.

5. CONCLUSIONE

5.1. *Il pluralismo rawlsiano*

Negli scritti successivi all'uscita dell'opera principale di J. Rawls, tutto il mondo scientifico e accademico dovette confrontarsi con il suo pensiero, e anche lo stesso autore, instancabilmente, fino ai suoi ultimi giorni di vita, non smise mai di criticare, ripensare e migliorare la sua teoria della giustizia per oltre trent'anni, rielaborando la propria dottrina, fino a correggerne i difetti più gravi, rispondendo, così, alle riserve avanzate da settori del pensiero filosofico-politico contemporaneo.

Uno dei maggiori aspetti al quale J. Rawls ha dedicato molta attenzione riguarda la domanda sul se, sul perché e su come il Liberalismo politico sia in grado di massimizzare la diversità, evitando al minimo la divisione politica.

Secondo l'autore di *Una teoria della giustizia*, innanzitutto occorre professare una fede convinta nel Liberalismo; ancora, questa fede è limitata solo ad alcuni aspetti della vita collettiva. Da questa duplice affermazione di principio deriva la necessità di prestare molta attenzione agli aspetti di vita pubblica,

154 *Ibidem*. Un grande vantaggio pratico ma, allo stesso tempo, un grande limite della giustizia procedurale pura sta nel voler rispondere a tutte le istanze di giustizia, senza però prendere in considerazione l'innumerabile varietà di circostanze che caratterizzano la vita di ogni uomo nel mondo, oltre, alla personalissima e quindi sempre diversa posizione che esso può assumere.

155 *Ibidem*.

156 B. DE FILIPPIS, *Il problema*, 34.

in cui la convinzione liberale è destinata a prevalere, sapendo però distinguerli da quelli in cui ognuno ha piena capacità delle personali opinioni radicate.

Sebbene questo bilanciamento tra esigenze contrapposte possa portare a immaginare J. Rawls un sostenitore del “dualismo” e della “discontinuità”¹⁵⁷, egli non intende separare la politica dal resto della persona. Piuttosto, l’intento del professore di Harvard è quello di restringere l’insieme dei conflitti trattabili politicamente alla specifica area del pubblico. L’obiettivo da perseguire, attraverso i concetti di giustificazione pubblica e di consenso, è la ricerca collettiva di una stabilità sociale di tipo istituzionale, capace di superare le opinioni e le qualità personali di ciascuno¹⁵⁸.

Il paradossale dualismo del quale è possibile accusare J. Rawls risiede semplicemente nella pretesa che il Liberalismo operi su due piani, i quali sono allo stesso tempo divisi (filosofico e politico), per cercare un compromesso tra la visione critica e teoretica e la visione realista del Liberalismo stesso¹⁵⁹.

In *Una teoria della giustizia* era sufficiente che individui noumenici ripetessero l’esperienza mentale della posizione originaria, per riconoscere il richiamo morale dei principi di giustizia e accettare la teoria della giustizia come equità.

In “Liberalismo politico”, J. Rawls tenta di rendere la sua teoria meno astratta. Eliminando il velo di ignoranza, i cittadini acquistano la propria personalità e si trovano in relazione, oltre che con se stessi, anche con l’esterno, nella amletica condizione di confrontare la personalissima adesione a una dottrina comprensiva alle concrete e pressanti richieste che il pluralismo avanza alla ricerca di un accordo reale.

Qui il cambiamento di teoria appare abbastanza definito. Se, infatti, la base di partenza di tutta la teoria della giustizia era ancorata a una prospettiva ideale di cittadini ipotetici, soli e anonimi sotto il velo di ignoranza, l’evoluzione della teoria conduce a cittadini concreti, a persone realmente umane che conoscono e si identificano in una dottrina onnicomprensiva.

Lo slancio propositivo di questa teoria, la quale va letta attraverso tutto l’itinerario filosofico di J. Rawls, risiede proprio nella consapevolezza che cittadini concreti devono accordarsi su principi di giustizia; e questa intesa deve realizzarsi anche senza la condivisione del ragionamento che in *Una teoria della giustizia* ha portato alla dimostrazione della loro validità; ovvero,

157 Cfr. A. BESUSSI, *Ragioni “fredde” e ragioni “calde”. Per una difesa della discontinuità*, in S. MAFFETTONE - S. VECA (curr.), *Filosofia, Politica, società*, Roma, 1995, 3-15.

158 Cfr. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo*, 97-116.

159 Cfr. S. MAFFETTONE, *Liberalismo filosofico contemporaneo*, in S. MAFFETTONE - S. VECA (curr.), *Filosofia*, 70.

probabilmente, senza condividere neanche una comune base politica di stampo liberale.

Non si tratta di raggiungere un banale compromesso o *modus vivendi* di comodo tra persone che credono in cose diverse; la convinzione è quella di poter condividere un insieme di valori comuni, anche se appartenenti solo al dominio specifico della politica. Questo proposito non vuol significare una scivolata da parte dell'autore nel torbido riferimento ideologico; si tratta, piuttosto, di una "ragione morale" che induce persone di differente orientamento ad accettare un consenso per intersezione quando affrontano temi politici.

5.2. I limiti della teoria rawlsiana e le prospettive del Liberalismo filosofico contemporaneo

L'effettivo limite che J. Rawls incontra nel suo argomentare è quello che le ragioni normative di *Una teoria della giustizia* cedano il passo alla prassi dell'integrazione sociale, discostandosi dall'originario Liberalismo critico rawlsiano, ovvero, quello di una Filosofia politica normativa capace di darci criteri profondi di scelta tra alternative etico-politiche rivali¹⁶⁰. Inoltre, negli ultimi scritti, ragioni pragmatiche, diverse dall'appello al migliore argomento o alla più profonda convinzione, si trovano a dettare il consenso finale.

Piuttosto che cercare di conciliare continuismo e pluralismo, J. Rawls preferisce indebolire la parte normativa della sua teoria pur di far emergere il pluralismo come una caratteristica dei sistemi sociali e politici liberali.

A tal proposito S. Maffettone tenta di sviluppare l'idea del continuismo liberale, con la volontà di cercare una continuità profonda tra una visione generale del mondo liberale e le sue caratteristiche teorico-politiche¹⁶¹. L'itinerario ermeneutico di questo autore presuppone una versione di Metafisica, intesa come ricerca profonda di una cultura condivisa, che sia allo stesso tempo coerente con la posizione del Liberalismo critico.

La tesi fondamentale di S. Maffettone sottolinea il fatto che l'Ontologia del mondo in cui viviamo, la natura delle cose, è basata sul pluralismo.

J. Rawls afferma che esiste un "noi" morale forte e duraturo che si cela dietro la struttura istituzionale di un regime liberaldemocratico. In *Una teoria della giustizia*, questo "noi" viene usato in negativo per limitare il disaccordo, senza ben spiegare il rapporto che si viene a instaurare tra questa forma di con-

160 Cfr. *ivi*, 91.

161 Cfr. R. DWORIN - S. MAFFETTONE, *I fondamenti*.

senso e il fatto del pluralismo. S. Maffettone recupera questo concetto in positivo, guardando agli impegni ontologici più profondi per arrivare a fondare un impegno morale condiviso, il quale è inscindibilmente unito al più ampio orizzonte culturale della persona. Rinunciare a questo orizzonte, per l'autore, significherebbe rinunciare al nostro modo di essere. In tal senso, ricorrendo a un discorso di Metafisica pubblica, la teoria di J. Rawls non scivola in un semplice prassismo comunitarista.

La certezza morale nel Giudizio canonico¹

CLAUDIA IZZI

SOMMARIO: Introduzione. 1. Il concetto di certezza morale nel sistema processuale canonico. 2. La certezza morale necessaria e sufficiente. 3. La definizione di certezza morale nell'Istruzione "*Dignitas Connubii*". 4. La formazione della certezza morale nell'animo del Giudice: la "*quæstio Iuris*" e la "*quæstio facti*". 5. La dimensione soggettiva ed oggettiva della certezza morale. 6. Linee applicative nella prospettiva istituzionale e personalista del Processo.

SUMMARY: *Introduction. 1. The concept of moral certainty in the canonical trial system. 2. The necessary and sufficient moral certainty. 3. The definition of moral certainty in the Instruction Dignitas Connubii. 4. The forming of the moral certainty in the Judge's mind: the quæstio Iuris and the quæstio facti. 5. The subjective and the objective dimension of the moral certainty. 6. Application lines under the institutional and personalistic perspective of the Trial.*

INTRODUZIONE

La prescrizione legale introdotta nel Codice previgente² e ripresa in termini equivalenti dal Can. 1608³ del Codice del 1983 esige dal Giudice il con-

1 Relazione presentata in occasione della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema "Decidere e giudicare nella Chiesa", tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense nei giorni 8-9 marzo 2011.

2 Cfr. CIC-17, Can. 1869 §§1-4.

3 Identica la formulazione del Can. 1291 CCEO, salvo una lieve modifica stilistica nel §4.

seguimento della certezza morale sulla questione che costituisce l'oggetto del Processo, quale condizione previa all'emanazione della Sentenza di accoglimento della pretesa addotta in Giudizio dalla parte attrice⁴.

Pur essendo riferita, in modo esplicito e diretto, alla fase decisoria del Processo ed alla persona del Giudice, la norma assume, in realtà, una portata più ampia ed una valenza centrale nella dinamica del Giudizio canonico, poiché è destinata ad incidere ed orientare l'agire dei diversi protagonisti del Processo, specialmente mediante l'esercizio dello *ius ad probationes* delle parti, atteso l'obbligo per il Giudice di formare il proprio convincimento sulla base oggettiva delle risultanze processuali («*ex Actis et probatis*»). Tale vincolo rivela il rapporto funzionale che sussiste, nell'ambito giudiziario canonico, tra la stessa certezza morale ed il principio del *favor veritatis*⁵; nel contempo, impone primariamente al Giudice ed insieme alle parti in Causa, pubbliche e private, di cooperare secondo la prospettiva propria di ciascuno all'accertamento razionale dei fatti per giungere ad un pronunciamento conforme a verità.

Riflettere sulla natura, significato e ruolo che riveste il concetto di certezza morale maturato nell'esperienza giuridica ecclesiale dell'ultimo secolo induce, dunque, ad accostare uno dei principi fondamentali e caratterizzanti l'intero sistema processuale canonico. Proprio la rilevanza e la centralità operativa⁶ della tematica rendono ragione dei numerosi studi, anche pregevoli, condotti sull'argomento⁷, sebbene il contributo più autorevole e chiarificatore,

4 Nonostante il §1 del Can. 1608 CIC-83 richieda il raggiungimento della certezza morale nel Giudice per l'emissione di "qualsiasi Sentenza", al §4 si chiarisce che il suo conseguimento è imprescindibile solo per l'emanazione di una Sentenza favorevole alla parte attrice e che, nelle Cause che godono il favore del Diritto, il mancato conseguimento della certezza morale comporta il pronunciamento *in favorem Iuris*.

5 Pur non essendo una prerogativa che compete ai soli Processi canonici, l'obbligo di accertare la realtà obiettiva risulta in questi ultimi maggiormente vincolante, in virtù della connessione delle Cause canoniche, non solo di quelle in materia spirituale, con la *salus animarum*. Sul nesso tra la certezza morale ed il principio del *favor veritatis*, cfr. J. LLOBELL, *La genesi della Sentenza canonica*, in P.A. BONNET - C. GULLO (curr.), *Il Processo matrimoniale canonico*, nuova ed. aggiornata e ampliata, coll. *Studi giuridici*, n. XXIX, Città del Vaticano, 1994, 700-703.

6 Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 418.

7 Cfr. E. GRAZIANI, *La certezza morale oggettivamente fondata*, in *Il Diritto ecclesiastico*, LIII (1942), 340-341; G. DOSSETTI, *Processo matrimoniale canonico e Logica giuridica (A proposito del discorso di Sua Santità alla S.R. Rota)*, in *Ius*, III (1942), 245-258; E.A. MCCARTHY, *De certitudine morali quæ in Iudicis animo ad Sententiæ pronuntiationem requiritur. Animadversiones historico-critice ad Allocutionem S.P. Pii XII habitam d. 1^a mensis octobris a. 1942 coram Auditoribus et Officialibus S.R. Rotæ*, Romæ, 1948; W.F. ALLEN, *Moral certitude*, in *The Jurist*, XVII (1957), 323-331; F. DELLA ROCCA, *De morali certitudine in Sententia canonica*, in *Apollinaris*, XXXIII (1960), 211-217; O. GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del Giudice ecclesiastico*, in AA.VV., *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma, 1972, 605-620; P.A. BONNET, *De Iudicis Sen-*

che ha consentito di precisare il genuino significato del concetto di certezza morale, sia da attribuirsi agli insegnamenti impartiti dal Pontefice Pio XII⁸, successivamente ribaditi da Giovanni Paolo II⁹ e, più di recente, recepiti da una nuova disposizione contenuta nell'Istruzione sui Processi di nullità matrimoniale "*Dignitas Connubii*"¹⁰.

Risulta, pertanto, irrinunciabile contestualizzare l'indagine sulla certezza morale alla luce delle fonti appena menzionate, da intendersi nel più ampio orizzonte assiologico di quegli insegnamenti, ovvero secondo la concezione istituzionale del Processo canonico prospettata da Pio XII¹¹ ed arricchita dagli apporti dell'autentico Personalismo cristiano, i cui riflessi anche in ambito processuale sono stati indicati da Giovanni Paolo II¹².

tentia ac de certitudine morali, in *Periodica*, LXXV (1986), 61-100; I. GRAMUNT - L.A. WAUCK, *Moral certitude and the collaboration of the Court expert in cases of consensual incapacity*, in *Studia canonica*, XX (1986), 69-84; Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 417-450; P. ERDŐ, *La certezza morale nella pronuncia del Giudice. Problemi attuali*, in *Periodica*, LXXXVII (1998), 81-104; J. LLOBELL, *La certezza morale nel Processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998), 758-802; J. LLOBELL, *Oggettività e soggettività nella valutazione giudiziaria delle Prove*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 14 (2001), 394-413; A. STANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della Sentenza*, in H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M.A. ORTIZ (CUR.), *La nullità del Matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma, 2005, 231-245; P.A. BONNET, *Brevi annotazioni sul Matrimonio condizionato e sulla certezza morale in Giuseppe Dossetti*, in *Archivio giuridico*, CCXXV (2005), 3-38; W. KOWAL, *Moral certainty and truth justification*, in *The Jurist*, LXV (2005), 146-180; J. LLOBELL, *La modificación "ex officio" de la fórmula de la duda, la certezza moral y la conformidad de las Sentencias en la Instrucción Dignitas Connubii*, in *Ius canonicum*, XLVI (2006), 139-176; M.A. ORTIZ, *Le Dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, in *Ius Ecclesiae*, XVIII (2006), 387-416; P. BIANCHI, *La certezza morale e il libero convincimento del Giudice*, in P.A. BONNET - C. GULLO (CUR.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte I: i principi*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXV, Città del Vaticano, 2007, 387-401.

8 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 1 octobris 1942, in AAS, XXXIV (1942), 338-343.

9 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ Decanum, Prælatos auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno*, 4 februarii 1980, in AAS, LXXII (1980), 172-178.

10 Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a Tribunalibus diœcesanis et interdiœcesanis in pertractandis Causis nullitatis Matrimonii: Dignitas Connubii*, in *Communications*, XXXVII (2005), 11-92 [da questo punto in poi abbreviata in: "DC"], Art. 247 §2. Pertanto, sebbene la presente analisi sulla certezza morale non sia circoscritta ai soli Processi di nullità matrimoniale, non mancheranno esemplificazioni e richiami relativi a questi ultimi, senza necessità di specificare di volta in volta.

11 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. R. Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 2 octobris 1944, in AAS, XXXVI (1944), 281-290.

12 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Iudices*, 10 februarii 1995, in AAS, LXXXVII (1995), 1013-1019.

La mia esposizione sarà impostata nella prospettiva descritta, al fine di porre in risalto l'originalità del concetto canonico di certezza morale, con le sue connotazioni specifiche, che qualificano il "Decidere e giudicare nella Chiesa", come richiesto dal tema generale della presente occasione. Per evidenti ragioni non mi sarà possibile fornire un'esplorazione compiuta di tutti gli aspetti connessi all'argomento; è invece mia intenzione incentrare la riflessione sul valore metodologico che assume nel Processo canonico il requisito della certezza morale giudiziaria.

Al fine di soddisfare l'obiettivo specifico dell'*explicitio terminorum*, che le Giornate canonistiche interdisciplinari intendono perseguire, dedicherò la prima parte del mio intervento ad inquadrare la questione sotto il profilo concettuale e sistematico, per poi passare ad esaminare i fattori soggettivi ed oggettivi implicati nella formazione della certezza morale, da ultimo cercherò di tradurre l'analisi sul piano pratico, delineando alcune linee applicative congruenti con la visione istituzionale e personalista del Processo.

1. IL CONCETTO DI CERTEZZA MORALE NEL SISTEMA PROCESSUALE CANONICO

Il concetto di certezza morale, originariamente individuato in ambito filosofico, assume nel Diritto processuale canonico un proprio ed autonomo significato. È nota l'espressione di S. Tommaso, che definisce la certezza un fermo assenso dell'intelletto ad una verità, che esclude ogni timore di errore¹³. Per la Filosofia la certezza consiste in uno stato di convinzione soggettiva, effetto di un'evidenza: la certezza filosofica è, quindi, una certezza assoluta, che esclude non solo la probabilità, ma anche la possibilità di errore. La certezza assoluta, poi, si distingue in "certezza metafisica", basata sulla natura o essenza delle cose secondo principi assoluti ed universali, e "certezza fisica", fondata sulla necessità delle leggi naturali che governano la creazione e l'universo. Dalla Scolastica viene, inoltre, enucleato il concetto di "certezza morale", basata sulle regole pratiche della vita, che costituisce il grado di certezza necessario per l'agire morale¹⁴.

Nell'ambito canonico, l'espressione "certezza morale" inizia ad essere utilizzata dalla dottrina in epoca post-tridentina¹⁵; successivamente, compare

13 S. THOMAS, *Commentum in quattuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi*, III, d. 26, q. 2, a. 4: «*certitudo proprie dicitur firmitas adhesionis virtutis cognitivæ in suum conoscibile*».

14 Sul diverso significato del concetto di "certezza morale" in ambito filosofico, morale e canonico, cfr. E.A. MCCARTHY, *De certitudine morali*, 69-74; Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 422-423.

15 Cfr. T. SÁNCHEZ, *De sancto Matrimonii Sacramento*, I, Norimbergæ, 1706, lib. II, dis 45, 192, n. 4:

in alcune Istruzioni in materia processuale emanate nel corso del XIX secolo da varie Congregazioni della Curia Romana¹⁶. Tuttavia, è solo con la prima codificazione canonica che viene formalizzato nel Diritto universale della Chiesa l'obbligo per i Giudici di conseguire la certezza morale prima di emettere una Sentenza favorevole alla parte attrice, in qualsiasi genere di Causa e grado di Giudizio¹⁷.

Nel discorso rivolto agli Uditori rotali per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1941, Pio XII precisa che in foro canonico si dice "morale" quel fermo convincimento che «escluda ogni dubbio prudente, ossia fondato su ragioni positive»¹⁸; in altri termini, è «la valutazione del Giudice contro la quale manca un ragionevole motivo di dubbio»¹⁹. La certezza morale richiesta al Giudice si oppone alla certezza assoluta propria della Filosofia²⁰, che esclude non solo la probabilità, ma anche la mera possibilità di errore²¹.

Tornando ad approfondire più ampiamente il tema nella celebre Allocuzione rotale del 1942, Pio XII ribadisce che la certezza assoluta

«quia certitudo metaphysica haberi nequit, cum ea quæ ab hominis corde pendent, soli Deo nota sint; ergo sufficit certitudo moralis; hæc autem cum iure definita non sit, nulla certior regula præscribi potest, quam ut sit ea, quæ virum prudentem, attentis circumstantiis occurrentibus, certum redderet».

- 16 Cfr. SACRA CONGREGATIO CONCILII, *Instructio*, 22 augusti 1840, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, VI, Romæ, 1932, n. 4069, 349; SACRA CONGREGATIO EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Instructio: Constitutio facultatem Ordinariis locorum*, 11 iunii 1880, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, IV, Romæ, 1926, n. 2005, 1023, n. 16; SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio: ad Episcopos Rituum Orientalium*, anno 1883, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, IV, Romæ, 1926, n. 1076, 406, n. 43; SACRA CONGREGATIO DE PROPAGANDA FIDE, *Instructio*, a. 1883, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, VII, Romæ, 1935, n. 4901, 489, n. 43. Sulle differenti accezioni dell'espressione "certezza morale" impiegata nei documenti citati, cfr. A. STANKIEWICZ, *La certezza morale*, 232-233.
- 17 Questo il significato dell'espressione "*cuilibet Sententiæ*", già presente nel Can. 1869 §1 CIC-17, in seguito riprodotta nei Cann. 1608 §1 CIC-83 e 1291 §1 CCEO: la formazione della certezza morale nell'animo del Giudice è necessaria per pronunciarsi in favore della pretesa attorea tramite Sentenza interlocutoria o definitiva, sia essa emessa in una Causa contenziosa, penale o contenzioso-amministrativa. In epoca antecedente alla prima codificazione canonica era, invece, richiesto un maggior grado di certezza nelle Cause penali ed in quelle contenziose di maggiore rilievo, tra cui le matrimoniali, la semplice probabilità era ritenuta sufficiente nelle altre Cause contenziose; si veda a riguardo l'indagine storica condotta da E.A. MCCARTHY, *De certitudine morali*, 25-55.
- 18 PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 3 octobris 1941, in AAS, XXXIII (1941), 424, n. 2.
- 19 O. GIACCHI, *La certezza morale*, 611.
- 20 Cfr. M. LEGA, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris canonici*, (V. BARTOCCETTI, cur.) II, Romæ, 1939, 934; l'autore osserva: «*Sane ad physicam et metaphysicam pervenitur absque inductione seu ratiocinio; dum ad moralem ratiocinando venitur*».
- 21 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: 3 octobris 1941, 424, n. 2.

«non è necessaria per proferire la Sentenza. In molti casi raggiungerla non è possibile agli uomini; l'esigerla equivarrebbe al richiedere cosa irragionevole dal Giudice e dalle parti: importerebbe il gravare l'amministrazione della giustizia al di là di una tollerabile misura, anzi ne incepperebbe in vasta proporzione la via»²².

Nel contesto dell'epoca, talvolta non esente da atteggiamenti di eccessivo rigorismo, il Pontefice richiama i Giudici ad una visione della certezza morale improntata al sano realismo: si esige, difatti, quel grado di sicurezza che «si appoggia sulla costanza delle leggi e degli usi che governano la vita umana»²³ e che può essere ragionevolmente conseguito dalla persona prudente nel formare il proprio convincimento su fatti e circostanze della realtà umana²⁴. La certezza morale è certezza giudiziaria, compete al Giudice in quanto persona che ricopre un ufficio ecclesiastico pubblico, il cui legittimo pronunciamento, la Sentenza, ha come destinatarie le persone dei fedeli. Ora, tenuto conto della «incertezza delle certezze umane»²⁵, ossia dei limiti della condizione umana nel conoscere perfettamente ogni aspetto della realtà, l'unica certezza che, a rigor di logica, può richiedersi alla persona del Giudice è quella morale²⁶; al contrario, esigere la certezza assoluta costituirebbe un serio ostacolo nella tutela giudiziaria dei diritti delle persone²⁷.

In definitiva, la *certezza giudiziaria* è una *certezza realistica*; è un convincimento soggettivo, frutto dell'umano raziocinio, fondato su ragioni oggettive, che escludano ogni dubbio serio e prudente. Poiché esclude la probabilità, ma non la possibilità dell'errore, la certezza giudiziaria non assurge al grado di assolutezza della certezza filosofica (metafisica, fisica o morale); si tratta, invece, di una "certezza morale pratica", ossia di conseguire quel convincimento "pratico", idoneo e sufficiente ad agire ed operare con prudenza negli atti della vita concreta²⁸.

22 Pius PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 339, n. 1.

23 *Ibidem*; Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 175, n. 6.

24 F. ROBERTI, *De Processibus*, II, Romæ, 1926, 175: «*quæ moralis certitudo non excludit possibilitatem errandi, sed talis est qualem in rebus humanis licet attingere*».

25 O. GIACCHI, *La certezza morale*, 608.

26 Il tema è ripreso dallo stesso Pontefice Pio XII in riferimento all'emanazione della Sentenza penale: cfr. Pius PP. XII, Allocutio: *Iis qui interfuerunt VI Conventui nationali sodalium Consociationis ex Iuris peritis catholicis Italiae*, 5 decembris 1954, in AAS, LXIV (1955), 64-65.

27 Pius PP. XII, Allocutio: 3 octobris 1941, 424, n. 2: «nessun Tribunale ecclesiastico ha il diritto e il potere di esigere di più. Esigendo di più, facilmente si viene a ledere lo stretto diritto degli attori al Matrimonio; giacché, non essendo essi in realtà legati da alcun vincolo matrimoniale, godono del naturale diritto di contrarlo».

28 Cfr. F. DELLA ROCCA, *De morali certitudine*, 213; J.J. GARCÍA FAILDE, *Tratado de Derecho procesal canónico*, Salamanca, 2005, 322-323; J.J. GARCÍA FAILDE, *La Instrucción "Dignitas Connubii" ad*

D'altro canto, che non venga richiesto al Giudice di raggiungere la certezza assoluta trova indiretta conferma nella previsione del diritto di Appello a favore della parte gravata dalla Sentenza, nella possibilità di riesaminare «*quovis tempore*»²⁹ le Cause che vertono sullo stato delle persone e negli ulteriori mezzi di impugnazione esperibili contro le decisioni giudiziarie. La stessa formula utilizzata dai Giudici nella parte dispositiva della Sentenza, per i Processi di nullità matrimoniale, risponde al dubbio se “consta” o meno l’invalidità del Matrimonio, utilizzando un’espressione che dà la misura della conoscibilità delle realtà umane accessibile al Giudice³⁰.

La certezza morale, indispensabile per pronunciarsi affermativamente sulla pretesa attorea, va inoltre distinta dal convincimento soggettivo di natura meramente psicologica, né può equivocarsi in tal senso l’espressione legislativa che esige la formazione della certezza morale «*in Iudicis animo*»³¹. Occorre, pertanto, sottolineare il carattere giudiziario della certezza morale³², che non riguarda il Giudice in quanto persona privata, ma in qualità di persona pubblica, investita di potestà nella Chiesa, tenuta a formare il proprio fermo convincimento all’interno di un legittimo Processo giudiziario e non al di fuori di esso, nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali, con gli strumenti e le finalità proprie del Processo canonico; il Giudice non può ottenerla in virtù di suggestioni intime e neppure di informazioni estranee agli Atti di Causa³³, ma deve conseguirla sulla base di quanto è stato fatto e provato nel Processo, dopo valutazione attenta e critica delle Prove³⁴.

examen, Salamanca, 2006, 215. Viene definita in termini di certezza morale “relativa” *pro subiecta materia* in M. LEGA, *Commentarius*, 934 e 938.

29 Can. 1644 §1 CIC-83.

30 Cfr. Prus PP. XII, Allocutio: 3 octobris 1941, 424, n. 2

31 Can. 1608 §1 CIC-83.

32 F. DELLA ROCCA, *De morali certitudine*, 213-214: «*quae persuasio quoque “judicialis” denominar ipotest quia est medium ad judicandum et rationalis esse debet*». Cfr. a riguardo J. Llobell, che opportunamente segnala il rischio della certezza morale “prestata” da altri soggetti, come nel caso del Perito, qualora il Giudice si limiti ad una recezione passiva delle conclusioni peritali (J. LLOBELL, *La certezza morale*, 768).

33 Informazioni peraltro vietate ai sensi del Can. 1604 §1 CIC-83.

34 E. GRAZIANI, *La certezza morale*, 341: «e così innanzi tutto si pone l’esigenza di fondare il proprio convincimento su dati oggettivi. Né ciò significa svalutazione dell’elemento soggettivo o giudicativo ma significa invece svalutazione della falsa soggettività, prodotta da moti o da stati d’animo perturbatori del giudizio».

2. LA CERTEZZA MORALE NECESSARIA E SUFFICIENTE

Se dal Giudice canonico non si esige il conseguimento del massimo grado di certezza (certezza assoluta) per sentenziare, di contro risulta insufficiente il giudizio opinabile, nel quale la volontà sceglie ciò che ritiene più verosimile o probabile; e difatti, la mera opinione, che si riduce ad una valutazione sulla «maggiore o minore probabilità»³⁵, non offre la necessaria certezza morale giudiziaria, «perchè non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare»³⁶. Pertanto, «questa probabilità o quasi-certezza non offre una base sufficiente per una Sentenza giudiziaria intorno alla obiettiva verità del fatto»³⁷.

Nella già richiamata Allocuzione del 1942, dopo aver premesso che nell'ambito della certezza morale si ammettono vari gradi, Pio XII indica il grado della certezza morale necessaria e sufficiente per emanare una Sentenza:

«tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, quella *certezza morale* [...]. Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza»³⁸.

Dunque, per Pio XII il grado di certezza richiesto al Giudice si colloca tra la quasi-certezza o probabilità e la certezza assoluta: la prima non è sufficiente, la seconda non necessaria. L'insegnamento viene successivamente ribadito con fermezza da Giovanni Paolo II che, nel discorso rivolto agli Uditori rotali nel 1980, riprende alla lettera le parole del suo predecessore appena ricordate, aggiungendo che con esse «Pio XII dichiarò in modo autentico il concetto canonico di certezza morale»³⁹. Nel differente contesto del postconcilio, il pronunciamento di Giovanni Paolo II si pone in continuità, conferma ed al tempo stesso rafforza la definizione di Pio XII, indicandola come l'autentico, genuino significato del concetto canonico di certezza morale⁴⁰.

35 Pius PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 339, n. 1.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 *Ivi*, 339-340, n. 1. In un successivo discorso Pio XII afferma che la certezza morale è quella che «escluda ogni ragionevole e serio dubbio», che non lascia sussistere «un importante e serio dubbio» Pius PP. XII, Allocutio: 5 decembris 1954, 64.

39 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 176, n. 6.

40 Il contesto magisteriale e la mancata ottemperanza dei requisiti formali, di cui al Can. 16 §1 CIC-83

Il richiamo pontificio al medesimo principio pare, tuttavia, derivare da un diverso ordine di preoccupazioni: se Pio XII sembra insistere soprattutto sulla differenza tra la certezza morale giudiziaria e la certezza assoluta – affinché il Processo decisionale del Giudice non sia condizionato da scrupoli eccessivi, non giustificati dall’effettiva sussistenza di un dubbio prudente, ragionevole e fondato –, l’intervento di Giovanni Paolo II risulta, invece, più orientato a ribadire la distinzione tra la quasi-certezza e la certezza morale, a causa dell’insinuarsi di tendenze lassiste, soprattutto nei Processi matrimoniali⁴¹. A riguardo Egli ammonisce:

«a nessun Giudice è lecito pronunciare una Sentenza a favore della nullità di un Matrimonio, se non ha acquisito prima la certezza morale sull’esistenza della medesima nullità. Non basta la sola probabilità per decidere una Causa. Varrebbe per ogni cedimento a questo riguardo quanto è stato detto saggiamente delle altre Leggi relative al Matrimonio: ogni loro rilassamento ha in sé una dinamica impellente, “*cui, si mos geratur, divortio, alio nomine tecto, in Ecclesia tollerando via sternitur*”»⁴².

Il rischio, quindi, è di introdurre surrettiziamente una prassi divorzista nei Giudizi ecclesiastici di nullità matrimoniale; e, in effetti, dichiarare la nullità del Matrimonio sulla base di ciò che appare solo più probabile, ma non moralmente certo, contempla la probabilità che il Matrimonio sia valido, risultando in ultima analisi inconciliabile con la dottrina sull’indissolubilità del vincolo coniugale.

3. LA DEFINIZIONE DI CERTEZZA MORALE NELL’ISTRUZIONE *DIGNITAS CONNUBII*

Tra le complesse ragioni⁴³ che hanno favorito, presso alcuni Organi giudiziari, la descritta tendenza ad intendere la certezza morale in chiave proba-

(cfr. Can. 17 CIC-17), non consentono di qualificare come interpretazione autentica della Legge, in senso tecnico, il pronunciamento pontificio, la cui funzione è invece quella di precisare autorevolmente il significato proprio del “concetto” di certezza morale giudiziaria. Cfr. le osservazioni sul punto di Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 427-428.

41 *Ivi*, 439-440.

42 IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio*: 4 februarii 1980, 176, n. 6: il Pontefice cita la Lettera del 20 giugno del 1973 inviata dal Cardinale Prefetto del Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa al Presidente della Conferenza Episcopale Statunitense e correttiva della prassi basata sulla sufficienza della sola probabilità, che sarà evocata nel prosieguo della trattazione.

43 Nella molteplicità di fattori all’origine della menzionata tendenza possono, inoltre, ascrivere l’im-

bilista, riducendo il convincimento giudiziale a mero giudizio opinabile⁴⁴, può annoverarsi l'influsso esercitato dall'interpretazione estensiva di alcune disposizioni di Diritto particolare concesse nel 1970 dal Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa alla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti d'America⁴⁵ e successivamente estese alla Conferenza Episcopale Australiana⁴⁶. Nello specifico, le norme particolari statunitensi al n. 21 prevedevano che il Giudice potesse attingere la certezza morale dal prevalente peso delle Prove («*ex prevalenti momento Probationum*»), aventi il valore riconosciuto nella Giurisprudenza e nel Diritto⁴⁷.

Nella formulazione poco felice della norma, alcuni iniziarono a vedere un'attenuazione del grado di certezza richiesto al Giudice per pronunciarsi sulla nullità del Matrimonio, ritenendo sufficiente a tal fine la probabilità fornita dalla prevalenza delle Prove⁴⁸. Da subito, la dottrina più autorevole non mancò di segnalare la contraddizione esistente tra una simile linea interpretativa e l'insegnamento di Pio XII: decidere a favore del peso, se non addirittura del numero prevalente delle Prove non esclude che possano sussistere ulteriori Prove a suffragare la probabilità contraria; su tale direzione, si arriva a sostituire il concetto canonico di certezza morale con la quasi-certezza⁴⁹. Si com-

preparazione o una certa superficialità nel trattare le Cause da parte di qualche Giudice, il cedimento verso soluzioni solo apparentemente pastorali o verso posizioni ideologiche che mirano a far prevalere un presunto *favor libertatis* dei coniugi sul *favor veritatis*, e via dicendo. Su quest'ultimo aspetto, cfr. J. LLOBELL, *La genesi della Sentenza canonica*, 702.

44 In senso contrario, la costante Giurisprudenza rotale; *ex multis*, cfr. *Coram STAFFA, decisio diei 3 iunii 1949*, in APOSTOLICUM ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decisiones seu Sententiæ*, vol. XLI, 259, n. 2 (d'ora in poi abbreviato in *RRDec.*); *Coram FIORE, decisio diei 30 octobris 1965*, in *RRDec.*, vol. LVII, 780, n. 7; *Coram BRUNO, decisio diei 30 maii 1986*, in *RRDec.*, vol. LXXVIII, 356-357, n. 9; *Coram POMPEDDA, decisio diei 22 octobris 1996*, in *RRDec.*, vol. LXXXVIII, 633, n. 7; *Coram LÓPEZ ILLANA, decisio diei 10 martii 1998*, in *RRDec.*, vol. XC, 194, n. 24.

45 Cfr. CONSILIIUM PRO PUBLICIS ECCLESIE NEGOTIIS, Rescriptum: *Novus modus procedendi in Causis nullitatis Matrimonii approbatur pro Statibus Fœderatis Americæ Septemtrionalis*, 28 aprilis 1970, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiæ*, IV, Roma, 1974, n. 3848, coll. 5810-5812.

46 Cfr. CONSILIIUM PRO PUBLICIS ECCLESIE NEGOTIIS, Rescriptum: *Novus modus procedendi in Causis nullitatis Matrimonii approbatur pro Conferentiæ Episcopalis Australiæ territorio*, 31 augusti 1970, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiæ*, IV, Roma 1974, n. 3895, col. 5877.

47 CONSILIIUM PRO PUBLICIS ECCLESIE NEGOTIIS, Rescriptum: 28 aprilis 1970, 5812, n. 21: «*De certitudine morali acquirenda* Iudex edicet *Sententiam; secundum certitudinem moralem haustam ex prævalenti momento Probationum, quibus competit valor agnitus in Iurisprudencia et in Iure*».

48 Cfr. lo studio condotto sulla norma da F. HARMAN, *Certitudo moralis præsupposita in normis processualibus Tribunalibus Statuum Fœderatorum Americæ necnon Australiæ concessis*, in *Periodica*, LXI (1972), 379-393.

49 C. LEFEBVRE, *De procedura in Causis matrimonialibus concessa Conferentiæ Episcopali U.S.A.*, in *Periodica*, LIX (1970), 587: «*Sed patet ex modo dictis assertam "certitudinem moralem haustam ex prævalente momento Probationum" revera non excludere omne dubium fundatum contrarii (et non solum possibilitatem absolutam contrarii) cum agnoscat minus pondus seu momentum Probatio-*

prende, allora, come l'Allocuzione rotale del 1980 abbia evidentemente inteso recuperare il significato proprio della certezza morale in ambito giudiziario canonico, chiarendo che sulla materia non era intervenuta alcuna modifica; e benché le norme particolari in questione non fossero più in vigore⁵⁰, nuovamente, nell'Istruzione *Dignitas Connubii* del 2005, si è ritenuto opportuno puntualizzare il concetto della certezza morale giudiziaria per riprovare quelle prassi ancora inclini al probabilismo. Viene, pertanto, operata una scelta che segna un progresso rispetto ai Codici, latino ed orientale, oltre che nei confronti della precedente Istruzione "*Provida Mater*"⁵¹, poiché nessuno di questi testi aveva fornito una definizione esplicita della certezza morale.

Integrando quanto già stabilito nel Can. 1608, l'Art. 247 della *Dignitas Connubii* al §2 dispone che, per conseguire la necessaria certezza morale, non è sufficiente una prevalente importanza delle Prove e degli indizi, ma occorre che resti del tutto escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, tanto in Diritto quanto in fatto, sebbene non sia esclusa la mera possibilità del contrario⁵². È evidente la recezione, nel testo della norma, della concezione della certezza morale delineata nel Magistero di Pio XII e di Giovanni Paolo II illustrato in precedenza; appare parimenti chiaro il riferimento alle norme particolari statunitensi, circa il peso preponderante delle Prove, al fine di censurare ogni tentativo di ampliamento del concetto di certezza morale sino ad includervi la quasi-certezza.

num, quae revera existunt. Proinde agitur revera in casu non de certitudine morali, quasi a Pio XII determinatur, sed potius de quasi-certitudine, seu de probabilitate, sane maior (sed nil amplius), quam probabilitas, quae habet minus fundamentum». Rispetto alle generali critiche espresse in dottrina si mostra invece favorevole P.A. Bonnet, che definisce la novità "*exemplarem*" (P.A. BONNET, *De Iudicis Sententia*, 88), "*legitima ac sapiens*" (ivi, 91); in senso contrario, la replica puntuale espressa da Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 426, nota n. 26).

50 Erano state concesse *ad experimentum* per tre anni; Cfr. CONSILIIUM PRO PUBLICIS ECCLESIAE NEGOTIIS, Rescriptum: 28 aprilis 1970, 5810, n. 3848; CONSILIIUM PRO PUBLICIS ECCLESIAE NEGOTIIS, Rescriptum: 31 augusti 1970, 5877, n. 3895.

51 L'Art. 197 §§1-4 della *Provida Mater*, che per completezza si riporta di seguito, riproduce il testo del Can. 1869 §§1-4 CIC-17, applicandolo alle Cause matrimoniali. CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, Instructio servanda a Tribunalis dioecesis in pretractandis Causis de nullitate Matrimonium: *Provida Mater*, in AAS, XXVIII (1936), 350-351, Art. 197: «§1. *Ad pronuntiationem cuiuslibet Sententiae requiritur in Iudicis animo moralis certitudo circa rem Sententia definiendam.* §2. *Hanc certitudinem Iudex haurire debet ex Actis et probatis.* §3. *Probationes autem aestimare Iudex debet ex sua conscientia, nisi Lex aliquid expresse statuat de efficacia alicuius Probationis.* §4. *Iudex qui eam certitudinem post diligens causae examen efformare sibi non potuit, pronuntiet: "non constare de Matrimonii nullitate in casu"*».

52 Art. 247 §2 DC: «*Ad certitudinem autem moralem lure necessariam, non sufficit praevalens probationum indiciorumque momentum, sed requiritur ut quodlibet quidam prudens dubium positivum errandi, in lure et in facto, excludatur, etsi mera contrarii possibilitas non tollatur*».

Sulla nuova disposizione della *Dignitas Connubii*, non solo si è registrato un generale favore da parte dei primi commentatori dell'Istruzione⁵³, ma dallo studio degli schemi preparatori del documento emerge come, sin dall'inizio dei lavori, vi fu una sostanziale convergenza da parte dei redattori e degli Organismi consultati circa l'opportunità della sua introduzione. E difatti, già nel primo progetto, cui si lavorò tra il 1996 ed il 2000, il testo era stato elaborato nei medesimi termini dell'attuale §2 dell'Art. 247⁵⁴; alcune delle Conferenze episcopali, interpellate a riguardo nel 1999, manifestarono apprezzamento per la norma, ritenendo che le precisazioni ivi contenute avrebbero costituito un utile aiuto per i Giudici⁵⁵. Nella successiva presentazione del Primo Schema rivisto alla luce delle osservazioni delle Conferenze episcopali (11 luglio 2000), si evidenziò la grande rilevanza in esso attribuita ai presupposti per il conseguimento della certezza morale da parte dei Giudici, oltre che al ruolo del Difensore del vincolo⁵⁶.

Non deve, invece, stupire l'omissione della norma⁵⁷, nonché di qualsiasi riferimento alla certezza morale, nello Schema predisposto dalla Commissione più ristretta, incaricata della redazione negli anni 2001-2002⁵⁸: com'è

53 Cfr. J.J. GARCÍA FAILDE, *La Instrucción*, 215-216; M.A. ORTIZ, *Le Dichiarazioni*, 415; P. BIANCHI, *La certezza morale*, 393-395; M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel Processo di nullità del Matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano, 2008, 53.

54 Cfr. COMMISSIO INTERDICASTERIALIS "PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI" (1996-1999), *Primum schema a Commissione approbatum*, (Reservatum), 65.

55 Fino al 6 maggio del 2000, delle 27 Conferenze episcopali interpellate 22 avevano risposto formulando osservazioni e proposte. In merito al §2 dell'Art. 247, una Conferenza episcopale rispose: «*General satisfaction was espressa by a number of the corrispondents. At paragraph 2 it is noted, perhaps for the first time, in the legal under standing of the Church a somewhat philosophical description of moral certitude has been inserted. This is regarded as a help to the judges*»; un'altra Conferenza episcopale osservò: «*The exhortation redarding moral certitude is helpful*»; COMMISSIO INTERDICASTERIALIS "PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI" (1996-2000), *Vota et Animadversiones Conferentiarum Episcoporum una cum modorum expensione ex parte Commissionis Interdicasterialis*, (Reservatum) Romæ, 2000, 221.

56 *Brevis Præsentatio Primi Schematis Recogniti "De Processu ad nullitatem Matrimonii declarandam"*, in COMMISSIO INTERDICASTERIALIS "PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI" (1996-2000), *Primum schema "De Processu ad nullitatem Matrimonii declarandam" perspectis Episcoporum Conferentiarum animadversionibus recognitum* (Reservatum), Romæ, 2000, II, n. 4: «*Evidenter schema magnum momentum tribuit muneri a Defensore vinculi explendo necnon præsuppositis ut Iudices necessariam adipisci possent certitudinem moralem ad Sententiam affirmativam in Causis nullitatis Matrimonii ferendam*».

57 In realtà, da uno dei Consultori fu manifestata la proposta di reintegrare la norma; Cfr. NUOVA COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DEFINITIVO DI NORMATIVA SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2001-2002), *Verbali delle riunioni* (Reservatum), Romæ, s.d., 119-120. Tuttavia, emerge dai verbali il più ampio spazio dedicato alla discussione sulla possibilità di prospettare eccezioni al requisito della doppia Sentenza conforme per ammettere la parte alla celebrazione di nuove nozze (cfr. *ivi*, 120-127).

58 Cfr. NUOVA COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DEFINITIVO DI NORMATIVA

noto, l'indirizzo seguito in quegli anni prevedeva una drastica riduzione del Primo Schema, ritenuto eccessivamente ampio, affinché comprendesse solo le disposizioni integrative e specificative per i Processi di nullità matrimoniale, tralasciando quelle in cui veniva riportata la normativa codiciale⁵⁹. Solo nell'ultima fase redazionale affidata, a partire dal febbraio del 2003, ad una nuova Commissione interdicasteriale istituita presso il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, si decise di tornare al Primo Schema, sul quale venne condotta una puntuale revisione; l'Art. 247 venne approvato all'unanimità⁶⁰, ed entrò senza modifiche nel testo definitivo dell'Istruzione, pubblicata il 25 gennaio del 2005.

Indubbiamente, il §2 rappresenta la novità più rilevante dell'Art. 247: vincolando i destinatari dell'Istruzione ad interpretare il Can. 1608 secondo la precisazione fornita, comporta la chiusura definitiva a possibili derive d'impronta probabilista. Risultano, nondimeno, degne di nota due ulteriori indicazioni aggiunte nel §5, cui è utile accennare per avere una visione complessiva ed equilibrata della questione⁶¹. In riferimento all'eventualità del mancato raggiungimento della certezza morale da parte del Giudice, con relativo obbligo di pronuncia a favore della validità del vincolo coniugale, la *Dignitas Conubii* pone, quale condizione previa all'emanazione della Sentenza negativa, l'effettivo espletamento di un diligente esame della Causa⁶²; nella medesima ipotesi viene, inoltre, prospettata la possibilità di differimento della decisione, disponendo un *dilata* per gli approfondimenti del caso⁶³.

Dunque, se da un lato si esige, ai fini dell'accoglimento della pretesa attorea, il conseguimento di quel grado di certezza che escluda qualsiasi dubbio

SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2001-2002), *Novissimum schema*, (Reservatum) Romæ, 2002.

59 Cfr. NUOVA COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DEFINITIVO DI NORMATIVA SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2001-2002), *Verbalì delle riunioni*, 8.

60 Nella IX Sessione del 13 giugno 2003 venne condotto l'esame del Titolo X, in riferimento agli Artt. 246-247 la nota a verbale riporta che «tutti concordano con Consultore N.: *maneant uti iacent*»; PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DI UN PROGETTO DI ISTRUZIONE SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2003-2005), *Verbalì delle riunioni* (Reservatum), Romæ, s.d., 75.

61 Art. 247 §5 DC: «*Iudex qui hanc certitudinem post diligens causæ examen adipisci non potuit, pronuntiet non constare de nullitate Matrimonii, firmo Art. 248 §5 (cfr. Cann. 1608 §4; 1060)*».

62 Già prevista nell'Art. 197 §4 dell'Istruzione *Provida Mater*, cit. sopra.

63 In fase redazionale, tale integrazione venne richiesta da una delle Conferenze episcopali interpellate, che aveva proposto di aggiungere un ulteriore paragrafo alla norma (§6), in cui menzionare la possibilità da parte dei Giudici di stabilire un *dilata* in camera di consiglio: la proposta venne parzialmente accolta dalla Commissione interdicasteriale inserendo al §5 dell'Art. 247 un rinvio all'Art. 248 §5; Cfr. COMMISSIO INTERDICASTERIALIS "PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI" (1996-2000), *Vota et Animadversiones*, 221-222.

prudente e positivo di errore, dall'altro emerge che neppure la decisione negativa può essere emanata in maniera affrettata, temeraria o imprudente, ma parimenti richiede un'indagine approfondita ed accurata del caso sottoposto ad esame, sotto il profilo giuridico e fattuale, non escludendo un supplemento di Istruttoria o, quanto meno, di un certo tempo per ulteriore studio e riflessione. Può perciò concludersi che non soltanto il conseguimento, ma anche il mancato raggiungimento della certezza morale giudiziaria dev'essere oggettivamente fondato nelle risultanze istruttorie: è questa un'esigenza che deriva dalla retta comprensione del principio giuridico del *favor Matrimonii*, quale espressione del *favor veritatis* nei Processi di nullità matrimoniale, secondo gli insegnamenti del Pontefice Pio XII⁶⁴.

4. LA FORMAZIONE DELLA CERTEZZA MORALE NELL'ANIMO DEL GIUDICE: LA *QUÆSTIO IURIS* E LA *QUÆSTIO FACTI*

Un ulteriore aspetto, definito in termini più espliciti nella *Dignitas Con nubii*, concerne l'oggetto sul quale il Giudice deve conseguire la propria certezza morale. Quest'ultima, a tenore del Can. 1608 §1 –che riproduce sul punto la norma corrispondente del Codice abrogato–, deve maturare nell'animo del Giudice riguardo alla questione che si deve definire con la Sentenza («circa rem *Sententia definiendam*»). La comune interpretazione dottrinale, antecedente⁶⁵ e successiva⁶⁶ all'Allocuzione rotale del 1942, ha sempre evidenziato il duplice profilo dell'oggetto su cui deve formarsi la certezza morale giudiziaria, che concerne sia la fattispecie legale relativa al caso concreto, la *quæstio Iuris*, sia la valutazione delle Prove e dei fatti accertati nel Processo, la *quæstio facti*.

In vero, non è mancata in passato qualche opinione propensa a riferire le parole di Pio XII esclusivamente al *dubium facti* e non al dubbio di Diritto⁶⁷; tuttavia, l'attenzione prevalentemente incentrata sull'elemento fattuale nel discorso di Pio XII, così come nei §§2-3 del Can. 1608⁶⁸, si giustifica con la constatazione che, solitamente, le maggiori difficoltà per il Giudice non derivano dall'individuazione ed interpretazione della norma da applicarsi al caso

64 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: 2 octobris 1944, 282, n. 1.

65 Cfr. F. ROBERTI, *De Processibus*, II, 176; M. LEGA, *Commentarius*, 936-939.

66 Cfr., tra gli altri, Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 433; F.J. RAMOS, *I Tribunali ecclesiastici*, 2 ed., Roma, 2000, 511; M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006, 515.

67 Cfr. G. DOSSETTI, *Processo matrimoniale*, 248.

68 Cfr. Can. 1869 §§2-3 CIC-17.

in esame, ma emergono nella formazione di un convincimento moralmente certo sulla realtà dei fatti.

D'altro canto, di entrambi i profili giuridico e fattuale tratta, nell'Allocuzione del 1980, Giovanni Paolo II, che affronta l'argomento in riferimento ai doveri del Giudice, accentuando così l'elemento personalista: il Pontefice afferma, infatti, che la *quaestio facti* esige nel Giudice la disposizione propria di chi si pone a servizio della verità, mentre la *quaestio Iuris* richiede da parte del Giudice la fedeltà alla Legge⁶⁹. Più di recente, la *Dignitas Connubii* ha precisato che il raggiungimento della certezza morale è incompatibile con la sussistenza di un qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, tanto in Diritto quanto in fatto⁷⁰.

In ordine alla questione di Diritto, quindi, non si configura il dubbio serio e prudente nell'eventualità di incertezze di natura meramente soggettiva, derivanti da inadeguata preparazione o approfondimento da parte del Giudice, che si possono e debbono superare attraverso uno studio più diligente ed accurato del Diritto da applicarsi al caso. Potrebbe, invece, rilevare con effetto ostativo ai fini del conseguimento della certezza morale il solo dubbio fondato ed oggettivo sull'esistenza della fattispecie legale riguardante la situazione sostanziale addotta in Giudizio dalle parti, poiché nel dubbio di Diritto le Leggi, anche irritanti ed inabilitanti, non urgono⁷¹, né al Giudice compete la creazione della Legge, non godendo egli della potestà legislativa⁷².

Tra le prerogative del Giudice rientra, invece, l'interpretazione giudiziale della Legge a modo di Sentenza, con efficacia vincolante per i soli destinatari della decisione⁷³. Specialmente quando si trovi al cospetto di orientamenti

69 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 176-177, n. 7-8.

70 Cfr. Art. 247 §2 DC.

71 Cfr. Can. 14 CIC-83. Si veda sul punto A. STANKIEWICZ, *La certezza morale*, 240-241; Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 432-433.

72 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 10 februarii 1995, 1016-1017, n. 8: «questo ci porta ad affrontare in modo diretto l'altro argomento, al quale facevo riferimento all'inizio: il rapporto fra una vera giustizia e la coscienza individuale [...] se è vero che l'uomo deve agire in conformità con il giudizio della propria coscienza, è altrettanto vero che il giudizio della coscienza non può pretendere di stabilire la Legge; può soltanto riconoscerla e farla propria». Sul possibile rischio di un "relativismo normativo", cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale*, 792-795.

73 Cfr. Can. 16 §3 CIC-83. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 522: «riguardo alla "questio Iuris" però, non è del tutto esatto descrivere l'atteggiamento del Giudice applicando il concetto di certezza morale, poiché egli non dispone di un così grande margine di autonomia che oltrepassi il compito di identificazione della Legge per applicarla arrivando ad una "ri-creazione" di essa. Ma in certi casi l'identificazione della Legge deve realizzarla ugualmente secondo i criteri della certezza morale».

dottrinali e giurisprudenziali discordanti, nell'interpretazione delle norme da applicare il Giudice è tenuto a quella "fedeltà alla Legge", che non si riduce ad una sorta di applicazione meccanica del dato legale⁷⁴, ma comporta l'obbligo di attenersi alle regole della corretta ermeneutica giuridica⁷⁵, alla luce della tradizione canonica e dell'orientamento costante della Giurisprudenza rotale, affinché il suo pronunciamento possa essere compreso e recepito come autentica espressione di giustizia dalla comunità ecclesiale.

La formazione della certezza morale sulla *quæstio facti*, come si accennava, esige l'impegno del Giudice nella ricerca della verità sostanziale circa quei fatti che supportano la pretesa attorea. Ciò trova il suo fondamento ultimo nella convinzione della possibilità, da parte della ragione umana, di accertare la verità oggettiva, nonostante i suaccennati limiti propri della condizione umana-creaturale⁷⁶. Negano tale possibilità le concezioni antropologiche d'impronta immanentistica, basate su una visione riduttiva della persona umana; e parimenti fuorvianti si rivelano le impostazioni soggettivistiche, secondo le quali ogni singolo individuo è detentore della propria verità e perciò non è dato di pervenire alla verità oggettiva⁷⁷. È chiaro che il Giudice, qualora fosse influenzato da simili premesse antropologiche pessimistiche o relativistiche, incorrerebbe in difficoltà, persino insuperabili, nell'accertamento dell'elemento fattuale⁷⁸.

Al contrario, la concezione sottesa al Diritto probatorio canonico ripone fiducia nella capacità umana di conoscere la verità e nella possibilità di verificare razionalmente i fatti rilevanti per la Causa grazie al carattere argomentativo e comunicativo della ragione⁷⁹. La modalità più adeguata per favorire

74 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 177, n. 8: «la fedeltà del Giudice alla Legge lo deve portare ad immedesimarsi con essa, cosicché si possa dire con ragione, come scriveva M.T. Cicerone, che il Giudice è la stessa Legge che parla: "*Magistratum Legem esse loquentem*". Sarà poi questa stessa fedeltà a spingere il Giudice ad acquistare quell'insieme di qualità di cui ha bisogno per eseguire gli altri suoi doveri nei confronti della Legge: sapienza per comprenderla, scienza per illustrarla, zelo per difenderla, prudenza per interpretarla, nel suo spirito, oltre il "*nudus cortex verborum*", ponderatezza e cristiana equità per applicarla».

75 Cfr. Cann. 17-18 CIC-83. Per i casi di *lacuna Legis*, cfr. Can. 19 CIC-83.

76 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ encyclicæ de necessitudinis natura inter fidem et rationem: *Fides et Ratio*, in AAS, XCI (1999), 16-17, n. 14.

77 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 31-32.

78 Cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale*, 781-782.

79 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Rotam Romanam habita*, 29 ianuarii 2004, in AAS, XCVI (2004), 351, n. 6: «questo riferimento teleologico alla verità è ciò che accomuna tutti i protagonisti del Processo, nonostante la diversità dei loro ruoli. Al riguardo, è stato insinuato uno scetticismo più o meno aperto sulla capacità umana di conoscere la verità sulla validità di un Matrimonio. Anche in questo campo occorre una rinnovata fiducia nella ragione umana, sia per quanto riguarda gli aspetti essenziali del Matrimonio, che per quel che concerne le circostanze particolari di ogni unione».

l'accertamento razionale dei fatti in sede processuale viene individuata nel cosiddetto "sistema della Prova libera", basato sul principio di libera proposizione della Prova –che consente alle parti di addurre qualsiasi genere di Prova– e sul principio di libera valutazione delle Prove da parte del Giudice⁸⁰. Nell'accertare la realtà dei fatti egli è tenuto, in primo luogo, a valutare le singole Prove: salvo quelle la cui efficacia probatoria è stabilita per Legge⁸¹, è libero nell'attribuzione del valore alle altre Prove, secondo una ponderazione discrezionale, ma non arbitraria, perché regolata dai criteri oggettivi fissati nelle disposizioni relative a ciascun mezzo di Prova⁸². L'*iter* formativo della certezza morale sulla *questio facti* prevede, inoltre, la valutazione libera, secondo coscienza, del complesso delle risultanze istruttorie: neppure questo delicato e decisivo passaggio può essere esposto al rischio di arbitrarietà o di distorsioni soggettive da parte dell'Organo giudicante e, pertanto, esige di essere condotto secondo il principio di razionalità, attenendosi cioè a criteri logici rigorosi e verificabili, sui quali tornerò in seguito.

In virtù del "principio della ragione sufficiente", già indicato nel mirabile insegnamento di Pio XII⁸³, la certezza morale non deriva da singoli elementi, ma dal loro complesso, dalla corralità degli indizi e delle Prove, dalla capacità oggettiva che la convergenza sui fatti possiede nel produrre, in qualsiasi persona di sano giudizio, quel grado di certezza che escluda, non la possibilità, ma la ragionevolezza del dubbio in contrario⁸⁴. Usando le parole di Graziani,

80 Cfr. Cann. 1527 §1 e 1608 §3 CIC-83. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 32-33.

81 Cfr. Cann. 1536 §1; 1538; 1541; 1573 CIC-83.

82 Cfr. Cann. 1536 §2; 1537; 1572, 1°-4°; 1579 §1; 1679 CIC-83.

83 PIUS PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, 340, n. 2: «talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di Prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna guisa un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità [...]; ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e Prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà. La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente. Se dunque nella motivazione della sua Sentenza il Giudice afferma che le Prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massima è giusta e legittima».

84 Cfr. G. DOSSETTI, *Processo matrimoniale*, 249. Non si può, invece, convenire con la posizione espressa dall'autore circa l'equivalenza del concetto canonico di certezza morale con i criteri previsti dagli Ordinamenti giuridici statali (cfr. *ivi*, 250, 255-258). Benché sia possibile ravvisare alcuni elementi di analogia, ad esempio, nel richiamo al "prudente apprezzamento" del Giudice (cfr. Art. 116, comma 1° Codice di Procedura civile italiano), oltre che nell'obbligo di fondare oggettivamente la decisione sulle risultanze processuali, differenze significative inducono a sostenere l'originalità

«supposta una sufficiente eurisi, al Giudice si impone di non accogliere altro dubbio che quello ingenerato dalla contraddizione o dalla insufficienza manifesta degli elementi probatori, di non pretendere maggiore certezza di quella dimostrata dalla loro convergenza»⁸⁵.

5. LA DIMENSIONE SOGGETTIVA ED OGGETTIVA DELLA CERTEZZA MORALE

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge la duplice dimensione della certezza morale, nella quale convergono una componente soggettiva ed una oggettiva⁸⁶; sono entrambe fattori essenziali, che si implicano a vicenda: se il Giudice è vincolato al fondamento obiettivo delle risultanze processuali nel formare il proprio intimo convincimento sulla questione sottoposta a Giudizio, a sua volta la valutazione complessiva degli esiti istruttori è rimessa al libero apprezzamento dello stesso Giudice secondo coscienza.

del concetto canonico di certezza morale rispetto ad altri sistemi processuali (cfr. i condivisibili rilievi di Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 421): basti ricordare il maggior grado di libertà tradizionalmente attribuito al Giudice canonico, che si concretizza nel suaccennato “sistema della Prova libera”, e l’univocità del concetto canonico di certezza morale, che riguarda i Processi ecclesiastici di qualsiasi genere. Di contro, nel Diritto processuale degli Stati sono solitamente previsti criteri differenti per i pronunciamenti giudiziari in materia civile o penale: nell’ambito della Procedura civile, l’impostazione più distante rispetto a quella canonica è rappresentata dal criterio della “prevalenza delle Prove” (*preponderance of evidence*) operante nel Diritto anglosassone, in cui il convincimento richiesto al Giudice si attesta al grado di quasi-certezza o probabilità, come ampiamente illustrato sopra; quanto al Diritto processuale penale, il principio secondo cui la Sentenza di condanna presuppone la prova della colpevolezza dell’imputato “oltre ogni ragionevole dubbio”, affermatosi nei sistemi di *common Law*, ma recentemente positivizzato anche nell’Ordinamento giuridico italiano (cfr. Art. 5 Legge n. 46/2006 modificativo del comma 1° dell’Art. 533 del Codice di Procedura penale italiano), differisce dal principio vigente nel Diritto canonico, poiché, come precisato dalla Giurisprudenza di legittimità successiva alla Legge di riforma, escluderebbe anche quelle «eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in *rerum natura*, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell’ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana». REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA PENALE, *Sentenza 29 luglio 2008, n. 31456*.

85 E. GRAZIANI, *La certezza morale*, 341.

86 PIUS PP. XII, Allocutio: 1 octobris 1942, n. 3, 340: «ad ogni modo, questa certezza va intesa come certezza obiettiva, cioè basata su motivi oggettivi; non come una certezza puramente soggettiva, che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva di questo o di quello, forse anche su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza. Una tale certezza morale oggettivamente fondata non si ha, se vi sono per la realtà del contrario motivi, che un sano, serio e competente giudizio dichiara come, almeno in qualche modo, degni di attenzione, e i quali per conseguenza fanno sì che il contrario debba qualificarsi come non soltanto assolutamente possibile, ma altresì, in qualche maniera, probabile». Ribadita espressamente anche qualche anno più tardi (cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: 2 octobris 1944, 281).

In ordine alla componente soggettiva, rileva quanto osservato in precedenza circa il carattere giudiziario della certezza morale; e, pertanto, il riferimento alla “coscienza” del Giudice non ha un significato meramente psicologico, né propriamente morale, ma deve intendersi secondo l’accezione giuridico-processuale. Sotto tale profilo, la coscienza consiste nell’applicazione della naturale facoltà cognitiva alle deduzioni probatorie, per operarne la valutazione critica⁸⁷: un discernimento che interpella razionalità, autonomia e responsabilità del Giudice, in quanto persona investita di pubblica autorità⁸⁸. A riguardo, occorre sottolineare come il requisito in esame compete personalmente al singolo Giudice, anche nell’ipotesi in cui non emetta la Sentenza in qualità di Organo monocratico, ma come membro di un Tribunale collegiale⁸⁹, poiché nella Chiesa la responsabilità è sempre personale⁹⁰; ne consegue che ciascun componente del Collegio è tenuto a formare individualmente, nel proprio animo, la certezza morale necessaria e sufficiente prima di esprimere nella camera di consiglio il proprio voto⁹¹.

Passando a considerare la dimensione oggettiva della certezza morale, questa anzitutto implica che il convincimento del Giudice sia basato su motivi e criteri oggettivi, occorre inoltre che l’*iter* formativo della certezza morale sia oggettivabile nelle motivazioni della Sentenza.

I criteri oggettivi e vincolanti, che il Giudice è tenuto ad osservare nel formare il proprio convincimento, sono quelli fissati dal Diritto processuale⁹².

87 M. LEGA, *Commentarius*, 940: «in moralibus conscientia est cum primis iudicium de actione humana utrum licita sit vel illicita; conscientia enim est cum alia scientia seu explicatio scientie ad aliquem actum; et “in moralibus”, synderesis seu Legis moralis fit applicatio ad iudicandam moralitatem actuum humanorum; “in iudicialibus”, conscientia est naturalis facultatis cognoscitivæ applicatio ad deducas probationes seu ad acta et probata, ut eorum valor aestimetur».

88 D. MOGAVERO, *I pronunciamenti del Giudice*, in G.I.D.D.C. (cur.), *I Giudizi nella Chiesa. Il Processo contenzioso e il Processo matrimoniale*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 6, Milano, 1998, 164: «come si può notare, si parla di coscienza in senso alto, come luogo e norma di giudizio, quasi a sottolineare una dimensione sacrale dell’attività giudicante del Magistrato, evitando qualsiasi orientamento, inteso a ridurre il Giudizio a mero accertamento di fatto. L’atto del giudicare è un atto umano, nel senso proprio della Teologia morale, in cui la persona gioca se stessa interamente».

89 Cfr. F. ROBERTI, *De Processibus*, II, 178-179; M. LEGA, *Commentarius*, 934.

90 Cfr. C. IZZI, *Corresponsabilità e Tribunali collegiali*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009), 280-282 (anche in: GHERRI P. [ed.], *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 284-286).

91 IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio*: 4 februarii 1980, 175, n. 5: «finita l’Istruttoria, inizia per i singoli Giudici, che dovranno definire la Causa, la fase più impegnativa e delicata del Processo. Ognuno deve arrivare, se possibile, alla certezza morale circa la verità o esistenza del fatto, poiché questa certezza è requisito indispensabile affinché il Giudice possa pronunciare la Sentenza: prima, per così dire, in cuor suo, poi dando il suo suffragio nell’adunanza del Collegio giudicante».

92 PIUS PP. XII, *Allocutio*: 1 octobris 1942, 340-341, n. 3: «per rendere sicura la oggettività di questa certezza, il Diritto processuale stabilisce ben definite regole d’inchieste e di Prove. Si richiedono de-

In virtù dell'obbligo per i titolari della potestà giudiziale di esercitarla «*modo Iure praescripto*»⁹³, il rispetto rigoroso delle norme processuali e, nello specifico, dei criteri legali relativi alla valutazione delle singole Prove costituisce la prima inderogabile condizione per prevenire i possibili rischi di arbitrarietà e soggettivismo nell'operato del Giudice. L'oggettività della certezza morale è, dunque, garantita *ab extrinseco* dall'osservanza della Legge processuale da parte del Giudice⁹⁴.

Ab intrinseco l'oggettività della certezza morale risulta, invece, da quell'evidenza fornita dall'accertamento razionale dei fatti condotto «*ex Actis et probatis*»⁹⁵, che non lasci sussistere alcun serio e fondato dubbio di errore nella persona prudente. Le fonti, alle quali il Giudice deve scrupolosamente attenersi per attingere e fondare oggettivamente il proprio convincimento, sono costituite da tutto quanto è stato compiuto e provato nel Processo. Il termine “*Actis*”, spesso tradotto con il sostantivo “*Atti*”, è propriamente espressione verbale (da “*agere*”) e perciò non indica gli “*Atti giudiziari*” in quanto contenitore, ma ciò che è stato realizzato nel Processo e, unitamente alle Prove, è contenuto negli *Atti*⁹⁶: affermazioni, negazioni, opposizioni, manifestazioni di volontà, richieste, allegazioni, ossia tutti quegli elementi che, pur non avendo natura di Prova, concorrono ad integrare quanto è emerso dalle Prove vere e proprie ai fini del raggiungimento della certezza morale; il Giudice non può, invece, attingerla da elementi estranei al Processo.

A tale esigenza si collegano l'obbligo della pubblicazione degli *Atti* sotto pena di nullità ed il divieto assoluto per le parti, i loro Avvocati e qualsiasi

terminate Prove o corroboramenti di Prove; altre sono invece indicate per insufficienti; si costituiscono speciali uffici e persone, incaricati durante il procedimento di tenere innanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti. Che cosa è questo se non un giusto formalismo giuridico, che riguarda talvolta più il lato materiale, tal'altra più il lato formale del Processo o del caso giuridico? La coscienziosa osservanza di tali norme è un dovere del Giudice; ma, d'altra parte, nella loro applicazione egli ha da tener presente che non sono fine a se stesse, bensì mezzi al fine, vale a dire per procurare e assicurare una certezza morale oggettivamente fondata circa la realtà del fatto».

93 Cfr. Can. 135 §3 CIC-83.

94 Cfr. A. STANKIEWICZ, *La certezza morale*, 239.

95 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 175, n. 5: «il Giudice deve ricavare tale certezza “*ex Actis et probatis*”. Anzitutto “*ex Actis*” poiché si deve presumere che gli *Atti* siano fonte di verità. Perciò il Giudice, seguendo la norma di Innocenzo III, “*debet universa rimari*”, cioè deve scrutare accuratamente gli *Atti*, senza che niente gli sfugga. Poi “*ex probatis*”, perché il Giudice non può limitarsi a dar credito alle sole affermazioni; anzi deve aver presente che, durante l'Istruttoria, la verità oggettiva possa essere stata offuscata da ombre indotte per cause diverse, come la dimenticanza di alcuni fatti, la loro soggettiva interpretazione, la trascuratezza e talvolta il dolo e la frode. È necessario che il Giudice agisca con senso critico. Compito arduo, perché gli errori possono essere molti, mentre invece la verità è una sola».

96 Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 431, in nota n. 43; P. ERDÖ, *La certezza morale*, 90.

altra persona di fornire al Giudice informazioni che rimangano fuori dagli Atti di Causa⁹⁷; né il Giudice può basare il proprio convincimento su notizie che non constano negli Atti processuali. Per tale ragione la dottrina tradizionale ha sempre risolto l'eventuale conflitto tra risultanze processuali e notizie extra-processuali a favore di quanto emerso ed accertato nel Processo, poiché per il Giudice «*quod non est in Actis, non est in mundo*»⁹⁸.

Da ultimo, l'obbligo per il Giudice di esporre le ragioni sulle quali si è basata la sua decisione, sotto pena di nullità sanabile della stessa⁹⁹, comporta che la certezza morale giudiziaria, oltre che oggettivamente fondata, debba essere anche oggettivabile, cioè comunicabile alle parti in Causa ed al Tribunale d'Appello. Costoro debbono poter riscontrare, nelle motivazioni della Sentenza, l'obiettività della decisione emanata, ovvero che il pronunciamento del Giudice non è arbitrario, ma fondato su elementi oggettivi e criteri logici.

6. LINEE APPLICATIVE NELLA PROSPETTIVA ISTITUZIONALE E PERSONALISTA DEL PROCESSO

Gli aspetti ora delineati –i criteri estrinseco ed intrinseco di oggettività, insieme alle esigenze di comunicabilità della certezza morale– mi consentono di trarre alcune deduzioni sul piano applicativo come conclusione della mia riflessione. Non intendo, invece, soffermarmi sulle conseguenze, pur rilevanti, di quanto osservato circa la dimensione soggettiva della certezza morale, poiché ho avuto modo di trattare in altre occasioni delle questioni relative alla preparazione e formazione permanente del Giudice ecclesiastico¹⁰⁰.

La prima considerazione attiene al criterio preordinato ad assicurare *ab extrinseco* l'oggettività del convincimento del Giudice, precedentemente individuato nel necessario rigoroso rispetto delle norme processuali. Invero, l'osservanza del principio di legalità implica altresì che il Giudice si avvalga

97 Cfr. Cann. 1598 §1 e 1604 §1 CIC-83.

98 Secondo l'insegnamento di San Tommaso D'Aquino: «*iudicare pertinet ad Iudicem secundum quod fungitur publica protestate. Et ideo informari debet in iudicando, non secundum id quod ipse novit tamquam privata persona, sed secundum id quod sibi innotescit tamquam personae publicae*». S. THOMAS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 67, a. 2. Cfr. F. ROBERTI, *De Processibus*, II, 175, in nota n.3; P. ERDŐ, *La certezza morale*, 95-103; F.J. RAMOS, *I Tribunali*, 515; P. BIANCHI, *La certezza morale*, 397-398.

99 Cfr. Cann. 1611, 3° e 1622, 2° CIC-83.

100 Cfr. C. IZZI, *I Ministri di giustizia in genere* (Artt. 33-37), in P.A. BONNET - C. GULLO (CURT.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii"*. Parte II: la parte statica del Processo, coll. *Studi giuridici*, n. LXXVI, Città del Vaticano, 2007, 110-111, 121-127.

correttamente di tutti gli idonei strumenti probatori e valutativi previsti dal Diritto processuale vigente, al fine di appurare la verità sul tema sostanziale del Processo. L'*excursus* sul requisito della certezza morale giudiziaria, nella codificazione abrogata ed in quella attuale, ha mostrato come il contenuto concettuale della stessa sia stato progressivamente precisato, ma non modificato, nel corso dell'ultimo secolo, pur a fronte del mutato contesto sociale ed ecclesiale. Nel contempo, si è invece registrata una significativa evoluzione del Diritto probatorio canonico, nell'intento di fornire al Giudice i mezzi più adeguati per indagare sull'elemento fattuale e prevenire i possibili conflitti tra il foro interno ed il foro esterno¹⁰¹; si pensi all'ampliamento della facoltà concessa al Giudice nel vigente Codice per supplire alla negligenza delle parti, adducendo Prove al fine di evitare una Sentenza ingiusta¹⁰², come pure alla capacità che le Dichiarazioni giudiziali delle parti o la Deposizione dell'unico teste hanno di fornire, ottemperate le condizioni di Legge¹⁰³, la Prova piena, ossia quella Prova sufficiente a produrre nel Giudice la certezza morale. Può fondatamente sostenersi che le nuove disposizioni rendono più agevole e sicuro l'accertamento giudiziale della realtà dei fatti e, con esso, il conseguimento della certezza morale da parte del Giudice, facendo apparire pressoché superate le ragioni che in passato animavano il dibattito dottrinale, tra canonisti e moralisti, riguardo ai casi di conflitto di coscienza nel Giudice¹⁰⁴. Purtroppo, è altrettanto inevitabile constatare come, a quasi tre decenni dalla promulgazione del Codice, le novità menzionate risultino non di rado disattese proprio da chi è investito della potestà di giudicare¹⁰⁵. Al fine di fondare oggettivamente la certezza morale giudiziaria e non sostituirla, ad esempio, con intuizioni falsamente pastorali, equivocandone la natura, risulta perciò improcrastinabile la piena recezione ed applicazione della Legge canonica.

Una seconda osservazione concerne il criterio della razionalità, che rappresenta la migliore garanzia di accertamento dell'elemento fattuale condotto *in signo veritatis*; il convincimento del Giudice attinge, infatti, il suo fondamento obiettivo da quell'evidenza che promana dalla logica intrinseca dei fatti provati nel Processo. Ciò presuppone la necessità di un'Istruttoria adeguata,

101 Cfr. SYNODUS EPISCOPORUM, Relatio: *Principia quae pro Codicis Iuris canonici recognitione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur* (7-VI-1967), in *Communicationes*, I (1969), 79, n. 2.

102 Cfr. Can. 1452 §2 CIC-83.

103 Si tratta dei requisiti previsti per le dichiarazioni delle parti nei Cann. 1536 §2 e 1679; per il teste unico al Can. 1573 CIC-83.

104 Cfr. P. ERDŐ, *La certezza morale*, 103-104.

105 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 76; A. RIPA, *La novità mancata. Il valore probativo delle Dichiarazioni delle parti dal Codice del 1983 alla "Dignitas Connubii": il contributo della Giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 2010.

dove sia garantito il diritto delle parti ad allegare prove e controprove e venga, eventualmente, esercitata la facoltà di supplenza del Giudice nei termini prima ricordati. Inoltre, poiché le Prove non forniscono fatti, ma più propriamente enunciati dei fatti, si rende necessario verificarne l'attendibilità attraverso l'attività intellettuale e critica del Giudice, che dovrà avvalersi di criteri logici e razionali, quali sono le regole di inferenza¹⁰⁶. Le differenti prospettive, attraverso le quali ciascuna delle parti si relaziona con la realtà dei fatti, non rappresentano un impedimento, ma contribuiscono, nella dialettica processuale, a superare le visioni parziali ed accertare la verità oggettiva¹⁰⁷. Si può, allora, comprendere come la formazione della certezza morale nel Giudice consista in un percorso progressivo e dialogico¹⁰⁸, che inizia ben prima della fase decisoria del Processo ed implica la collaborazione di tutti i partecipanti in ordine alla ricerca della verità sostanziale: dall'«unità di fine e di azione»¹⁰⁹ del Giudizio canonico deriva l'obbligo giuridico-morale¹¹⁰ alla cooperazione, nel rispetto della specificità dei ruoli, fermo restando che spetta infine alla persona del Giudice valutare se abbia potuto o meno conseguire nel proprio animo la necessaria certezza morale.

Un ultimo rilievo merita l'esigenza di oggettivare nella Sentenza l'*iter* formativo della certezza morale. Tenuto conto che il tema della motivazione della Sentenza canonica è oggetto di specifica trattazione nell'ambito del presente convegno, mi limito ad alcune annotazioni, considerando unicamente il rapporto che sussiste tra la certezza morale e le motivazioni addotte dal Giudice a giustificazione del dispositivo della Sentenza. Sulla questione si è registrata un'attenzione o, se si vuole, una sensibilità crescente, rispetto al passato, da parte della processualistica moderna¹¹¹, che trova riscontro nel

106 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 525.

107 IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: 4 februarii 1980, 174, n. 3: «certamente ognuna di queste persone dirà la "sua verità", che sarà normalmente la verità oggettiva o una parte di essa, spesso considerata da diversi punti di vista, colorata con le tinte del proprio temperamento, forse con qualche distorsione oppure mescolata con l'errore; ma in ogni caso tutte dovranno agire lealmente, senza tradire né la verità che credono sia oggettiva, né la propria coscienza». Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 32; sulla razionalità dialogica e relativa valutazione, cfr. anche E. DI BERNARDO, *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, coll. *Corona Lateranensis*, n. 18, Roma, 2002, 65-72.

108 In una splendida analisi sull'accertamento razionale dei fatti nel Processo, M.J. ARROBA CONDE distingue il duplice criterio della razionalità intrinseca e della razionalità dialogica (M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 53-56). Sulla collaborazione di tutti i partecipanti al Processo in ordine alla formazione della certezza morale nel Giudice, cfr. anche Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale*, 444-446.

109 Cfr. PIUS PP. XII, Allocutio: 2 octobris 1944, 288, n. 3.

110 Cfr. *ivi*, 282, n. 1.

111 Cfr. D. MOGAVERO, *I pronunciamenti del Giudice*, 174-175.

nuovo Art. 254 della *Dignitas Connubii*. Benché la certezza morale giudiziaria non sia menzionata in modo esplicito, dalla norma emerge la sua centralità in relazione ai motivi della decisione, che deve risultare «*in Actis et probatis fundata*», in modo da illustrare il percorso logico attraverso il quale i Giudici sono giunti al loro pronunciamento ed in quale modo abbiano applicato la Legge alle circostanze di fatto del caso sottoposto a Giudizio¹¹². Non basta, quindi, offrire nelle motivazioni della Sentenza una mera descrizione sintetica di quanto è contenuto negli Atti, ma occorre fornire la giustificazione razionale del giudizio¹¹³, affinché i destinatari della decisione –anzitutto le parti in Causa, ma anche il Tribunale di Appello e l'intera comunità ecclesiale– possano conoscere e verificare l'operato discrezionale del Giudice nella valutazione delle Prove e nel raggiungimento della certezza morale: la motivazione della Sentenza è, difatti, funzionale alla necessità di controllo sulla non arbitrarietà nella condotta del Giudice. Ne consegue, in primo luogo, che solo un pronunciamento effettivamente basato su elementi reali ed oggettivi ha la capacità, almeno potenziale, di assolvere alle esigenze di comunicabilità della certezza morale giudiziaria. Non solo, ma come evidenzia la dottrina più evoluta¹¹⁴ la motivazione della Sentenza risponde ad una finalità non meramente informativa, bensì persuasiva; detto altrimenti, non deve semplicemente comunicare o rendere note le ragioni del Giudice, ma deve cercare di farle comprendere, di convincere i destinatari che la decisione, persino se sfavorevole, non è arbitraria, ma risponde a criteri di giustizia e di ragionevolezza. Occorre, pertanto, uno sforzo redazionale teso a far emergere la coerenza intrinseca ed estrinseca della decisione, valorizzando tutti quegli elementi capaci, se non di ottenere l'assenso, almeno di essere compresi dagli interlocutori: la motivazione adottata dal Giudice risulterà più ragionevole e, quindi, condivisibile se incentrata su quelle circostanze di fatto che, nelle risultanze istruttorie, hanno registrato una sostanziale convergenza¹¹⁵, se viene resa puntuale giustificazione del peso attribuito alle singole Prove secondo i criteri legali di valutazione,

112 Art. 254 §1 DC: «*Sententia, vitata nimia sive brevitate sive diffusionem, in exponendis argumentis tam in Iure quam in facto perspicua ac in Actis et probatis fundata sit oportet, ut pateat qua via Iudices ad decisionem ferendam pervenerint et quomodo lus factis applicaverint*».

113 Cfr. A. STANKIEWICZ, *La certezza morale*, 243.

114 Cfr. J. LLOBELL, *La genesi della Sentenza canonica*, 722; A. STANKIEWICZ, *La certezza morale*, 242; M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 524-525.

115 M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, 55: «è chiaro che l'esigenza di razionalità della decisione non stravolge la sua natura, che rimane sempre un atto di potestà, mai riducibile alla presa d'atto dei fatti accettati dalle parti, come se fossero Giudici in Causa propria. Ciò premesso, non è fuori luogo indicare come indice di razionalità della Sentenza il fatto di poter poggiare su fatti sui quali si è raggiunta una versione il più condivisa possibile da parte dei suoi protagonisti».

se non è stato trascurato o misconosciuto ogni aspetto rilevante, se viene dipanato qualsiasi serio dubbio o obiezione sollevati dalla parte pubblica o dal patrono, se l'argomentazione è logica, priva di contraddizioni interne e giunge a conclusioni congruenti con le premesse¹¹⁶. Dalla capacità di convincimento delle motivazioni della decisione dipende, in buona misura, la possibilità che il pronunciamento giudiziale sia accettato in coscienza dalla parte, la quale, anche se soccombente, deve poter constatare che il suo caso è stato conosciuto in profondità e rigorosamente esaminato dal Giudice. In tale prospettiva, l'oggettivazione della certezza morale nella Sentenza contribuisce a farne un mezzo ecclesiale efficace, uno strumento di bene e di salvezza per le persone coinvolte, che risponde realmente alla finalità della *salus animarum*, propria dell'Ordinamento canonico.

116 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 525.

Actualización y renovación de las Constituciones y Directorios

AITOR JIMÉNEZ ECHAVE

SOMMARIO: Introducción. 1. ¿Es necesaria una renovación de los textos legislativos del Instituto?. 2. Las Constituciones. 3. Elementos constitutivos de las Constituciones. 4. Elementos que integran el Derecho propio. 5. Redacción de las Constituciones. 6. Responsables de la renovación o actualización de las Constituciones. 7. Esquema de las Constituciones. 8. Conclusión.

SUMMARY: *1. Is a renewal of the text of the legislation of the Institute necessary? 2. The Constitutions. 3. Constituent elements of the constitutions. 4. Elements integrating the proper Law. 5. Drafting of Constitutions. 6. Responsible for the renewal or updating of Constitutions. 7. Scheme of constitutions. 8. Conclusion.*

INTRODUCCIÓN

En estos últimos años asistimos a una proliferación de Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, que actualizan los textos jurídicos programáticos de sus Institutos, movidos por la necesidad de responder de forma armónica y completa a las necesidades y problemáticas actuales. Pero este proceso no está exento de dificultades, como la falta de motivaciones profundas, que hace perder la autenticidad del Carisma y fin del Instituto. El proceso de revisión y modificación de las Constituciones, ha de nacer de la necesidad que el Instituto percibe a través de quien lo gobierna o de sus miembros, de adecuar la propia normativa a las necesidades del Instituto y de la Iglesia, para poder responder de una forma adecuada al fin y misión para el cual fue creado.

Si la modificación de las Constituciones nace de una moda, de un actualizar por modificar, si nace de la búsqueda de plasmar las propias ideas sobre la Vida Consagrada o sobre la misión, se corre el riesgo de deformar el Carisma y por lo tanto, el don original y originante de la obra que Dios ha donado a través del fundador/a a la Iglesia, creando una realidad totalmente nueva que nada tiene que ver con lo que llamamos nuestro Instituto. Es más, se corre el riesgo de hacer una obra meramente humana vacía de Dios, que responde al relativismo y al hedonismo que sienten algunos de sus miembros y que deja vacíos a quienes forman parte integrante del Instituto o Sociedad.

La revisión y actualización demanda la confirmación de la necesidad por parte del Instituto de tener una guía que, fiel a la tradición de la Iglesia y de la Vida Consagrada a lo largo de los siglos, nos ayude a vivir nuestra consagración y misión en comunión con la Iglesia, respondiendo a los nuevos retos que se nos presentan. Para ello hemos de entrar en un proceso de verificación, de auto identificación, de revisión no sólo del texto en sí mismo, sino de la vida de cada uno de los miembros que constituyen el Instituto y que son los que dan cuerpo al don que Dios ha donado a su Iglesia a través de nuestros fundadores.

No hemos de perder de vista que estamos hablando del Derecho constitutivo, es decir, del que constituye y estructura la realidad carismática y por lo tanto, solidifica y organiza a los Institutos que existen en la Iglesia. Esto nos indica que estamos ante un texto que ha de contener todos los elementos fundamentales de nuestra eclesialidad y nuestra identidad.

Los textos legislativos esenciales de un Instituto, según el Decreto "*Perfectae Caritatis*"¹ 2 y 3 son: las Constituciones, el Directorio, el Libro de Costumbres o Usanzas, el de las Oraciones y Ceremonias, y otros Códigos similares. Su renovación es siempre un momento de gracia y como tal hemos de vivirlo abriéndonos a ella, que se va derramando en el proceso de revisión y que como tal enriquece, fortalece y vivifica nuestra fe, esperanza y caridad, dando un nuevo impulso apostólico en la construcción de Reino de los Cielos. Actualizar es y supone por lo tanto un reto: buscar y acoger lo que el Señor quiere para nuestro Instituto y por ende para nuestra propia existencia.

1 Cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de accommodata renovatione vitæ religiosæ: Perfectæ Caritatis*, en AAS, LVIII (1966), n. 2 (pues abreviado en: "PC").

1. ¿ES NECESARIA UNA RENOVACIÓN DE LOS TEXTOS LEGISLATIVOS DEL INSTITUTO?

Si tenemos en cuenta las estadísticas que la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y la Sociedades de Vida Apostólica ofrece, observamos que se está produciendo un incremento paulatino de Institutos que realizan revisiones a sus textos legislativos. Con la promulgación de los documentos conciliares se comenzó un proceso de revisión de los textos constitucionales que se hizo más apremiante con la promulgación del Código de Derecho canónico actual. La Sede Apostólica estableció la obligatoriedad de proceder a adecuar la Legislación de los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica a los documentos del Concilio Vaticano II y a la nueva Legislación canónica. Una obligatoriedad que fue puesta en práctica por la mayoría de los Institutos y que hizo, que se produjera una sobreabundancia de textos renovados que fueron aprobados paulatinamente por la entonces Congregación para los Religiosos.

La necesidad de renovación y adecuación de los textos legislativos es una constante lo largo de la historia de la Iglesia. Antes de la convocatoria y celebración del Concilio Vaticano II, encontramos en el Magisterio de Pío XII una llamada a la adecuada renovación de la Vida Religiosa y de sus Leyes, a la luz de los principios de la ascética cristiana, según la índole propia y la sensibilidad de cada Instituto ante las nuevas circunstancias históricas². Pero no siempre se ha vivido y actuado dicho proceso de una forma que posibilitara la actualización deseada por el Beato Juan XXIII y solicitada por Pablo VI. Al finalizar el Concilio se comenzó un proceso de experimentación alquimista cuyos frutos no siempre fueron los deseados, consecuencia de una recepción inadecuada de la deseada renovación conciliar.

El Magisterio de la Iglesia solicita que actualicemos y por lo tanto modifiquemos aquello que con el paso del tiempo se ha malogrado, que resulta anacrónico, sin que ello suponga en ningún momento un desarraigo de la Tradición y Magisterio de la Iglesia. El Decreto conciliar “*Unitatis Redintegratio*” afirma claramente que la renovación en la Iglesia “*consiste esencialmente en el aumento de la fidelidad a la vocación*”³.

Estamos llamados a revisar y eliminar aquello que durante los años no se adecua a nuestra realidad ontológica eclesial, pues no podemos olvidarnos

2 Cfr. F. IGLESIAS, *Orientamenti conciliari e del Magistero*, en *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983), 49-50.

3 Cfr. CONCILII ŒCUMENICI VATICANI II, *Decretum de Œcumenismo: Unitatis Redintegratio*, en *AAS*, LVII (1965), n. 6.

quiénes somos y de dónde venimos. No hemos sido llamados a refundar, sino a revisar y adecuar nuestros textos legislativos a aquello que es la realidad del Instituto y a la nueva problemática que va surgiendo.

Se trata por lo tanto de un proceso de fidelidad creativa, que no está exento de las voces críticas que buscan desorientar y confundir. Cuantas veces se siente decir “basta el Evangelio”, “sólo la Palabra no la Ley”, olvidándonos de las palabras de Jesús: «*no penséis que he venido a abolir la Ley y los Profetas. No he venido a abolir, sino a dar cumplimiento*» (Mt 5, 1).

Otra trampa que nace en el proceso de revisión de los textos legislativos, es la de realizar una adaptación sólo teniendo como criterio «las cambiadas condiciones de los tiempos»⁴. Como bien afirmaba el Cardenal Pironio: “correríamos el riesgo de una renovación superficial y transitoria. Tendríamos un texto provisorio y no siempre igualmente válido para todo el Instituto”⁵. Sería una infidelidad a lo que el Concilio nos pide: buscar y recuperar el Evangelio como “norma última de la vida religiosa” y “primigenia inspiración de los Institutos”⁶. Es más, correríamos el riesgo de realizar un Instituto totalmente nuevo, que nada tiene que ver con el que en su momento respondió desde la fidelidad creativa del Carisma a las exigencias y necesidades de la Iglesia y del mundo. Convertiría a todos los Institutos en realidades iguales sin diferencia alguna, ya que todos harían todo y vivirían de la misma manera. Sería entrar en un proceso paulatino de autodestrucción del Instituto y del Carisma que Dios a dado a la Iglesia a través de su Espíritu y del que los consagrados son herederos, no propietarios. “*Nadie se incorporaría a un Instituto que, aunque eclesialmente válido por su actividad y sus obras, ha perdido en su ser la propia fisonomía*”⁷, por eso las Constituciones han de reflejar, como si de un espejo se tratara, la identidad propia y exclusiva que da sentido de pertenencia. Lo que atrae es una identidad claramente manifestada y gozosamente vivida. El texto de las Constituciones “tiene que llevarnos a la transparencia esencial de lo primitivo por exigencia fundamental de fidelidad”⁸.

En este proceso hemos de partir del Concilio Vaticano II, especialmente la Constitución “*Lumen Gentium*”⁹ y el Decreto *Perfectæ Caritatis* y del

4 PC, n. 2.

5 Cfr. E. PIRONIO, *Constituciones renovadas*, en *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983), 5.

6 Cfr. PC, n. 2.

7 Cfr. E. PIRONIO, *Constituciones*, 6.

8 Cfr. *ibidem*.

9 Cfr. CONCILII ŒCUMENICI VATICANUM II, Constitutio dogmatica de Ecclesia: *Lumen Gentium*, en AAS, LVII (1965), 5-66.

Motu proprio “*Ecclesiae Sanctae*”¹⁰, que han sintetizado las orientaciones para la revisión y adecuación de la Legislación particular de los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica que hoy en día siguen siendo válidos.

2. LAS CONSTITUCIONES

La existencia de las Constituciones y otros textos legislativos es fruto de la aplicación del principio de la justa autonomía de vida y de gobierno que gozan los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica, y que viene recogido en el Can. 586 §§1 y 2¹¹. Un principio que tiene sus fuentes en el Concilio Vaticano II, y que busca ayudar a los Institutos a que puedan expresar en comunión con la Iglesia la riqueza carismática que se manifiesta en la propia Legislación.

Lo primero que hemos de hacer para poder iniciar el trabajo de revisión y actualización de las Constituciones, es definir qué son para evitar las equivocaciones que provocan la desorientación de los destinatarios de este instrumento fundamental en el seguimiento de Cristo.

Desde el punto de vista teórico no encontramos una definición unívoca, si bien basta fijarnos en la actitud de algunos consagrados hacia las Constituciones y podremos dar algunas definiciones que mucho distan de lo que en realidad son.

Hay quien considera las Constituciones como una “*decoración*”, un libro que adorna la estantería y que cada miembro del Instituto ha de tener, siendo su utilización y conocimiento casi inexistentes. Consecuencia de esta aptitud no es sólo la del olvido sino su inexistencia por considerarlas exclusivamente una norma jurídica que coarta por principio la libertad, la espontaneidad y la creatividad inherentes al Carisma fundacional y a los Carismas, sobre todo personales, impidiendo al individuo hacer y sobre todo vivir como su “*espíritu*” le guía.

Otra definición que podemos dar es la de “*libro opcional*”, que si bien es necesario, no nos afecta nada más que en lo esencial y queda para ser usado por los que tiene cargos de gobierno. Por lo tanto, es un libro que no recoge la vida, no es vital y aún menos da vitalidad a la persona.

10 Cfr. PAULUS PP. VI, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quo normæ ad quædam exsequenda Ss. Concilii Vaticani II Decreta statuuntur: *Ecclesiae Sanctæ*, en AAS, LIX (1966), 757-787.

11 Se ha de tener presente los Cánones 578, 593, 594.

Sin embargo hay quien lo define como “*libro de vida*”, en el que se encuentran descritos los elementos de configuración de nuestra vida en el seguimiento de Cristo y su misión. El ser “libro de vida” comporta la capacidad de generar libertad y creatividad que permiten al religioso realizar una programación pluriforme de su existencia, en conformidad con el impulso inicial proveniente del Espíritu y en comunión con la Iglesia y sus legítimos Pastores.

La definición que mejor determina lo que son las Constituciones desde el punto de vista jurídico sería la de: Código propio y fundamental de un Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica, que contiene su normativa constitutiva y directa, integral, siendo orgánico y estable, elaborado por el Capítulo general y aprobado definitivamente por la Santa Sede¹².

Es un texto legislativo que nace en un contexto de amor y que debe ser acogido en el ámbito de la fe. De ahí la necesidad de tener una vida de fe fuerte, un corazón y una mente de fe, para ser capaces de acogerla como una gracia en nuestra vida que la dinamiza y proyecta hacia un “ya pero todavía no” escatológico.

Son las Constituciones

«una palabra escrita por hombres, que tiene la especial virtud de manifestar el designio de Dios para el Instituto y, sobre todo, de conferirle una particular fuerza de iluminación y de fidelidad para cumplir su misión»¹³.

Por eso «las Constituciones no pueden ser simples normas que regulen exteriormente la vida; tienen que ser principios evangélicos que ayuden a crearla desde adentro»¹⁴. Constituyen «un momento providencial y único de auténtico paso del Señor y de verdadera aceptación de su amor»¹⁵.

Las Constituciones son por lo tanto el camino que el Instituto ha de recorrer para ser él mismo en el fluir y en el mutar de las situaciones, estando siempre en grado de responder a la vocación y a la misión que Dios, a través del ministerio de la Iglesia le ha confiado.

El valor de las Constituciones dependerá de su contenido y de la manera en la que fueron redactadas, además de la actitud que cada uno de los

12 Cfr. D. ANDRÉS GUTIÉRREZ, *Le forme di Vita Consacrata. Commentario teologico-giuridico al Codice di Diritto canonico*, 6 ed., Roma, 2008, 56.

13 E. PIRONIO, *Constituciones*, 7.

14 *Ivi*, 9.

15 *Ivi*, 7.

miembros del Instituto adopte ante dicho texto. Tienen un valor basilar por defender la vocación y la identidad del Instituto, por proteger de daños internos y externos, siendo un medio que ayuda a encontrar el sentido de la propia vocación.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS CONSTITUCIONES

En el proceso de revisión de las Constituciones se ha de tener presente que se han de insertar los principios evangélicos y teológicos de la Vida Consagrada¹⁶, compartiendo espacio y estilo literario con las normas y lenguaje netamente jurídico, propio de este tipo de texto.

«Es sobre todo la inspiración originaria de los fundadores, con sus ideales, sus fines, sus intuiciones, a animar de manera adecuada el Código fundamental, hacer emerger la imagen exacta de la naturaleza y de las finalidades propias del Instituto, en los principios y en las normas que las encarnan, las convalidan y las autentican»¹⁷.

El Magisterio conciliar propone como criterio para la revisión de las Constituciones el de prestar la debida atención a los “principios evangélicos” y teológicos de la unión de la vida religiosa con la Iglesia¹⁸. Por eso las Constituciones y los otros Códigos han de ser convenientemente revisados, lo que implica y exige el discernimiento sobre la actualidad de la norma según la Tradición y el Magisterio de la Iglesia y el propio Carisma. Los signos de los tiempos necesitan ser vistos con una mirada cristiana católica, si no queremos que se conviertan en tiranos indiscutibles que arrastran y aniquilan con todo aquello que no se mueva a su ritmo.

16 Cfr. PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 12a. Nelle classiche *Normae* della S. Congregazione per valutare le Costituzioni dei nuovi Istituti (1901, 1918 e 1921), si escludevano espressamente dal testo legislativo le citazioni della Bibbia, dei Santi Padri e dei teologi, le istruzioni ascetico-spirituali e mistiche, le questioni teologiche e morali, ecc. (cfr. SACRA CONGREGATIO EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Normae secundum quas S. Congregatio Episcoporum et Regularium procedere solet in approbandis novis Institutis Votorum simplicium*, Romæ, 1901; SACRA CONGREGATIO DE RELIGIOSIS, *De Regulis et Constitutionibus Religiosorum ad normam Canonis 489 Codicis Iuris canonici reformandis*, en AAS, X (1918), 290; SACRA CONGREGATIO DE RELIGIOSIS, *Normae secundum quas Sacra Congregatio de Religiosis in novis religiosis Congregationibus approbandis procedere solet*, en AAS, XIII [1921], 317, n. 22).

17 V. MACCA, *Le Costituzioni, tra Teologia e Diritto*, en *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983), 120.

18 Cfr. PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 12.

Las Constituciones comprenden los elementos teológicos y jurídicos fundamentales de la vida, de la disciplina y de la actividad del Instituto. Su finalidad es la de garantizar, con expresiones adecuadas y seguras, la fisonomía espiritual y la estructura basilar del Carisma religioso. Justamente por esto tienen un reconocimiento canónico especial por parte de la Iglesia que garantiza su particular estabilidad¹⁹.

El Can. 587 establece que deberán contener, además de lo establecido en el Canon 578, las normas fundamentales sobre el régimen y la disciplina de sus miembros, sobre la incorporación de los mismos y su formación, sobre el objeto de los vínculos sagrados. Además deberá contener los elementos espirituales y jurídicos debidamente combinados, de modo que la norma venga animada de su adecuada motivación espiritual, y así sea verdadera norma de vida²⁰. Se ha de evitar que las disposiciones normativas no se multipliquen sin necesidad.

En las Constituciones hay que incluir solo aquello que tiene un valor *permanente* y *universal* en el tiempo y en el espacio; es decir, todo y solo lo que se cree y se considere válido para el propio Instituto en todo lugar y en todo tiempo si bien es claro que tratándose de cosas humanas todo tiene un valor relativo.

Los argumentos que el Código de Derecho canónico indica que han de estar en las Constituciones son:

- la erección, división o supresión de las Circunscripciones del Instituto, determinando la Autoridad competente para dichos Actos (Can. 581);
- la mente y propósitos de los fundadores, así como la naturaleza, fin, espíritu y carácter del Instituto, como también sus sanas tradiciones, es decir, el patrimonio del Instituto (Can. 578);
- las normas fundamentales sobre el gobierno del Instituto y la disciplina de sus miembros, la incorporación y formación de éstos, así como el objeto propio de los vínculos sagrados (Can. 587 §1);
- una adecuada armonización de los elementos espirituales y jurídicos, evitando la multiplicación de normas sin necesidad (Can. 587 §3);
- la potestad de los Superiores y Capítulos de los Institutos (Can. 596 §1);
- el modo de observar los consejos evangélicos de castidad, pobreza y obediencia, de acuerdo con su modo de vida, teniendo en cuenta su carácter y fines propios (Can. 598 §1);

19 Cfr. F. IGLESIAS, *Orientamenti*, 57.

20 Cfr. PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 13.

- la obligación de observar perfecta continencia en el celibato (Can. 599);
- la dependencia y limitación en el uso y disposición de los bienes, conforme a la norma del Derecho propio de cada Instituto (Can. 600);
- el sometimiento de la propia voluntad a los Superiores legítimos, que hacen las veces de Dios, cuando mandan algo según las Constituciones propias (Can. 601);
- la Autoridad competente para la erección de las Casas del Instituto (Can. 609 §1);
- el régimen y cuidado de un Superior de una Casa religiosa de Canónigos regulares o Monjes (Can. 613 §1);
- el modo de vida y gobierno de los Monasterios de Monjas asociadas a un Instituto de varones, así como los derechos y obligaciones recíprocos de manera que dicha asociación pueda servir para el bien espiritual (Can. 614);
- la potestad del Superior de un Monasterio autónomo que, aparte de su propio Superior, no tiene otro Superior mayor, ni está asociado a un Instituto de religiosos (Can. 615);
- las normas para la erección y supresión de una Casa religiosa (Can. 616 §1, 2);
- la supresión de la Casa autónoma de la que se trata en el Can. 613 (Can. 616 §3);
- la normativa sobre cómo se dispone de los bienes de un Monasterio autónomo de monjas suprimido por la Santa Sede (Can. 616 §4);
- el tiempo y requisitos para el nombramiento o elección de los Superiores, especialmente de los Superiores mayores (Can. 623);
- el tiempo de designación de los Superiores, según la naturaleza y necesidades del Instituto (Can. 624 §1);
- las normas de elección canónica del Superior general (Can. 625 §1);
- las normas para la designación de los Superiores (Can. 625 §3);
- las normas del Consejo del Superior (Can. 627 §1);
- la autoridad y competencias del Capítulo general (Can. 631 §1);
- la composición y el ámbito de potestad del Capítulo (Can. 631 §2);
- los límites del ejercicio de la capacidad de adquirir, poseer, administrar y enajenar los bienes temporales del Instituto (Can. 634 §1);
- prescribir el periodo o los periodos de ejercicio del apostolado en el noviciado fuera de la comunidad del Noviciado (Can. 647 §2);
- expresar la forma de seguimiento de Cristo de acuerdo al Evangelio (Can. 662);
- la obligación de la clausura en los Institutos no exclusivamente contemplativos (Can. 667 §3);

- determinar antes de la primera Profesión religiosa la cesión de la administración de los bienes patrimoniales del religioso y la disposición del uso y usufructo de dichos bienes. Antes de la Profesión perpetua la realización del testamento civilmente válido (Can. 668 §1);
- los medios necesarios para alcanzar el fin de su vocación (Can. 670).

Como se puede observar estos Cánones invitan a realizar una conjunción armónica entre los elementos evangélicos y teológicos relativos a la Vida Religiosa y a su misión en la Iglesia, y los elementos jurídicos necesarios para definir en modo preciso la fisonomía, los fines y los medios del Instituto. Es decir, todo cuanto hace referencia a las normas acerca del gobierno del Instituto, la disciplina de los miembros, su incorporación y formación, además del objeto propio de los compromisos sagrados.

Solo de esta manera el Código fundamental tiene una base estable, refleja verdaderamente ante la Iglesia y los miembros la fisonomía exacta del Instituto, que es la verdadera carta de identidad, y prevalece el verdadero espíritu y las normas vitales (cfr. *Ecclesiae Sanctae*, II, 12-13; Cann. 567 e 578).

4. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DERECHO PROPIO

Las normas que corresponde a la época actual, a las condiciones físicas y psicológicas de los miembros, y a las circunstancias particulares, se han de colocar en Códigos adjuntos que adquieren una gran diversidad de nombres²¹, y que junto con las Constituciones integran el Derecho propio del Instituto. De esta forma se logrará ir respondiendo a los signos de los tiempos, adecuando y actualizando la puesta en práctica de los principios constitucionales del Instituto, sin que por ello se haya de distanciar de la común unión que ha distinguido siempre a los Institutos de Vida Consagrada a lo largo de su gloriosa y fructífera historia.

Se trata por lo tanto de

«Códigos accesorios, complementarios, anexos, que regulan la vida, la disciplina y la actividad de manera muy detallada y por lo tanto con un margen de flexibilidad y de revisión notable, a discreción del respectivo Instituto. Teniendo cuenta de este carácter, estas Leyes no requieren, de por sí, especiales motivaciones doctrinales, evangélicas y teológicas»²².

21 PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 14; PC, n. 3.

22 F. IGLESIAS, *Orientamenti*, 57.

Los argumentos que el Código de Derecho canónico indica que han de estar en Derecho propio de un Instituto (Constituciones u otros Códigos) son:

- proveer mediante adecuadas normas para que los Superiores designados por un período determinado no desempeñen cargos de gobierno durante largo tiempo y sin interrupción (Can. 587 §2);
- las normas que no están en Constituciones (Can. 587§4);
- las cualidades para la admisión a un Instituto de Vida Consagrada (Can. 597);
- las reglas por las que han de vivir los miembros de un Instituto de Vida Consagrada (Can. 598 §2);
- lo relativo a los Votos públicos (Can. 607 §2);
- el ejercicio de la potestad (Can. 617);
- el ejercicio de la potestad del Superior general o Supremo moderador (Can. 622);
- el tiempo de Profesión perpetua para poder desempeñar el oficio de Superior (Can. 623);
- el tiempo de cesación del oficio del Superior (Can. 624 §2);
- las causas de remoción del cargo o traslado de los Superiores (Can. 624 §3);
- las normas para el conferimento de los encargos (Can. 626);
- Las ocasiones en las que, para que el Superior actúe válidamente, se requiere el consentimiento o el consejo que habrá de pedirse conforme a la norma del Can. 127 (Can. 627 §2);
- las prescripciones de las visitas que los Superiores han de realizar a las Casas y miembros encomendados a su cuidado (Can. 628 §1);
- la ausencia de los Superiores de la Casa religiosa (Can. 629);
- las normas para la designación de los confesores idóneos (Can. 630 §2);
- el modo de proceder en la celebración del Capítulo, sobre todo respecto a las elecciones y manera de llevar los asuntos (Can. 631 §2);
- la libertad de cada miembro, Provincia y comunidad de enviar libremente sus deseos y sugerencias al Capítulo general (Can. 631§3);
- determinar con precisión las materias que corresponden a los diferentes Capítulos del Instituto o a asambleas semejantes, junto con todo lo que se refiere a su naturaleza, autoridad, composición, modo de proceder y tiempo en el que deben celebrarse (Can. 632);
- las normas referentes a los órganos de participación o de consulta (Can. 633 §1);
- establecer los otros medios de participación y consulta propios conforme al carácter y fin del Instituto (Can. 633 §2);

- el tiempo y modo de rendir cuentas de la administración realizada por los ecónomos, al Superior competente (Can. 636 §2);
- los actos que sobrepasan la finalidad y el modo de administración ordinaria, así como los requisitos necesarios para validez de un actos de administración extraordinaria (Can. 638 §1);
- los encargados de realizar válidamente gastos y actos jurídicos de administración ordinaria (Can. 638 §2);
- la competencia de los Superiores mayores para admitir candidatos al noviciado (Can. 641);
- otros impedimentos de los ya establecidos en el Derecho universal, para poder admitir un candidato al Noviciado (Can. 643 §2);
- establecer la exigencia o menos de informes sobre la idoneidad de los candidatos y su carencia de impedimentos (Can. 645 §3);
- el Plan General de Formación (Can. 650 §1);
- la prórroga del tiempo de prueba por parte del Superior mayor (Can. 653 §2);
- los derechos y deberes de los miembros del Instituto según el tipo de incorporación de sus miembros (Can. 654);
- el tiempo de la Profesión temporal (Can. 655);
- la libertad del Superior para la admisión a la Profesión temporal (Can. 656, 3º);
- el Superior competente para la concesión de la prórroga de la Profesión temporal (Can. 657 §2);
- las condiciones, además de las establecidas por el Derecho universal, para la validez de la Profesión perpetua (Can. 658);
- la formación y su duración, según las necesidades de la Iglesia y a las circunstancias de los hombres y de los tiempos, tal como exigen el fin y carácter del Instituto (Can. 659 §2);
- la formación de los miembros que se preparan para recibir el Orden sagrado (Can. 659 §3);
- las prescripciones sobre la lectura de la sagrada Escritura y a la oración mental, la celebración de la Liturgia de las horas y otros ejercicios de piedad (Can. 663 §3);
- la clausura que se ha de observar según la naturaleza del Instituto, así como los lugares sujetos a ésta (Can. 667 §1);
- el Superior competente para la concesión de la Licencia al religioso que quiere modificar el nombramiento del administrador, del uso y usufructo, el testamento o la renuncia de los bienes patrimoniales (Can. 668 §2);

- las normas referentes a los bienes que el religioso obtiene fruto de su trabajo o por razón del Instituto (Can. 668 §3);
- las normas sobre los bienes adquiridos después de la renuncia a los bienes patrimoniales pro parte del religioso (Can. 668 §5);
- las normas relativas al hábito religioso (Can. 669 §1);
- establecer otros requisitos además de los del Código de Derecho canónico indica, referentes al paso de un Monasterio autónomo a otro del mismo Instituto, Federación o Confederación (Can. 684 §3);
- la duración y el modo de la prueba que ha de preceder a la Profesión del miembro que ha realizado el transito a un nuevo Instituto (Can. 684 §4);
- las causas de menor gravedad para la expulsión de un miembro de Votos temporales del Instituto religioso (Can. 696 §2).

A la luz de estas temática y Cánones podemos preguntarnos si, ¿todo ha de estar contemplado en un único Código o se pueden constituirse otros? En las *Normas de 1901-1902* se hablaba de la posibilidad de tener diversos documentos normativos. En el Motu proprio *Eccllesiae Sanctae*, II, 14, se habla de Códigos complementarios y el Can. 587 habla de otros Códigos. Hoy es más que aceptado que cada Instituto según considere más apropiado pueda aprobar diversos Directorios o Códigos complementarios: general, formativo, económico, apostólicos, espiritual, etc. según considere la necesidad y la claridad en el conocimiento y aplicación-observancia de las normas. No se debe olvidar que las normas tanto de las Constituciones como de los Códigos complementarios que constituyen el Derecho propio, están para ayudar a los consagrados a vivir su opción de vida, su seguimiento a Cristo, que es un camino de perfección con mayor responsabilidad y coherencia de vida. Todo lo que ayude a este fin ciertamente que se puede tener y potenciar, con tal que no rompa la comunión eclesial y respete el Magisterio de la Iglesia. Ha de quedar claro que el Legislador no obliga a tener varios Códigos complementarios, pues dependerá en gran medida del tipo de Instituto que se trate y de su consistencia numérica y expansión misionera y complejidad de apostolado y vida.

5. REDACCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Cuando se comienza el proceso de revisión de los textos legislativos, especialmente el de las Constituciones, se ha de ser consciente de que es un momento especial de gracia que requiere por parte de todos los implicados un clima especial, donde la serenidad en la búsqueda y el diálogo, la profundidad

en la reflexión y la oración, la comunión en la alegría y el compromiso definitivo guíen en la búsqueda de la voluntad de Dios para el Instituto y cada uno de sus miembros. Es decir, posibilitar que se produzca un “Pentecostés por lo «profundo y nuevo», por lo que deja en todos de interioridad y de deseos de responder evangélicamente a Jesucristo y su misión, a las exigencias de la Iglesia y a las necesidades del mundo”²³.

Pero este proceso no está exento de dificultades personales y comunitarias, fruto de los inevitables límites humanos; que en estas circunstancias de cambio y de búsqueda se agudizan, apareciendo formas apodócticas o inciertas de interpretar el Carisma de los Fundadores o de manipular el discernimiento hacia determinadas urgencias o visiones-interpretaciones de la Vida Consagrada y del fin y misión del Instituto. En este proceso comparten espacio con los dones las tristezas y las pobrezas que impiden muchas veces que el profundo sentido de comunión eclesial dinamice el proceso de estudio y renovación de las Constituciones, y de la propia vida del Instituto y de sus miembros.

En el momento de redactar el texto legislativo, hemos de buscar lo esencial, lo simple, lo profundo, lo que hizo que el Instituto sea lo que hoy es. Y es que la revisión de los textos legislativos tiene una finalidad bien precisa: responder de manera adecuada a una llamada. Se trata de recuperar, a través de la Legislación que estructura el Carisma y lo preserva de las constantes tentaciones de deformarlo, “el dinamismo incesantemente renovador del Espíritu, desde la situación concreta de una Iglesia que vive, enseña y orienta, y desde la necesidad de un mundo que cambia rápidamente, sufre y espera”²⁴.

En este proceso de redacción nuestro inicio ha de ser el “espíritu y el propósito propios de los Fundadores” y el “de las sanas tradiciones”²⁵ de la Iglesia y del Instituto que nos unen directamente con el origen y nos aseguran la verdad en nuestro hacer y vivir, a la vez que son signos innegables de comunión y unidad eclesial, en un sentir “*cum Ecclesia*”.

La revisión de las Constituciones ha de girar entorno a tres elementos fundamentales que nos darán la certeza del justo camino: 1) la fidelidad dinámica al Carisma y al espíritu de los Fundadores; 2) la mirada de fe sobre la situación nueva de la Iglesia y del mundo; 3) la capacidad de ayudar a la transformación interior en el Espíritu.

23 Cfr. E. PIRONIO, *Constituciones*, 4.

24 Cfr. *ivi*, 5.

25 PC, n. 2.

Las Constituciones tienen que tener en cuenta a Dios, a la Iglesia, al hombre, realidades íntimamente conectadas que se plasmarán desde dos estructuras claras, la jurídica y la teológica, que según la mente del Concilio Vaticano II se complementan y garantizan la consistencia, la precisión y la vitalidad de las normas fundamentales del Instituto²⁶. Es necesario, nos recuerda el Motu proprio *Ecclesiae Sanctae*, «guardarse de componer un texto que sea únicamente jurídico o puramente exhortativo»²⁷, siendo necesario realizar la justa simbiosis entre estas dos realidades para que el texto, sin perder la fuerza y claridad jurídica, se encarne en lo específico y propio del Instituto que es lo carismático²⁸.

A la hora de redactar nos ha de guiar la fidelidad a la Palabra, al Carisma y a la Iglesia. Son tres fidelidades fundamentales si queremos que nuestro trabajo camine por el sendero de Dios y de la Iglesia, en una búsqueda constante de ser verdaderos acogedores de su voluntad.

1. *La fidelidad a la Palabra*. Tras la celebración del Sínodo de la Palabra, en el mes de octubre de 2008, se puso en evidencia el rol fundamental y primordial que tiene la Palabra en la Iglesia y de forma especial para la Vida Consagrada, que es Palabra encarnada. No podemos olvidar que la constitución Dogmática *Dei Verbum* afirma, que «la Iglesia ha considerado siempre y considera la divina Escritura como la regla suprema de la propia fe»²⁹.

Para hacer frente de manera adecuada a una renovación de los textos legislativos que respondan a los grandes desafíos que la historia actual pone a nuestra vida y a nuestra misión, se requiere que la Vida Consagrada se deje interpelar continuamente por la Palabra revelada³⁰. Es de todos conocido y no por ello dejo de decirlo, que del contacto asiduo con la Palabra de Dios se obtiene la luz necesaria para el discernimiento personal y comunitario que nos ayuda a buscar los caminos del Señor en los signos de los tiempos renovando la propia mente, para discernir la voluntad de Dios, aquello que es bueno, lo que le agrada, lo perfecto (cfr. *Rm* 12, 2), que es lo que hemos de plasmar en los textos de nuestro Derecho propio³¹.

26 F. IGLESIAS, *Orientamenti*, 58.

27 PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, n. 13.

28 Cfr. PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, nn. 12, 13.

29 CONCILIIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Divina Revelatione: Dei Verbum*, en AAS, LVIII (1966), n. 21.

30 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Adhortatio apostolica post-synodalis: Vita Consecrata*, en AAS, LXXXVIII (1996), n. 81.

31 Cfr. *ivi*, n. 94.

La Palabra es el medio principal a través del cual buscamos la voluntad de Dios en las diversas circunstancias de nuestra vida, la guía decisiva para nuestra existencia, aquello que quiere Dios de nosotros y aquello a lo que Dios nos llama a ser. No podemos olvidar que la Palabra de Dios es la única capaz de dar auténtico sentido a la vida. Pero atención no caigamos en el peligro de quedarnos exclusivamente en las palabras humanas con las que se nos hace comprender la Palabra de Dios, no descubriendo el Espíritu que nos habla en la actualidad, proyectándonos hacia el futuro con una fuerza dinámica creativa que hunde sus raíces en la Tradición. La fidelidad a la Palabra es una invitación a entrar en un camino de fe intenso para buscar y acoger con ojos y corazón de fe la voluntad del Padre para el Instituto, que lo plasmaremos con un lenguaje teológico y jurídico en las Constituciones.

Es más, nuestra opción de vida está fundada sobre la “*Sequela Christi*” en la que la fidelidad a la Palabra de Dios es esencial, por lo que los textos legislativos deben ayudarnos a responder a esta “*Sequela*”. Esto comporta un continuo esfuerzo de inspiración en la fuente de cada forma de vida cristiana³², que es la Biblia.

2. *La fidelidad al Carisma*. El Carisma es el don que Dios ha concedido a la Iglesia por medio del Espíritu santo, tramite un fundador/a, para el bien de la Iglesia y de sus miembros. El Carisma concede a cada Instituto su propia y distinta fisonomía y función dentro de la Iglesia a la que sirve³³ y enriquece sin medida, por lo que la Iglesia «defiende y sostiene el carácter propio de los diferentes Institutos religiosos»³⁴.

Después del Concilio Vaticano II, se ha concedido una gran importancia al Carisma del Instituto, lo que ha hecho que se realice una extensa reflexión teológica sobre este argumento, ya que la renovación podrá darse en la medida en la que la

«identidad de cada Instituto se conserve con tal seguridad, que se pueda evitar el peligro de una situación no suficientemente definida, por la cual los religiosos, sin la debida consideración del particular estilo de acción propio de su índole, vengán insertados en la vida de la Iglesia de manera vaga u ambigua»³⁵.

32 Cfr. PC, n. 2; PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 16,1.

33 Cfr. PC, nn. 2, 7, 9; PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, II, 40.

34 CONCILIIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Lumen Gentium*, n. 44.

35 CONGREGATIO PRO RELIGIOSIS ET INSTITUTIS SÆCULARIBUS, *Instructio de accommodata renovatione institutionis ad vitam religiosam ducendam: Renovationis Causam*, en AAS, LXI (1969), n. 11, 14.

La llamada de Dios nunca es vaga o ambigua, es siempre concreta y precisa. Nos llama a una vocación específica dentro de un estado y estilo de vida propio, con un Carisma determinado. Las vocaciones genéricas no existen, lo mismo que los estados de vida genéricos no se dan en la Iglesia y por lo tanto las Constituciones deben ser claras y determinantes, para que favorezcan el desarrollo y vitalidad del Carisma propio. Por eso las Constituciones no pueden ser genéricas, iguales para todos los Institutos, sino propias y personalizadas según el don recibido de Dios, al cual nosotros debemos responder y encarnarlo según la estructura legislativa del Instituto, que enriquece la diversidad y la pluralidad de la Iglesia, constituyendo el humus fértil de la santidad.

3. *La fidelidad a la Iglesia.* La Vida Consagrada nace en la Iglesia, participa de su vida y dinamicidad, formando parte indiscutible de su santidad³⁶. Por eso es impensable que la renovación de los textos legislativos de un Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica se dé sin que sea guiado por la Iglesia³⁷. En las Constituciones o Directorio, debe aparecer con fuerza y nitidez el *sentire cum Ecclesia*, nota que ha caracterizado y caracteriza a los fundadores. No se trata solo de citar textos del Magisterio de la Iglesia y de sus legítimos Pastores, sino que cada miembro del Instituto ha de configurar su vida, su sentir y pensar como la Iglesia, desde la Iglesia y con la Iglesia, sabiendo que los consagrados son destacados colaboradores de los Pastores, a los que obedecen según Derecho en la santificación y configuración de la verdad. Baste pensar cuantos fundadores y fundadoras han hecho de la comunión y unidad con el Papa y los Obispos una característica destacada, que han dejado en herencia a sus hijos e hijas, para que completaran lo que a ellos les faltaba.

6. RESPONSABLES DE LA RENOVACIÓN O ACTUALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Los responsables de la renovación o actualización de las Constituciones son todos y cada uno de los miembros del Instituto. A ellos en primera persona les corresponde discernir, estudiar, revisar, proponer, acoger y aceptar los cambios que sean menester realizar en los textos legislativos, para poder responder adecuadamente a la llamada de Dios a trabajar en su viña.

36 Cfr. CONCILIIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Lumen Gentium*, nn. 39, 42-47; PC, nn. 5-7.

37 Cfr. PC, n. 2.

«Los Institutos y los mismos religiosos tienen el deber y el derecho de ser los interlocutores directos del Espíritu, asumiendo plenamente la responsabilidad de discernir, a la luz del Evangelio y de los signos de los tiempos, el significado de la llamada por parte del Señor»³⁸.

Pero no se agota en ellos la responsabilidad de la actualización, la Sede apostólica o el Obispo diocesano en su caso, con su cercanía, acompañamiento, saber hacer, tutela premurosa, discernimiento objetivo y contributo cualificado, garantiza la eclesialidad y la positividad del texto legislativo.

Según *Lumen Gentium* 45, la mediación de la Jerarquía comporta sobre todo, siguiendo dócilmente los impulsos del Espíritu santo, la aprobación de las reglas de los fundadores, la sabia reglamentación de la praxis de los consejos evangélicos y la ayuda para asegurarse la fidelidad a la vocación y a las Constituciones propias³⁹. Esto significa que la Iglesia completa el trabajo de renovación y de revisión de los Institutos, verificando la doctrina y la práctica de los Códigos, buscando respetar la pluriformidad del factor carismático, evitando así el riesgo de uniformidad y de formalismo. Por eso la «aprobación definitiva de las Constituciones está reservada a la Autoridad eclesiástica competente»⁴⁰.

Se trata de una doble responsabilidad complementaria, fruto de la coherencia eclesiológica de comunión, tal como lo afirma *Lumen Gentium* 30:

«los sagrados Pastores saben de no haber sido instituidos por Cristo para asumir ellos solos toda la misión de la salvación que la Iglesia ha recibido, sino que su magnífico encargo es de pacer los fieles y de reconocer sus servicios y sus Carismas, de tal manera que todos concordemente cooperen, en su media a la obra común».

7. ESQUEMA DE LAS CONSTITUCIONES

El presente esquema puede variar según la tradición y la familia espiritual a la que el Instituto está agrupado. Se puede decir que excepto las Ordenes antiguas y alguna Congregación que sigue el esquema de éstas, la mayoría

38 F. IGLESIAS, *Orientamenti*, 55-56.

39 Cfr. CONGREGATIO PRO RELIGIOSIS ET INSTITUTIS SÆCULARIBUS, *Renovationis Causam*, en AAS, LXI (1969), n. 8-9; CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Lumen Gentium*, n. 43.

40 PAULUS PP. VI, *Ecclesie Sanctæ*, I, n. 8.

de los Institutos han adoptado el siguiente esquema a la hora de formular las Constituciones. Es un esquema pensado para un Instituto de Vida Consagrada religiosa, pero que se puede aplicar a los demás Institutos y Sociedades de Vida Apostólica, según su propia idiosincrasia.

Capítulo I. La naturaleza, espiritualidad, fin del Instituto

Se ha de indicar de forma sucinta el tipo de Instituto que es, el Carisma, la espiritualidad propia y el fin para el cual fue fundado. Se puede añadir los medios con los que se hace realidad el fin.

Capítulo II. La Consagración⁴¹

Se ha de tratar de la consagración religiosa en general, haciendo hincapié en que tiene sus raíces en el Bautismo y su icono es la Trinidad. Se tiene que indicar con claridad que se asumen los tres consejos evangélicos por medio de un Voto público. Ha de tratar cada consejo evangélico por separado, poniendo de manifiesto el objeto del Voto de castidad, de pobreza y de obediencia.

Capítulo III. La oración⁴²

Se ha de poner en evidencia la importancia y necesidad de una profunda vida de oración, que es el encuentro con Dios Padre, Hijo y Espíritu santo. Se ha de indicar la necesidad de participar diariamente en el Sacrificio eucarístico, en la adoración y en las visitas eucarísticas. Se ha de invitar a la participación frecuente al Sacramento de la Penitencia, a la celebración de la Liturgia de las horas, indicando cuáles se realizan en común y cuáles en particular. La oración personal, la meditación, la lectura de la Palabra de Dios, la devoción mariana y el rezo del santo rosario, son elementos que se han de tratar en este apartado, además de tratar del retiro mensual y los ejercicios espirituales anuales, de los actos de piedad y de devoción que son propios del Instituto, los sufragios por los miembros difuntos, benefactores, familiares y Pastores.

Capítulo IV. La vida fraterna en comunidad⁴³

Para los religiosos se ha de hacer hincapié en la vida fraterna en comunidad, como elemento fundamental y propio. Esto comporta la obligación de vivir en comunidad y no ausentarse sin permiso, estableciendo quién concede el permiso de ausencia de comunidad, el tiempo y los casos especiales. El

41 Cfr. Cann. 590 §2, 599, 600, 601, 678 §1.

42 Cfr. Cann. 663, 664.

43 Cfr. Cann. 665, 666, 667.

uso de los medios de comunicación social, la clausura, el silencio, el hábito religioso (si no se trata en la parte de la pobreza). El cuidado de las hermanas, especialmente las enfermas y ancianas.

*Capítulo V. La misión apostólica*⁴⁴

El apostolado propio del Instituto. Los apostolados específicos en los que el Instituto vierte su atención y esfuerzo. No se trata de abordar uno por uno, sino agruparlos en conceptos generales: educación, sanidad-asistencial, parroquial, social, espiritual.

*Capítulo VI. La formación*⁴⁵

Se ha de tratar de las diversas etapas formativas, sabiendo que ha de existir un Plan General de Formación (Can. 659 §2) lugar en el que extenderse más ampliamente en cuanto a contenidos concretos. La Pastoral vocacional se puede incluir aquí o en el Capítulo del apostolado. Se ha de distinguir la formación inicial: Aspirantado, Postulantado, Noviciado, Juniorado, de la formación permanente o continua. Los formadores, la fórmula de Profesión (en el caso de que no se haya colocado en el Capítulo de la consagración).

*Capítulo VII. El Gobierno*⁴⁶

Los principios de gobierno, la estructura orgánica del Instituto, el Capítulo general, el Superior general y demás Superiores y Organismos del Instituto: Provincias, Viceprovincias, Delegaciones, Regiones, Áreas, Vicariatos, Casas... Se deben establecer claramente los requisitos para poder desempeñar dichos oficios, potestad que tienen, cuándo ha de solicitar el consentimiento o parecer del Consejo, cuándo se actúa colegialmente. Elecciones y nombramientos. Económos, Secretarios en los diversos niveles. Erección y supresión de una Casa.

*Capítulo VIII. La administración*⁴⁷

Adquisición posesión, administración y enajenación de los bienes. Límites, licencias, utilización. Comunicación de bienes.

44 Cfr. Cann. 673, 675, 676, 677, 678.

45 Cfr. Cann. 597, 641, 642, 643, 645, 646-649, 650-652 §1, 652, 653, 654, 657, 659, 660, 661, 668, 689, 690 §1.

46 Cfr. Cann. 127, 610, 616, 617-619, 620, 622-624, 625, 627, 628, 636.

47 Cfr. Cann. 634, 637, 638, 640.

*Capítulo IX. La Salida del Instituto*⁴⁸

Tránsitos a otro Instituto, exclaustación, salida, dimisión. Procesos, casos.

*Capítulo X. La observancia de las Constituciones*⁴⁹

No todos los Institutos lo contemplan. Se debe indicar la obligación de observar las Constituciones y demás textos legislativos. Cómo proceder para modificar las Constituciones. Dispensas y gracias.

8. CONCLUSIÓN

El proceso de revisión y renovación de los textos legislativos de un Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica, tiene que ser el «fruto de una búsqueda sufrida y gozosa, de una reflexión profunda y compartida, de una oración personal y comunitaria»⁵⁰. Es un proceso institucional compartido y corresponsable que “trata de confirmar un Carisma y de asegurar la fidelidad de un Instituto”⁵¹. No se trata de crear cosas nuevas, mucho menos de imponerlas; se trata de ser fieles al Espíritu santo. «Hay que subrayar claramente lo esencial: la comunión eclesial orgánica dentro de la cual el Espíritu santo engendra un Instituto y distribuye sus Carismas, como El quiere, para la edificación del Cuerpo»⁵².

No podemos olvidar que la Ley no crea la vida, sino que la salvaguarda y tiene el significado y el valor en función de la vida misma. La revisión de las Constituciones de los religiosos tiene un fin bien preciso: responder, de manera adecuada, a las necesidades de una llamada⁵³. No perdamos de vista como afirma la introducción de *Renovationis Causam* que «la revisión de las normas de la vida religiosa, para ser auténtica, supone que sean de nuevo definidos los valores esenciales»⁵⁴.

Terminemos recordando con las palabras del Concilio Vaticano II y de su Magisterio, las claves del éxito de la actualización de los textos legislativos.

48 Cfr. Cann. 684-704.

49 Cfr. Can. 598 §2.

50 E. PIRONIO, *Constituciones*, 10.

51 Cfr. *ibidem*.

52 Cfr. *ivi*, 11.

53 Cfr. F. IGLESIAS, *Orientamenti*, 48.

54 Cfr. CONGREGATIO PRO RELIGIOSIS ET INSTITUTIS SÆCULARIBUS, *Renovationis Causam*, Proemio.

- 1) «las mejores adaptaciones a las necesidades de nuestros tiempos no surtirían efecto alguno si no estuvieren animadas por una renovación espiritual, a la que se ha de dar siempre el primer lugar»⁵⁵.
- 2) «la adecuada renovación no puede realizarse de una vez para siempre, sino que ha de fomentarse de una manera constante mediante el fervor de los religiosos y la solicitud de los Capítulos y superiores»⁵⁶.
- 3) «la renovación, más que de la multiplicación de las Leyes, ha de esperarse de una más exacta observancia de la regla y Constituciones»⁵⁷.

55 PC, n. 2.

56 PAULUS PP. VI, *Ecclesiae Sanctae*, I, 19.

57 PC, n. 4.

CASSAZIONE CIVILE, Sez. 1° – 20 gennaio 2011 n. 1343 – Pres. e Rel. Vittoria – ***** (avv. Gianni) c. ***** (avv. D’Andrea). Cassa App. Venezia 11. 06. 2007.

Matrimonio concordatario – Sentenza Ecclesiastica di nullità per esclusione del *bonum prolis* – Convivenza dei coniugi successivamente alla Delibazione – Contrasto con l’ordine pubblico italiano – (Cost. Art. 7; Cod. civ. Art. 123 comma 2°; Cod. Proc. civ. Art. 797 n. 2 nella formulazione anteriore alla L. 218/1995; L. 27. 05. 1929 n. 847 Art. 17; L. 25. 03. 1985 n. 151 Art. 8; L. 31. 05. 1995 n. 218 Art. 64).

La convivenza dei coniugi prolungata oltre il Matrimonio atto, è ostativa della Delibazione della Sentenza ecclesiastica di nullità del Matrimonio – fondata sull’esclusione del *bonum prolis* da parte di un coniuge- perché quando il rapporto matrimoniale prosegue nel tempo è contrario ai principi di ordine pubblico rimetterlo in discussione. [*Omissis*]

Il ricorso contiene un motivo.

La cassazione vi è chiesta per il vizio di violazione e falsa applicazione di norme di Diritto (Art. 360 n. 3 Cod. Proc. civ., in relazione agli Artt. 8 L. 25 marzo 1985, n. 121; 64 lett. g) L. 31 maggio 1995, n. 219; 123 Cod. civ. e 29 Cost.).

È concluso dal seguente quesito di Diritto: «-se possa essere riconosciuta nello Stato italiano la Sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità del Matrimonio, quando i coniugi abbiano convissuto come tali per oltre un anno, nella fattispecie per vent’anni, e se detta Sentenza produca effetti contrari all’ordine pubblico, per contrasto con gli Artt. 123 Cod. civ. e 29 Cost.».

1 Per praticità di lettura si anticipano le sigle in uso tipico nella Giurisprudenza italiana:
“Cost.” = Costituzione Italiana; “Cod. civ.” = Codice civile [anche: C.c.]; “Cod. Proc. civ.” [anche: C.P.c.] = Codice di Procedura civile; “Cass.” = Corte di Cassazione; “Sez. I civ.” = Sezione I civile; “Sez. un. civ.” = Sezioni unite civili.

La parte ha ripercorso l'itinerario della Giurisprudenza di legittimità osservando che sino alla Sentenza 4701 del 1988 delle Sezioni unite, la Corte si era in prevalenza orientata nel senso di riconoscere la contrarietà all'ordine pubblico della Sentenza del Tribunale ecclesiastico che non avesse tenuto in conto la disposizione dell'Art. 123 comma 2 Cod. civ. e ciò perché l'effettiva instaurazione del rapporto matrimoniale con la pienezza della convivenza morale e materiale dei coniugi avrebbe precluso ogni possibilità di far valere vizi simulatori dell'atto matrimoniale – come Sentenze orientate in questo senso ha indicato la 192 del 1988, le 5358 e 5354 del 1987.

Dopo aver affermato che (come risultava dalla citazione in riassunzione) il Matrimonio era stato contratto nel 1972 e la Separazione era stata omologata nel 1992, la parte ha concluso dicendo di reputare che «vanificare una convivenza ventennale con perdita per la ricorrente dei diritti derivati dal Matrimonio dichiarato nullo (in caso di passaggio in giudicato della Sentenza ora impugnata) sia in contrasto, oltre che con l'ordine pubblico, con il dettato costituzionale, che con all'Art. 29 assicura l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi».

Dal canto suo il resistente ha ribattuto richiamandosi a quanto statuito, in senso contrario, nella Sentenza 4700 del 1988 delle Sezioni unite e poi in una successiva Decisione, indicata nella Sentenza 10143 del 2002.

Il motivo è fondato.

La rivisitazione della precedente Giurisprudenza della Corte, compiuta in questa materia dalle Sezioni unite con la Sentenza 18/07/2008 n. 19809, ha consentito di mettere in rilievo che «l'ordine pubblico interno matrimoniale evidenzia un palese “favor” per la validità del Matrimonio quale fonte del rapporto familiare incidente sulla persona e oggetto di rilievo e tutela costituzionali, con la conseguenza che i motivi per i quali esso si contrae (che, in quanto attinenti alla coscienza sono rilevanti per l'Ordinamento canonico) non hanno di regola significato per l'annullamento in sede civile».

Nella medesima decisione si è osservato come nella Sentenza 6 marzo 2003 n. 3339 fosse stato dato implicito rilievo anche al Matrimonio-rapporto, che nell'ordine pubblico italiano ha una incidenza rilevante, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del Diritto di famiglia, ed impedisce di annullare il Matrimonio dopo che è iniziata la convivenza e spesso se questa è durata per un certo tempo (come si desume dagli Artt. 120 cpv., 121 comma 3 e 123 cpv. Cod. civ.).

Si è quindi osservato che «non appare condivisibile, alla luce della distinzione enunciata tra cause di incompatibilità assoluta e relativa delle Sentenze di altri Ordinamenti con l'ordine pubblico interno, qualificare come relative

quelle delle pronunce di annullamento canonico intervenute dopo molti anni di convivenza e di coabitazione dei coniugi, ritenendo l'impedimento a chiedere l'annullamento di cui sopra mera condizione di azionabilità, da considerare esterna e irrilevante come ostacolo d'ordine pubblico alla Delibazione».

La considerazione di fondo che sorregge tale scelta è in ciò che (riferita a date situazioni invalidanti dell'atto di Matrimonio) la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla Legge.

La Corte condivide questa impostazione.

Ritiene dunque che la Sentenza impugnata presenti il vizio denunziato nel motivo, per avere considerato in linea di principio non ostativa alla Delibazione della Sentenza ecclesiastica di nullità del Matrimonio, pronunciata al motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro, la loro particolarmente prolungata convivenza oltre il Matrimonio.

Il Ricorso è accolto e la Sentenza è cassata.

La Corte ritiene che –dedotto e non contestato che la convivenza si è protratta per quasi un ventennio– non siano necessari ulteriori accertamenti per addivenire sulla domanda ad una pronunzia di merito, che rientra dunque, secondo l'Art. 384 Cod. Proc. civ., nei suoi poteri.

La conclusione è che la domanda deve essere rigettata. [*Omissis*]

* * * * *

Commento²

GUIDO LAGOMARSINO

SOMMARIO 1. Note introduttive. 2. L'ordine pubblico interno matrimoniale. 3. L'ordine pubblico di cui all'Art. 797 n. 7 Cod. Proc. civ. 4. Ordine pubblico e Matrimonio-rapporto. 5. La Sentenza n. 19809 del 2008 e considerazioni conclusive.

SUMMARY 1. *Introductory Notes.* 2. *Public order concerning Matrimony.* 3. *Public order according to Art. 797 n. 7 of (italian) "Cod. Proc. civ."*. 4. *Public order and Matrimonial-Relation.* 5. *Sentence No. 19809 of 2008 and concluding remarks.*

1. NOTE INTRODUTTIVE

Con un artificio di politica legislativa è stato creato il Matrimonio concordatario, rappresentativo della difficile coesistenza di due concezioni matrimoniali differenti per quanto compatibili, quella canonica e quella civile, interessanti i medesimi soggetti che vivono sullo stesso territorio³.

Invero il venir meno del principio dell'indissolubilità nell'Ordinamento statale a seguito dell'introduzione del Divorzio (con la Legge n. 898 del 1970) –invece presente alla stipula del Concordato Lateranense– ha eliminato dall'Ordinamento italiano una concezione fondamentale di Matrimonio che i due condividevano, e ciò ha ancor più allontanato i due Ordinamenti.

2 Il presente Commento ad una Sentenza di altro Ordinamento giuridico (Italia), sul delicato tema della Delibazione in sede statale delle Sentenze canoniche di nullità matrimoniale, offre un approccio al tema in specifica chiave ordinamentale (l'ordine pubblico) secondo una prospettiva meno presente nel dibattito –a livello nazionale– seguito alla Sentenza stessa. L'interesse di tale approccio 'critico' va colto in chiave espressamente comparatistica ed inter-ordinamentale, soprattutto nel 'confronto' tra le istanze del Matrimonio-rapporto (statale italiano) e Matrimonio-atto/Sacramento (canonico).

3 In merito ci si permette di rinviare a: G. LAGOMARSINO, *Libertà matrimoniale e Matrimonio religioso ad effetti civili differenti*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998), 847ss.

L'Accordo Chiesa-Stato del 1984, rappresentativo di una rinnovata realtà sociale, ha ribadito la vitalità del Matrimonio concordatario come concepito nel 1929, ossia quale espressione della religione cattolica, poiché il vincolo indissolubile sorto nell'Ordinamento canonico ha effetti in quello italiano.

Lo Stato, come si è impegnato a riconoscere alla Chiesa il potere di costituire, anche nel proprio Ordinamento giuridico, il Matrimonio parimenti ha riconosciuto alla Chiesa il potere di tutelarlo. Così da un lato con norme pattizie l'Ordinamento statale ha tentato di garantire ai cattolici il fondamentale diritto della libertà religiosa, dall'altro la Giurisprudenza dello stesso Ordinamento è spesso pervenuta a soluzioni discutibili, con il rischio di rendere meramente nominale un altro diritto fondamentale, quello della certezza appunto del Diritto.

Non v'è invero chi non veda le difficoltà conseguenti a far convivere nel Matrimonio concordatario esigenze teologiche ed interessi statali, grazia santificante e sovranità dello Stato, nonché le problematiche relative alla giurisdizione su detto modello di coniugio, al quale la Giurisprudenza ha dato nei vari momenti storici soluzioni differenti, di cui la commentata Sentenza ne rappresenta una, che trova un precedente in altra Decisione⁴, attribuita al Matrimonio-rapporto del potere di precludere il riconoscimento nello Stato della Sentenza canonica di nullità per contrasto con l'ordine pubblico.

In tempi meno lontani le Sezioni unite civili⁵ sono tornate sull'argomento, confermando il menzionato potere preclusivo del Matrimonio-rapporto: perciò l'odierna decisione non contiene un principio già formulato ma una fonte di attuali discussioni⁶. Non è infatti casuale l'intervento delle Sezioni unite civili⁷ sulla prima delle suindicate Decisioni, finalizzato a ribadire l'inesistenza

4 Cfr. Cass. Sez. I civ., 18 giugno 1987, n. 5354 e Cass. Sez. I civ., 18 giugno 1987, n. 5358, in *Giurisprudenza italiana*, CXL (1988), I, 209ss., con nota di R. BOTTA, *L'inutile Concordato*; F. FERRABOSCHI, *Una Sentenza anomala o una svolta della Cassazione*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XVII (1988), I, 172ss.; E. QUADRI, *Convivenza coniugale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: le nuove prospettive giurisprudenziali*, in *Il Foro italiano*, CXIII (1988) I, 474ss.

5 Cfr. Cass. Sez. un. civ., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII (2008), 1874ss., con nota di M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni unite*.

6 Si rinvia alla posizione altalenante manifestata della Suprema Corte talvolta nell'accogliere, talaltra nel rigettare la domanda di Delibazione in presenza di una convivenza successiva al Matrimonio-rapporto. La Sez. I civ., con decisione del 2002 ribadiva l'irrelevanza – ai fini delibatori – della convivenza conseguente al Matrimonio essendo l'Art. 123 c. 2 Cod. civ., estraneo ai principi ed alle regole fondamentali con cui la Costituzione e le Leggi dello Stato configurano l'Istituto del Matrimonio. (cfr. Cass. Sez. I civ., 12 luglio 2002, n. 10143, in *Famiglia e Diritto*, X [2003], 15ss.).

7 Cfr. Cass. Sez. un. civ., 20 luglio 1988, n. 4700, in *Il Foro italiano*, CXIV (1989) I, 427ss., con nota critica di E. QUADRI, *Impressioni sulla nuova Giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di convivenza coniugale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*.

di contrasto con l'ordine pubblico matrimoniale italiano della convivenza o coabitazione⁸ dei coniugi successiva alla celebrazione.

Non sono invero un mistero per nessuno le divergenze fra *le finalità perseguite dall'Ordinamento statale*, particolarmente attento al Matrimonio-rapporto –che quale fenomeno di interazione sociale tende ad assorbire in se stesso il Matrimonio-atto, il cui vizio genetico diviene rilevante qualora il rapporto abbia avuto una propria attualizzazione sul piano umano– e *quelle perseguite dall'Ordinamento canonico*. Quest'ultimo è sensibile alla tutela integrale della persona, per cui la nullità del Matrimonio-atto travolge il Matrimonio rapporto. Infatti l'impossibilità oggettiva di proseguire nel rapporto ritenuto coniugale (denominata “*intollerabilità della convivenza*” dall'Ordinamento dello Stato) qualora sia riconducibile ad un vizio genetico del Matrimonio-atto, consente alle parti di instaurare il processo di nullità dinanzi al Tribunale ecclesiastico, il cui eventuale esito affermativo dichiara nullo il Matrimonio-Sacramento e quindi rende inesistente il Matrimonio-rapporto, che fonda la propria esistenza appunto sul primo. Nell'intento di tutelare il coniuge più debole, quando di fatto sia venuto meno il rapporto coniugale, la Giurisprudenza e parte della dottrina hanno assunto posizioni variegata nelle quali comunque l'Accordo di Diritto internazionale Chiesa-Stato del 18 febbraio 1984 svolge una funzione del tutto marginale che sembra non tener conto della vigenza di quanto indicato nelle norme pattizie e quindi dell'obbligo di osservarle da parte di tutti i cittadini, come d'altronde impone la Legge n. 121 del 1985.

C'è chi⁹ ritiene irrevocabile solo l'ordine pubblico individuabile nell'effettività giuridica e sociale del rapporto coniugale, sottolineando l'incoerenza di norme che pongono termini di decadenza alle Azioni di nullità (come l'Art. 123 c. 2 Cod. civ.). Altri¹⁰ sostengono l'impossibilità di valutare il Matrimonio-atto qualora si sia verificata una convivenza ultrannuale, riferendosi all'obbligo dell'Ordinamento italiano di tutelare (tanto sotto il profilo personale quanto sotto quello patrimoniale) la stabilità di un Matrimonio-rapporto protrattosi per diversi anni, evitando atteggiamenti riconducibili al Divorzio per ripudio.

8 Per le nozioni di convivenza e coabitazione si rinvia a: L. GRAZIANO, *La convivenza e il riconoscimento delle Sentenze ecclesiastiche di nullità di Matrimonio*, nota a *Cass. Sez. I civ.*, 12 luglio 2002, n. 10143, in *Famiglia e Diritto*, X (2003), 15. Nell'espositiva si useranno le espressioni convivenza e coabitazione in modo atecnico, sottintendendo un significato equivalente che giuridicamente esse non hanno.

9 Per una sintesi della dottrina e ampi riferimenti si rinvia a: R. BOTTA, *L'inutile Concordato*, 209ss.

10 Cfr. per tutti: E. QUADRI, *Convivenza coniugale*, 747ss.

L'odierna Sentenza contribuisce a costituire la Giurisprudenza della Sezione I civile della Suprema Corte confermandone la contraddittorietà, poiché come detto talvolta essa consente talaltra essa nega il riconoscimento nello Stato di una nullità ecclesiastica preceduta da una ultrannuale coabitazione. La Cassazione ha da sempre giustificato le proprie opzioni (tanto per il diniego quanto per il riconoscimento) riferendosi all'ordine pubblico, principio caratterizzato da una *indeterminatezza e relatività* che ne consentono interpretazioni opposte.

2. L'ORDINE PUBBLICO INTERNO MATRIMONIALE

Nota e pacifica è la *relatività* (o *indeterminatezza*) quale connotato essenziale dell'ordine pubblico, la cui concezione varia nel tempo e nella materia a cui si applica, oltreché nei differenti ordinamenti giuridici.

Infatti la *relatività* si accentua qualora l'ordine pubblico riguardi la famiglia, in quanto l'interprete –preoccupato della delicatezza dei rapporti da regolare– tende a sopravvalutare l'aspetto sociale (nella fattispecie rappresentato da una convivenza attualizzante il Matrimonio-atto in un ventennale Matrimonio-rapporto) e perviene a conclusioni ritenute probabilmente inaccettabili se riferite a rapporti giuridici diversi da quelli familiari.

L'ordine pubblico interno matrimoniale –ritenuto dalla Sentenza commentata preclusivo all'ingresso nello Stato della Decisione ecclesiastica di nullità del Matrimonio, a causa della nota convivenza post-nuziale– sembra estraneo alla giuridicità che invece lo caratterizza. In effetti la nozione di cui trattasi non è metagiuridica ma imprescindibilmente giuridica, e malgrado essa possa identificarsi con le esigenze morali, politiche, sociali, economiche, della collettività in un determinato periodo storico, mai essa diviene –come detto– metagiuridica. Invero tali istanze assurgono a principi di ordine pubblico solo qualora siano state oggetto di valutazione da parte del legislatore, anche se non tradotte in specifiche norme imperative. Conseguentemente non sarà difficile identificare l'ordine pubblico in genere con i principi fondamentali indicati nella Costituzione, mentre quello specificamente riferibile al Matrimonio è definito dell'Alta Corte, appunto in relazione alla Delibazione della nullità ecclesiastica, come l'insieme «delle regole fondamentali che sono poste dalla Costituzione e dalle Leggi e dagli Istituti giuridici in cui si articola l'Ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società»¹¹.

11 Cfr. REPUBBLICA ITALIANA, CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 22 gennaio 1982, n. 18*, in *Il Foro italia-*

Nondimeno autorevole dottrina¹² ha individuato, nella menzionata concezione unitaria di ordine pubblico, tre specificazioni da cui un ordine pubblico costituzionale, uno concordatario, uno ecclesiastico. Quello costituzionale agevolmente si identifica nei principi supremi dell'Ordinamento, come la sovranità dello Stato (Art. 1 c. 2 Cost.), quella della Chiesa (Art. 7 c. 1 Cost.) –come accettata e riconosciuta dallo Stato– l'eguaglianza morale e giuridica delle parti nel Matrimonio (Art. 29 c. 2 Cost.), la tutela dell'unità familiare (Art. 29 c. 1 Cost.), presupponente il consenso quale unico elemento costitutivo del Matrimonio ed espressione della libertà personale (Artt. 2 e 13 c. 1 Cost.).

In particolare nell'Art. 7 c. 2 Cost. si legge la cosiddetta *costituzionalizzazione* dei Patti Lateranensi (e delle loro modificazioni), poiché la Carta fondamentale, dopo aver riconosciuto a detti Patti la funzione di regolare i rapporti Stato-Chiesa, esclude la necessità di un procedimento di revisione costituzionale in caso di loro modifica consensuale, evidenziando l'appartenenza *dell'ordine pubblico concordatario* –come individuato in dottrina¹³– alla più ampia categoria *dell'ordine pubblico costituzionale*. Si possono pertanto individuare i principi fondamentali *dell'ordine pubblico concordatario* in una parte dei principi fondamentali *dell'ordine pubblico costituzionale* che in quanto valori irrinunciabili per lo Stato hanno svolto una funzione di riferimento obbligato nella redazione dell'Accordo e del Protocollo addizionale¹⁴.

Non può quindi che suscitare perplessità l'individuazione di motivi di contrasto con l'ordine pubblico nelle Decisioni ecclesiastiche –effettuato dalla Suprema Corte– quando *l'ordine pubblico concordatario*, che deve presumersi leso dalla Sentenza canonica, proviene da norme pattizie costituite su consenso di Chiesa e Stato (non a caso è stato denominato “Accordo di revisione...”) con costante riferimento ai principi irrinunciabili dell'Ordinamento statale. La circostanza che la decisione della Suprema Corte si riferisca *all'ordine*

no, CVII (1982), I, 427ss.

12 Cfr. L. DE LUCA, *Revoca di Dichiarazione di nullità matrimoniale e suoi effetti civili (pensamenti e ripensamenti della Cassazione)*, in *Il Diritto ecclesiastico*, XCI (1980), 415ss.; M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche*, 1922. Ci si permette anche di rinviare a: G. LAGOMARSINO, *Ordine pubblico e aspetti patrimoniali nella Delibazione delle Sentenze di nullità del Matrimonio concordatario per simulazione*, in *Giurisprudenza di merito*, XXXIV (2002), 601.

13 Cfr. L. DE LUCA, *Revoca di Dichiarazione*, 415; M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche*, 1922; G. LAGOMARSINO, *Ordine pubblico*, 601.

14 Cfr. REPUBBLICA ITALIANA, *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede. L. 25 marzo 1985, n. 121*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, CXXVI (1985), Serie generale, 10 aprile 1985 n. 85, Supplemento ordinario.

pubblico interno matrimoniale non consente di equivocare sull'espressione "matrimoniale", caratterizzante una tipologia di ordine pubblico riguardante appunto il Matrimonio, compreso quello concordatario.

Di maggior interesse appare lo specificativo "interno" in quanto presuppone l'esistenza di un "ordine pubblico internazionale". Su tale bipartizione non riusciamo a concordare, poiché se essa può giustificarsi nel diritto internazionale pubblico, ove si confrontano una pluralità di Stati, ciascuno titolare di una sovranità autonoma, diversamente deve ritenere nel Diritto internazionale privato, che in quanto generato e governato dalla sovranità di un solo Stato –nella specie quello italiano– circoscrive la propria operatività al territorio dello stesso. Non può pertanto condividersi l'uso del qualificativo "interno" da parte della Suprema Corte, in quanto fuorviante per gli operatori del Diritto, soprattutto in una Decisione come questa, destinata a suscitare un certo *rumor*.

Ma la nostra indagine si deve concentrare sull'identificazione dei contenuti che la Cassazione ha voluto dare alla nozione di "ordine pubblico".

3. L'ORDINE PUBBLICO DI CUI ALL'ART. 797 N. 7 COD. PROC. CIV.

In tale ricerca la Suprema Corte ci offre preziosi suggerimenti, poiché indica *de plano* la Sentenza delle *Sezioni unite civili n. 19809 del 18 luglio 2008* e la precedente Decisione della *Sezione I civile n. 3339 del 6 marzo 2003*, quali fonti da cui ha attinto le motivazioni della Decisione in argomento ed alle quali nella stessa direttamente rinvia, giusto per non appesantire l'espositiva con evitabili ripetizioni: ma da quale norma la Cassazione mutua il concetto di ordine pubblico che usa nella commentata Decisione? Come è noto gli Artt. dal 796 a 805 del Codice di rito sono stati abrogati dal 31 dicembre 1996 dall'Art. 73 della Legge n. 218 del 1995 (che deve la propria operatività all'Art. 10 della Legge 23 dicembre 1996 n. 649, meritevole di avere posto fine a numerosi rinvii). Si dovrebbe perciò ammettere la possibilità di equiparare *sic et simpliciter* le Sentenze ecclesiastiche a quelle di uno Stato estero, e da ciò dedurre la loro immediata efficacia nell'Ordinamento italiano. Ma una tale soluzione trova ostacolo¹⁵ nella *specificità dell'Ordinamento canonico* di

15 Ulteriore ostacolo all'immediata efficacia delle Sentenze ecclesiastiche nello Stato è rappresentato dall'Ordinamento dello Stato civile. Infatti l'Art. 63 c. 2 lett. g) del d. p. r. 3 novembre 2000, n. 396 consente l'immediata trascrizione nei registri degli Atti del Matrimonio delle Sentenze e degli altri Atti con cui si pronuncia all'estero la nullità, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili di un vincolo coniugale: ma la successiva lett. h) vieta la trascrizione delle Sentenze ecclesiastiche, per cui

cui al n. 4 lett. b del Protocollo addizionale dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense del 18 febbraio 1984 (ratificato con Legge 25 marzo 1985 n. 121) in quanto richiamato dall'Art. 2 c. 1 della Legge n. 218 del 1995¹⁶, che vieta l'operatività della nuova disciplina del Diritto internazionale privato in materie già regolate con patti fra soggetti di Diritto internazionale. Se così non fosse si dovrebbe ritenere possibile per lo Stato italiano modificare unilateralmente con Legge ordinaria norme appartenenti alla Legislazione concordataria. In tal modo norme di Diritto interno avrebbero il potere di modificare norme di Diritto internazionale: ciò è evidentemente insostenibile.

Giurisprudenza ormai consolidata¹⁷ ritiene che il testo¹⁸ del n. 4 lett. b) del Protocollo, riferendosi in modo inequivoco agli Artt. 796 e 797 del Codice di Procedura civile abbia connotato dette norme di una ultrattività destinata ad avere effetti duraturi.

Anche se parte della dottrina¹⁹ ha ritenuto *formale* il rinvio agli Artt. 796 e 797 C.P.c. contenuto nel Protocollo addizionale, da cui si deduce l'operatività dell'Art. 64 (nella specie lett. g) Legge 218/1995, altra dottrina²⁰ –condivisa dalla Giurisprudenza di cui alla nota 16– ha ritenuto *materiale o recettizio* il rinvio all'Art. 797 (nella specie n. 7) C.P.c. attuato dal Protocollo addizionale, da cui l'operatività dell'Art. 797 n. 7 C.P.c., anziché dell'Art. 64 lett. g) Legge 218/1995. Pertanto ci associamo ai sostenitori dell'ultrattività degli Artt. 796 e 797 C.P.c. e rispondiamo al quesito posto all'inizio del paragrafo indicando nell'ordine pubblico di cui all'Art. 797 n. 7 del Codice di rito quello di cui si occupa la Suprema Corte. Anche se le due norme sembrano identiche²¹, men-

per trascrivere occorre una Sentenza della Corte d'Appello. Cfr. P. MONETA, *Matrimonio religioso e Ordinamento civile*, 3 ed., Torino, 2002, 116.

16 Cfr. Art. 2 c. 1 Legge 218/1995: «le disposizioni della presente Legge non pregiudicano l'applicazione delle Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia».

17 Cfr. Cass. Sez. I civ., 8 giugno 2005, n. 12010, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, XXII (2005), 3, 955; Cass. Sez. I civ., 18 luglio 2008, n. 19809 in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII (2008), 1874ss., con nota di M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche*.

18 «Con riferimento al n. 2, ai fini dell'applicazione degli Artt. 796 e 797 del Codice italiano di Procedura civile, si dovrà tener conto della *specificità* dell'Ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale».

19 Cfr. Cass. 22 marzo 1995, n. 3314, in *Famiglia e Diritto*, II (1995), 334ss., con nota di M.F. MARTENINI, *Ancora sulla Delibazione di Sentenze ecclesiastiche*; cfr. per tutti: L. DE LUCA, *La tutela giurisdizionale nella Giurisprudenza successiva alla Sentenza 18/1982 della Corte Costituzionale*, in *Rivista di Diritto civile*, XXXIII (1987), I, 187.

20 Cfr. Cass. Sez. I civ., 10 maggio 2006, n. 10796, in *Famiglia e Diritto*, XIV (2007), 40ss., con nota di E. DE FEIS, *Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: rispetto del diritto di difesa e ordine pubblico*.

21 Cfr. Art. 941, n. 4 C.P.c. 1865: «se la Sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico

tre l'Art. 797 impone di verificare la presenza di una contrarietà *attuale* della Sentenza all'ordine pubblico, l'Art. 64 si riferisce ad una contrarietà (all'ordine pubblico) *futura*, in divenire della Sentenza.

Comunque la previsione di una contrarietà presente, qualora fosse stata prevista dai redattori della Legge n. 218 e quindi fosse oggi contenuta nel testo dell'Art. 64 Legge 218/1995, la questione non muterebbe, poiché l'operatività dell'Art. 797 n. 7 C.P.c. è sostenuta *dalla specialità²² della disciplina convenzionale rispetto a quella ordinaria²³, da cui l'inversione del principio "Lex posterior derogat Legi priori generali"*.

Non ci resta pertanto che auspicare la scomparsa, anche nella Giurisprudenza delle Corti di merito, dell'applicazione talora dell'una talaltra dell'altra norma, essendo ormai pacifico che devesi applicare l'Art. 797 n. 7 C.P.c.

Nel caso di nostro interesse l'instaurazione fra i presunti coniugi del Matrimonio-rapporto (tramite una coabitazione protrattasi per un certo tempo) ha posto in essere la fattispecie di cui all'Art. 797 n. 7 C.P.c. in quanto al momento della verifica del contrasto con l'ordine pubblico italiano essa già esiste da tempo e rappresenta perciò un *essere* e non già un *divenire*.

Non si ravvisa quindi la necessità di verificare l'idoneità della coabitazione a produrre contrasti futuri con l'ordine pubblico –come previsto nell'Art. 64 lett. g) Legge 218/1995- verifica peraltro da escludersi in relazione a quanto appena argomentato, per l'obbligata operatività dell'Art. 797 n. 7 C. P. c.

4. ORDINE PUBBLICO E MATRIMONIO-RAPPORTO

Come detto la Suprema Corte fonda la commentata Decisione anche sulle motivazioni della *Sentenza 6 marzo 2003 n. 3339*, ove era: «stato dato implicito rilievo anche al *Matrimonio-rapporto*, che *nell'ordine pubblico italiano* ha una incidenza rilevante per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia».

o al Diritto pubblico interno del Regno». Art. 797, n. 7 C.P.c. 1942: «che la Sentenza non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano». Art. 64 lett. g) Legge 218/1995: «le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

22 Cfr. G. BALENA, *Delibazione di Sentenze ecclesiastiche di nullità e processo di Divorzio, nota a Cass. 18 aprile 1997, n. 3345*, in *Il corriere giuridico*, XIV (1997), 1322; G. COMOLLI, *La Legge 218/1995 e il Riconoscimento nello Stato delle Sentenze ecclesiastiche di nullità del Matrimonio a proposito di una recente Sentenza*, in *Famiglia e Diritto*, IV (1997) II, 1657.

23 Cfr. P. DI MARZIO, *Diritto giurisprudenziale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, nota a Cass. Sez. I civ., 6 marzo 2003, n. 3339*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CXV (2004), 181.

A nessuno peraltro sfugge il rilievo assunto dall'individuazione dei principi costitutivi della nozione di ordine pubblico a cui si riferisce la Cassazione. Come detto all'inizio, prima dell'introduzione del Divorzio e della riforma del Diritto di famiglia, l'Ordinamento statale e quello canonico condividevano il principio dell'indissolubilità²⁴ del Matrimonio, venuto meno nello Stato con l'introduzione della Legge n. 898 del 1970 (di cui la Legge n. 151 del 1975 costituisce un corollario), ma ovviamente perdurante nell'Ordinamento canonico. Il Divorzio logicamente consegue alla concezione di Matrimonio presente nell'Ordinamento statale ma è inconcepibile in quello della Chiesa, poiché il Sacramento è indelebile. Quindi il venir meno della condivisione del principio dell'indissolubilità ha reso più evidenti le profonde differenze concettuali –comunque preesistenti– su cui si fondano i due modelli di Matrimonio.

L'Ordinamento canonico considera la persona nella sua integralità ritenendo costitutive della stessa anche le sue relazioni, soprattutto quelle che –come il Matrimonio– impegnano la vita come tale, valutando in termini espressamente giuridici anche l'aspetto morale e spirituale.

L'Ordinamento italiano, da parte propria, conferisce valore giuridico quasi esclusivamente a ciò che viene esteriorizzato.

Conseguentemente anche se entrambi gli ordinamenti individuano nel consenso l'elemento costitutivo del Matrimonio –e il principio d'ordine pubblico nella materia è quello della *perfezione del consenso*– il consenso di cui trattasi, comune ai due Ordinamenti nell'accezione di *consentire*, assume nell'uno e nell'altro significati ed effetti profondamente differenti²⁵.

In quello statale il consenso –esternato alla cerimonia dinanzi all'ufficiale di stato civile– è costitutivo del Matrimonio-atto, mentre in quello canonico l'esistenza del Matrimonio-rapporto dipende dalla persistenza di tale elemento fra le parti.

D'altronde è noto che l'Ordinamento italiano privilegia “*l'effettività dell'unione coniugale*”, la continuità e l'attualità della “*comunione materiale e spirituale dei coniugi*”, facendo dipendere dalla volontà delle parti, anziché dalla dichiarazione iniziale, l'esistenza del Matrimonio-rapporto.

Diversamente nell'Ordinamento canonico il consenso –esternato al sacerdote durante la celebrazione ed elemento costitutivo del *Matrimonium in fieri* ed in quello *in facto esse*– è *irrevocabile nel corso del rapporto*.

24 Per il Diritto dello Stato cfr. Art. 149 c. 1 Cod. civ., 1942: «il Matrimonio non si scoglie che con la morte di uno dei coniugi».

25 Ci si permette ancora di rinviare a: G. LAGOMARSINO, *Ordine pubblico*, 597.

Da tali divergenti interpretazioni sull'efficacia del consenso derivano le consistenti diversità dei due modelli di Matrimonio, che la fase patologica del rapporto evidenzia. Infatti mentre l'Ordinamento canonico valuta il volere consolidatosi nella coscienza delle parti ed esige la corrispondenza fra quest'ultimo e la propria esteriorizzazione (il cui difetto origina una simulazione), quello statale non dà rilievo alla volontà soggettiva fino a quando non viene esteriorizzata: perciò la simulazione presuppone un accordo fra le parti.

Non v'è invero chi non veda la problematicità della simulazione, come appena detto consistente per il Diritto statale in un accordo tra le parti, denunziabile anche da un solo coniuge ma entro un anno dalla celebrazione, in assenza di convivenza, poiché quest'ultima preclude la proposizione dell'Azione. Diversamente il Diritto canonico prevede l'invalidità delle nozze anche quando un solo contraente abbia simulato, escludendo il Matrimonio o un suo elemento o proprietà essenziale²⁶. Non vi sono limiti temporali alla proposizione dell'azione di nullità davanti ai Tribunali ecclesiastici, anche in caso di coabitazione dei presunti coniugi per parecchi anni. Nella fattispecie la Suprema Corte ritiene particolarmente rilevante la vitalità del Matrimonio-rapporto, garantita, quale principio di ordine pubblico, dagli Artt. 2 e 29 Cost., per cui

«la prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito, e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuto dalla Legge».

Quindi se i coniugi hanno convissuto (magari per anni) dopo la celebrazione, non può –secondo la Suprema Corte– procedersi al riconoscimento della nullità canonica. Occorre pertanto chiedersi se l'*effettività del Matrimonio-rapporto* deve ritenersi compresa fra i *contenuti del principio di ordine pubblico* indicato nell'Art. 797 n. 7 C.P.c., operativo in forza dell'Art. 2 Legge 218/1995.

Invero concorrono a formare i *contenuti* dell'ordine pubblico di cui si tratta i *principi supremi* dell'Ordinamento italiano, quali la sovranità di Stato e Chiesa, l'eguaglianza morale e giuridica delle parti nel Matrimonio, la tutela

26 Cfr. Can. 1101 §2: «At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat Matrimonium ipsum vel Matrimonii essential aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit».

della formazione e della manifestazione del consenso, unico elemento costitutivo del Matrimonio ed espressione della libertà personale dei nubendi.

Non si può non dubitare dell'appartenenza dell'effettività e della vitalità del Matrimonio-rapporto ai suindicati principi supremi, soprattutto dopo l'introduzione della Legge n. 898 del 1970, attributiva a ciascun coniuge del potere di divorziare dall'altro decorsi cinque (oggi tre) anni dalla pronuncia della separazione, sul generico presupposto dell'essere venuta meno la comunione materiale e spirituale tra di loro. Non appare però agevolmente spiegabile la contraddizione in cui è incorso –tramite l'opera svolta dal proprio principale interprete– l'Ordinamento statale, che mentre da un lato ha attribuito a ciascuna parte il potere di far cessare il Matrimonio-rapporto²⁷, senza indagare sulle causali di tale cessazione e quindi senza preoccuparsi dell'effettività e della vitalità dello stesso, dall'altro lato lo stesso Ordinamento si mostra particolarmente sensibile alla sorte del Matrimonio-rapporto, quando il potere di farlo cessare è affidato alla Magistratura ecclesiastica.

Sembra di poco conto la circostanza che tale magistratura eserciti il potere in argomento attraverso due Processi di Diritto pubblico, entrambi obbligatoriamente conclusi con due Decisioni di nullità (la cosiddetta “doppia conforme”). Non si può quindi ignorare che l'Ordinamento statale concede maggior credito alla volontà (spesso connotata da emotività) di un soggetto privato che alla Decisione di un Giudice ecclesiastico, poiché al primo consente di far venir meno l'effettività e la vitalità del Matrimonio-rapporto senza che tale Decisione debba essere giustificata, mentre al secondo nega tale possibilità anche in presenza di due Decisioni ampiamente motivate.

Anzi la tutela dell'effettività e della vitalità del Matrimonio-rapporto, che tanto preoccupa oggi la Suprema Corte, sarebbe stata più opportuna prima dell'introduzione del Divorzio nello Stato, quando l'Ordinamento italiano condivideva con quello canonico il principio dell'indissolubilità del vincolo coniugale. Invece allora le Sentenze ecclesiastiche venivano riconosciute in modo automatico, dopo un controllo meramente formale dei documenti prodotti, effettuato dalle Corti di merito.

Ma com'è noto, la nozione di ordine pubblico è caratterizzata da una *consistente relatività*, la cui accentuazione nella materia matrimoniale non ne consente una definizione limitativa: proprio tale indeterminatezza consente di

27 Si consideri che sull'effettività del venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi il Giudice statale non compie alcuna indagine, ossia non interroga le parti né i Testimoni, limitandosi a recepire i certificati anagrafici attestanti una diversa residenza delle parti. Diversamente il Giudice ecclesiastico procede ad interrogatori minuziosi delle parti, dei Testimoni ed in caso di necessità dispone una consulenza tecnica per accertare l'effettiva validità o nullità del Matrimonio.

accogliere nell'ordine pubblico principi fino ad oggi esclusi, in quanto divenuti ora (secondo la Suprema Corte) socialmente rilevanti.

Ma l'uso strumentale attuato dal Supremo Collegio della relatività dell'ordine pubblico per ricomprendervi l'effettività del Matrimonio-rapporto, consolida le nostre perplessità sull'atteggiamento contraddittorio assunto dall'Ordinamento italiano nella protezione del Matrimonio-rapporto. Quindi al quesito suindicato, ossia *se l'effettività e la vitalità del Matrimonio-rapporto* deve ritenersi *parte dei contenuti del principio di ordine pubblico* di cui all'Art. 797 n. 7 C.P.c., non possiamo che rispondere negativamente. La lodevole sollecitudine di realizzare una più efficace tutela del coniuge economicamente più debole –che tanto sembra preoccupare la Magistratura italiana e parte della dottrina– potrebbe essere effettuata ampliando la consistenza monetaria dell'indennità prevista dall'Art. 129 bis c. 2 Cod. civ.²⁸ fino a parificarla di fatto al contributo che spetterebbe nel giudizio di Divorzio al coniuge economicamente meno dotato.

5. LA SENTENZA N. 19809 DEL 2008 E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Non si dimentichi inoltre che la Cassazione, valendosi sempre della *particolare relatività da cui è caratterizzato l'ordine pubblico interno matrimoniale*, nella Sentenza n. 19809 del 2008 ha distinto il contrasto di detto ordine pubblico con una decisione di nullità pronunciata dal Giudice ecclesiastico in assoluto e relativo, precisando che non possono qualificarsi «come relative quelle pronunzie di annullamento canonico intervenute dopo molti anni di convivenza o di coabitazione fra i coniugi»²⁹, da cui deve dedursi il contrasto di dette Decisioni con l'ordine pubblico italiano e perciò l'impossibilità del loro riconoscimento nello Stato.

Tale Sentenza non solo è espressamente richiamata nella commentata Decisione ma la rivisitazione della precedente Giurisprudenza della Corte, compiuta in questa materia dalle Sezioni unite con la Sent. 18 luglio 2008 n.

28 Cfr. Art. 129 bis c. 2 Cod. civ.: «l'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni». Da come è formulata la norma impone un limite minimo all'indennità, che non deve essere inferiore a tre anni di mantenimento, ma non un massimo. Il Giudice statale potrà perciò stabilire indennità di gran lunga superiori al triennio di mantenimento, semplicemente esercitando il proprio potere discrezionale.

29 Cfr. Cass. Sez. un. civ., 18 luglio 2008, n. 19809, 1895; F. FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo e ordine pubblico. Nota in margine a una recente Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Rivista di Diritto civile*, LV (2009), 619ss.

19809, ha consentito di mettere in rilievo che l'ordine pubblico interno matrimoniale evidenzia un palese “*favor*” per la validità del Matrimonio quale fonte del rapporto familiare, ma sembra essere il presupposto su cui la stessa si fonda.

Non v'è invero chi non veda come le premesse dalle quali la Suprema Corte inizia il proprio *iter* argomentativo conducano a conclusioni opposte alle quali invece Essa perviene. Infatti la Cassazione evidenzia il “*favor*” attribuito dall'Ordinamento italiano alle Decisioni canoniche di nullità, riferendosi alla *specificità dell'Ordinamento canonico* di cui al punto 4 lett. b) del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984. Anzi, il Giudice di legittimità va oltre, riconoscendo alle Sentenze ecclesiastiche una priorità non accordata alle Decisioni degli altri Stati dell'Unione Europea, precisando che il riconoscimento nello Stato dev'essere negato soltanto qualora i Giudici ecclesiastici abbiano dato rilievo a valori assolutamente incompatibili con quelli dell'Ordinamento italiano. Da tale argomentare è agevole dedurre le ipotesi in cui una Sentenza ecclesiastica si pone in contrasto con l'ordine pubblico italiano, con quelle in cui la nullità dipende da motivi tipicamente confessionali, quali la *disparitas cultus*, l'Ordine sacro, il voto perpetuo e pubblico di castità³⁰, motivi contrastanti con il diritto di libertà religiosa, appartenente come nessuno dubita, all'ordine pubblico italiano.

Pertanto non è logicamente conseguente che la Suprema Corte, da un lato ribadisca il *favor* di cui godono le Sentenze ecclesiastiche, e la priorità di cui le stesse fruiscono nell'Ordinamento italiano di fronte a quelle degli altri Stati dell'Unione Europea, e dall'altro respinga tali Decisioni in nome di una poco comprensibile tutela della vitalità e dell'effettività del Matrimonio-rapporto, vitalità ed effettività che tali più non sono da parecchi anni (sono necessariamente intercorsi tra le parti una separazione e due Decisioni canoniche di nullità) nel momento in cui la Cassazione manifesta l'intenzione di proteggerle.

Inoltre, anche sotto il profilo giuridico l'operazione ermeneutica con cui le Sezioni unite hanno ampliato i contenuti dell'ordine pubblico appare censurabile, in quanto elude gli impegni concordatari assunti dallo Stato. Il limite dell'ordine pubblico –di cui all'Art. 797 n. 7 C.P.c., come richiamato dall'Art. 2 c. 1 della Legge 218/1995– è finalizzato ad operare in circostanze eccezionali, in cui si verifichi un'inaccettabile difformità tra i contenuti dell'atto proveniente dall'Ordinamento canonico e le regole fondamentali dell'Ordina-

30 Cfr. Canoni 1086 §1; 1087; 1088; 1192 §1; 1088 del *Codex Iuris canonici*.

mento italiano. Pertanto la verifica di conformità della Sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico non può consistere nella mera comparazione fra le norme sulle quali si fonda la nullità nei due Ordinamenti né fra i termini di decadenza alla proposizione dell'azione nella fattispecie inesistenti nell'Ordinamento canonico (essendo in esso l'azione imprescrittibile) ed invece perentori in quello ricevente, poiché l'Art. 123 c. 2 Cod. civ. impone il termine annuale per la proponibilità dell'azione di nullità in difetto di convivenza e la preclusione totale in caso di coabitazione.

Conseguentemente la verifica di conformità della Decisione canonica all'ordine pubblico viene a dipendere dal criterio della disponibilità o indisponibilità dell'Ordinamento interno a recepire valori ad esso esterni in un determinato momento storico. Tuttavia nella fattispecie nell'applicazione del detto criterio l'Ordinamento interno non è libero, ma vincolato agli obblighi pattizi assunti con l'accordo Chiesa-Stato del 1984, fra i quali quello di riconoscere la specificità dell'Ordinamento canonico.

Per comprendere quanto sia fuori luogo l'operazione ermeneutica compiuta dal Supremo Collegio, si consideri che al momento della revisione concordataria lo Stato ben conosceva i principi della Legislazione matrimoniale canonica (compreso quello dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità, anche in caso di convivenza e/o coabitazione fra le parti) che nel frattempo non è mutata. Lo Stato ha espressamente accettato tale Legislazione, obbligandosi a riconoscere la specificità dell'Ordinamento canonico nel noto Protocollo addizionale. L'uso estensivo del limite dell'ordine pubblico, effettuato dalla Cassazione, rende il Giudice statale arbitro della delibabilità o meno delle pronunce ecclesiastiche contravvenendo allo spirito ed alla sostanza degli impegni pattizi, ed in particolare alla *voluntas Legis* espressa con il Concordato di riconoscere le Sentenze ecclesiastiche di nullità.

A nessuno peraltro sfugge l'appartenenza della Suprema Corte all'Ordinamento giurisdizionale dello Stato, i cui principi fondamentali si leggono negli Artt. 101 ss. della Costituzione: quindi la Cassazione –in quanto Giudice– non deve legiferare, ma interpretare le Leggi dello Stato, fra le quali si annovera la n. 121 del 1985, restando fedele alla *voluntas Legis* da esse espressa.

Si conclude ricordando che alla Cassazione deve essere riconosciuta la responsabilità dell'esercizio di un compito normofilattico³¹, finalizzato ad assicurare la *certezza del Diritto*, principio da intendersi quale valore fonda-

31 Attribuito alla Suprema Corte dall'Art. 65 del R.D. del 30 gennaio 1941, n. 12 sull'Ordinamento giudiziario.

mentale dell'Ordinamento giuridico italiano. Fra detti valori rientra la libertà religiosa di tutti i cittadini-fedeli, anche di quelli cattolici e del loro diritto a vedere disciplinato il proprio Matrimonio, pure nella sua fase patologica, dalla Legge personale confessionale, diritto che si auspica possa in futuro trasformarsi in certo da incerto come oggi è.

Decidere per ragioni: l'Arbitrato. Profili storico-giuridici¹

MATTEO NACCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Chiarimenti terminologici: i concetti. 3. Le origini dell'Arbitrato: sguardo storico ed evoluzione. 4. Sintesi sistematica. 5. Linee di applicazione nell'attualità. 5.1. Il Diritto civile: le controversie economiche. 5.2. Il Diritto canonico: le controversie amministrative. 6. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Preliminary clarifications: the concepts. 3. The Arbitration origins: historical view and evolution. 4. Systematical synthesis. 5. Application lines in the modern times. 5.1. Civil Law: the economic controversies. 5.2. Canon Law: the administrative controversies. 6. Conclusions.

1. INTRODUZIONE

Nell'ambito della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema "Decidere e giudicare nella Chiesa", l'Istituto dell'Arbitrato viene proposto nel programma come un modo di provvedere a tali obiettivi 'per ragioni', vale a dire in forza di una categoria di motivazioni che, almeno nella loro denominazione, sembrerebbero diverse dalle ragioni della Legge, cioè estranee al principio di legalità. Ora, pur inteso in senso ampio, la vigenza di questo

1 Relazione presentata in occasione della Sesta Giornata canonistica interdisciplinare sul tema "Decidere e giudicare nella Chiesa", tenutasi presso la Pontificia Università Lateranense nei giorni 8-9 marzo 2011.

principio, nelle decisioni, è solitamente considerata un valore irrinunciabile in una comunità e società giusta.

Il mio tentativo, nella prospettiva dello storico del Diritto, sarà quello di sottoporre a verifica la precedente interpretazione. Tenterò cioè di capire se alla luce dell'esperienza storica si possa considerare l'Arbitrato come un Istituto o una forma di decisione così tanto diversa, in se stessa, dall'irrinunciabile obiettivo di giustizia che si esprime nel principio di legalità o, al contrario, se le procedure e decisioni arbitrali, pur con un utilizzo relativamente flessibile del principio di legalità, siano comunque una modalità di soluzione delle controversie dove rimane sempre saldo uno stretto ancoraggio al Diritto. Se fosse quest'ultima l'interpretazione corretta, vale a dire se anche con l'Arbitrato si perviene a decisioni secondo il Diritto, bisognerebbe ancora chiedersi, con i dati storici alla mano, quali siano le ragioni più plausibili che sottostanno alle possibilità di scelta tra la via giudiziale e quella arbitrale.

L'ipotesi di lavoro è che la scelta dell'Arbitrato è collegata soltanto a possibili disfunzioni del Processo giudiziale, non però rispetto alle virtualità intrinseche al Giudizio in se stesso ma piuttosto, anche se non esclusivamente, alla sua organizzazione esterna, vale a dire al cosiddetto *strepitus iudicialis*. In altre parole, la ricostruzione storica di questo Istituto, dove non manca qualche sorpresa delle molte che suole riservare la storia del Diritto, mostra che la sua ragion d'essere principale ha come punto di partenza non la rinuncia ad ottenere una decisione legale ma la fiducia in una via che diminuisca il più possibile certi gravami inerenti l'organizzazione giudiziale.

E siccome ogni riflessione storica non dovrebbe essere fine a se stessa ma servire ad illuminare l'esperienza giuridica attuale, interessa inoltre chiedersi se, in una società globalizzata e multiculturale ed in una Chiesa dove vi è ogni volta maggiore consapevolezza dei diritti personali dei fedeli, sia legittimo rispolverare con più vigore, nei casi controversi, un'analoga fiducia nel raggiungimento dei valori garantiti dai relativi Ordinamenti per una via che, seppur con diverse vicende, ha piena carta d'identità storica.

2. CHIARIMENTI TERMINOLOGICI: I CONCETTI

Nel momento attuale, per motivi molto complessi e di diversa natura, si esprimono costantemente sentimenti di sfiducia sul funzionamento dell'amministrazione della giustizia. È per questo che l'Arbitrato è diventato soltanto

uno tra gli Istituti che si annoverano nell'alveo della cosiddetta 'giustizia non togata' o extra-giudiziale. In tal senso, in ossequio all'obiettivo della *explicatio terminorum* che caratterizza le nostre giornate canonistiche², prima della ricostruzione storica dell'Istituto vorrei brevemente indicare cosa non è l'Arbitrato, sia rispetto alle decisioni giudiziali sia rispetto ad altri modi extra-giudiziali di risolvere le controversie. Per agevolare l'esposizione sintetica di queste nozioni, mi avvarrò della distinzione tra giustizia sostanziale, o questioni di merito, e giustizia formale, o questioni di rito procedurale.

Così, la nozione di Giudizio si può esprimere come l'applicazione stretta del principio di legalità, tanto nel merito quanto nel rito³. Giudicare (*Iudicium dare*) non è una nozione che si rapporta all'attività conclusiva, quella cioè che definisce una controversia; giudicare è soprattutto un modo di procedere. A chi giudica non basta assicurare che il suo ruolo permetta di riportare la fattispecie normativa al caso concreto; deve assicurare anche, e soprattutto, che alla definizione preceda la *disceptatio iudicialis*, così come prevista dalla Legge⁴. Non a caso la dottrina, sia antica⁵ che mo-

2 A questo proposito, «la specificità della “VI Giornata Canonistica Interdisciplinare” si pone (...) nel proseguire con decisione la necessaria ‘*explicatio terminorum*’ già intrapresa nel tempo quale ‘peculiarità’ dell’iniziativa in vista soprattutto dell’ampliamento e consolidamento dello ‘*statuto concettuale*’ di base delle Istituzioni ecclesiali cui la Canonistica contemporanea deve indirizzarsi per continuare ad offrire alla Chiesa il proprio specifico e qualificato servizio, non riducibile –di principio– alla sola *conoscenza* del dettato/testo normativo/legale» (P. GHERRI, *Decidere e giudicare nella Chiesa*, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011), 28.

3 M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006, 50-51.

4 L'espressione *disceptatio iudicialis* era utilizzata dal Codice di Diritto canonico piano-benedettino per definire il Giudizio. Cfr. CIC-17, Can. 1552 §1: «*nomine Iudicii ecclesiastici intelligitur controversiæ in re de qua Ecclesia Ius habet cognoscendi, coram Tribunali ecclesiastico, legitima disceptatio et definitio*». Sul punto: M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 45.

5 E. PIRHING, *Ius canonicum nova metodo explicatum, omnibus capitulis titulorum promiscue et confuse positus, in ordinem doctrinæ digestis*, Dilingæ, 1675, tit. I, *De Iudiciis*, sect. I, *De Iudiciis in genere, et personis, quæ stare possunt in Iudicio*, § I, *Quid et quotuplex sit Iudicium?*, n. II, Assertio I, 1: «*Iudicium est legitima rei controversiæ apud Iudicem inter litigantes tractatio, seu disceptatio et diiudicatio*»; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum brevi methodo ad discentium utilitatem explicatum seu lucubrationes canonicæ in quinque libros decretalium Gregorii IX Pontificis Maximi*, II, pars prima, Romæ, 1844, tit. I, *De Iudiciis*, § I, *De Iudicii natura, et variegata*, n. 2, *Iudicii definitio*, 4: «*sumitur Iudicium pro toto processu, seu discussione causæ, quæ inter duas partes litigantes, actorem scilicet, et reum, coram Iudice competente agitur (...). Iudicium est legitima controversiæ, quæ inter actorem, et reum intercedit, per Iudicem cognitio, discussio ac definitio*»; M. LEGA, *Prælectiones in textum Iuris canonici, De Iudiciis ecclesiasticis in scholis Pont. Sem. Rom. habitæ*, Romæ 1896, Lib. I-Vol. I, *De Iudiciis ecclesiasticis civilibus*, cap. III, *De Iudiciis*, n. 38, *Iudicii descriptio*, 64: «*In iudiciali controversia duo inter se contendunt, quid Iuris sit quoad aliquod factum; vel an aliquod factum exiterit unde Ius gignitur; quam ad sopiendam litem quum partes nolint aut non valeant amice convenire, Iudicem adeunt qui Iuris et facti dubia removeat et quod iustum et æquum est inter partes edicat. Iudex vero, publica pollens auctoritate, questionem*

derna⁶, descrive il Giudizio come “*actum trium personarum*”. Si afferma giustamente che l’atteggiamento essenziale di un Giudice sia quello della fedeltà alla Legge; e si puntualizza ulteriormente che tale fedeltà non va riferita solo alla *quaestio Iuris* sostanziale ma anche alla Legge processuale. Quest’ultima si può descrivere nei suoi principi essenziali, oltre che per l’imparzialità del Giudice, per la previsione di uno scrupoloso esercizio del contraddittorio tra le parti. In altre parole, non basta garantire il diritto di difesa delle parti, ma lo si deve fare *modo Iure praescripto*, cioè secondo le concrete facoltà previste dalla stessa Legge che vengono predisposte sulla scorta del principio dell’uguaglianza e delle pari opportunità tra i soggetti in conflitto.

Ciò che caratterizza l’Istituto della Transazione, nella dimensione relativa al merito, è la sostituzione dell’obiettivo di risolvere il *dubium Iuris* che dà luogo alla controversia tra le parti con il desiderio in sé di concluderla al più presto. Non si pretende, quindi, che questa soluzione poggi su una volontà oggettiva e certa della Legge che ciascuno –per mezzo di un’Azione– affermerebbe a suo favore sostenendo la titolarità di un bene personale ipoteticamente disturbato da un altro. Anzi, a differenza dell’Azione, la Transazione si caratterizza proprio per prediligere la cessione reciproca di un presunto diritto soggettivo. Di conseguenza, nella dimensione relativa al rito, caratteristica fondamentale dell’Istituto della Transazione è che il Giudice trasforma l’iniziale volontà delle parti di risolvere giudizialmente la controversia inducendo queste a rappacificarsi amichevolmente facendosi reciproche concessioni accentuandosi, in tal modo, l’auto-determinazione dei privati⁷.

dirimit non solum divino et naturali Iure praee oculis habito, sed pressius adhaerens Iuri positivo, partium petitione attenta, atque servato procedendi modo a Iure praestituto. Hinc ita describitur Iudicium: “legitima controversiae quae inter actorem et reum est, per Iudicem cognitio, discussio ac definitio”.

- 6 Per il Diritto civile: E. FAZZALARI, *Procedimento e Processo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, 819-836; A. CAMPITELLI, *Processo civile*, b) *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987, 79-101, in part. 94-96; N. PICARDI, *Processo civile*, c) *Diritto moderno*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987, 101-118, in part. 110-113. Per il Diritto canonico, M.J. ARROBA CONDE, *Corresponsabilità e Diritto processuale canonico*, in P. GHERRI (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010, 243.
- 7 Circa l’Istituto della Transazione si veda, per il Diritto civile: A. VINNEN, *Arnoldi Vinnii J.C. Tractatus quinque de pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et questionibus Iuris selectis*, Rotterodami, 1664; F. SANTORO-PASSARELLI, *La Transazione*, Napoli, 1986; E. DEL PRATO, *La Transazione*, Milano, 1992; L.V. MOSCARINI - N. CORBO, *Transazione*, I) *Diritto civile*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, 1994, 1-21; M. FRANZONI, *La Transazione*, Padova, 2001; F. ARANGIO, *La Transazione*, Torino, 2004. Per il Diritto canonico si

La Mediazione, come tecnica alternativa di soluzione delle controversie, pur avendo radici antiche⁸, può essere considerata un Istituto relativamente moderno almeno in ciò che risulta essere il suo tratto più specifico, che la distingue cioè da altre tecniche alternative al Giudizio. Infatti, per ciò che attiene il merito, l'elemento più caratteristico della Mediazione consiste nel fatto che la soluzione del conflitto è 'negoziata', nel senso che non si prospetta sulla base di una ragione di Legge ma su una 'cessione' reciproca dei diritti soggettivi dei protagonisti del conflitto. Questa cessione spesso (come nel caso della Mediazione penale minorile⁹ e familiare¹⁰) è motivata dal maggior valore che le parti attribuiscono, per esempio, ai bisogni di una terza persona verso la quale hanno un comune legame. Per ciò che riguarda il rito la Mediazione, a differenza dell'Arbitrato di cui mi occuperò successivamente, ha due principali tratti specifici: il fatto che siano gli stessi soggetti gli unici autori dell'accordo, nonché l'assenza di una normativa dettagliata sul modo di pervenire alla soluzione negoziata esaurendosi l'unica previsione nella presenza di un mediatore a cui si affida non la soluzione ma la 'buona gestione' del conflitto, aiutando le parti (secondo diversi modelli flessibili¹¹) ad ascoltare vicendevolmente le rispettive ragioni e suscitandone la disponibilità alle 'dovute' reciproche rinunce.

rimanda a: L. DE LUCA, *La Transazione nel Diritto canonico*, Roma, 1942; M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, III, Madrid, 1964, 658-663; P. BELLINI, *Transazione. Diritto canonico*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, 1994, 1-4; P. MONETA, *La Transazione nel Diritto canonico*, in P.A. BONNET - L. LOSCHIAVO (curr.), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel Diritto comune e nel Diritto canonico*, Napoli, 2008, 133-152.

- 8 Sul punto si veda: L. DI GRAVIO, *La Mediazione in Italia*, Roma, 1957; L. CARRARO, *La Mediazione*, Padova, 1960; J. MORINEAU, *Lo spirito della Mediazione*, Milano, 2003; L. LUISON (cur.), *La Mediazione come strumento di intervento sociale: problemi e prospettive internazionali*, Milano, 2006; D. IANNELLI, *La Mediazione*, Torino, 2007; A. BRUNI, *La gestione positiva del conflitto attraverso la Mediazione*, in *Quaderni di Mediazione*, V (2007), 37-43.
- 9 Cfr. C. SCIVOLETTO, *La Mediazione penale minorile: rappresentazioni e pratiche*, Milano, 2009; M. RIONDINO, *Giustizia ripartiva e Mediazione minorile*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009), 447-466, ora in: M. RIONDINO, *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011, 123-143.
- 10 Cfr. R. GIOMMI, *La Mediazione nei conflitti familiari: come diventare un mediatore dilettante ovvero affrontare e risolvere i conflitti all'interno della famiglia, nella Separazione e nel Divorzio*, Firenze, 2002; M. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di Diritto comparato*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, IV (2010), 1845-1870, ora in M. RIONDINO, *Famiglia e Minori*, 67-92.
- 11 Sul punto si veda: C. MARZOTTO - R. TELLESCHI, *Comporre il conflitto genitoriale. La Mediazione familiare: metodi e strumenti*, Milano, 1999; L. PARKINSON, *La Mediazione familiare*, (trad. it. di *Family mediation*, London, 1997) Trento, 2003, 57-67; M. RIONDINO, *Profili comparatistici della Mediazione familiare in Europa*, in *Apollinaris*, LXXIX (2006), 765-800, in part. 778-781.

Infine, circa gli istituti relativi alle procedure e soluzioni di natura amministrativa, il primo elemento da evidenziare è la grande differenza che intercorre fra l'Ordinamento giuridico della maggioranza degli Stati e quello della Chiesa rispetto alle controversie sorte per un Atto della potestà amministrativa. Pur con diversità di sistemi, rispetto alla questione di merito, la maggioranza degli Ordinamenti non è caduta nella tentazione di compromettere il principio di legalità affidando la soluzione dei conflitti ad una potestà diversa da quella giudiziale. Al contrario, nel caso del Diritto canonico le riferite controversie vengono risolte dall'Autorità giudiziale (tramite il contenzioso amministrativo) soltanto dopo avere esperito, obbligatoriamente e senza successo, un Procedimento affidato alla stessa Autorità amministrativa, sia con ricorso allo stesso autore dell'Atto amministrativo controverso chiedendone la Revoca (Can. 1734 §1)¹², sia con Ricorso gerarchico al suo Superiore (Can. 1400 §2)¹³. Non vi è chi non veda la maggiore difficoltà di assicurare la vigenza del principio di legalità nelle decisioni affidate ad una potestà come quella amministrativa che, avendo come missione principale quella di vegliare per gli interessi comuni, gode di un ampio margine di discrezionalità nell'applicare la Legge. Identica discrezionalità si riscontra rispetto al rito da seguire nei procedimenti amministrativi extra-giudiziali dove rimane intatto l'obbligo di non ledere il diritto naturale di difesa ma non c'è una procedura che stabilisca come si debba esercitare tale diritto, esaurendosi la principale previsione in quanto prevede il disposto del Can. 50, cioè ascoltare la parte nella misura del possibile¹⁴.

3. LE ORIGINI DELL'ARBITRATO: SGUARDO STORICO ED EVOLUZIONE

Nell'introdurre il tema affidatami ho prontamente 'messo le mani avanti' affermando, con tutta franchezza, che la mia analisi sarà 'storica' e che la

12 CIC-83, Can. 1734 §1: «*Antequam quis Recursum proponat, debet Decreti revocationem vel emendationem scripto ab ipsius auctore petere; qua petitione proposita, etiam suspensio executionis eo ipso petita intellegitur*».

13 CIC-83, Can. 1400 §2: «*Attamen controversiæ ortæ ex actu potestatis administratiæ deferri possunt solummodo ad Superiorem vel ad Tribunal administrativum*».

14 CIC-83, Can. 50: «*Antequam Decretum singulare ferat, auctoritas necessarias notitias et probationes exquirat, atque, quantum fieri potest, eos audiat quorum iura ledi possint*». Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 61-65. È noto che, in sede di revisione del Codice, fu accantonato il progetto di affrontare sin dal loro sorgere, con un sistema giudiziale, le controversie amministrative (cfr. I. ZUANAZZI, *La possibilità dei Tribunali amministrativi a livello particolare*, in E. BAURA - J. CANOSA (curr.), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006, 133-210).

strutturerò con il preciso intento di tratteggiare le varie epoche che si sono susseguite e che hanno contribuito a mettere in luce l'utilizzo, più o meno ampio, dell'Istituto arbitrale come mezzo di soluzione di controversie voluto dai soggetti interessati non già per ottenere una decisione extra-legale ma semplicemente extra-giudiziale, in grado di evitare loro il 'peso', gli inconvenienti e le disfunzioni del procedimento giudiziale. I periodi che cercherò di evidenziare nei loro tratti storico-giuridici sono quello medievale, quello moderno e, infine, quello post-moderno, che viviamo attualmente¹⁵. Naturalmente, pur non essendo un esperto in materia, non ritengo possibile pensare di delineare le summenzionate epoche storiche senza prima aver accennato, seppur brevemente, all'Istituto dell'Arbitrato nel Diritto romano.

Nel Diritto romano l'Istituto dell'Arbitrato si è presentato, sin dall'inizio, come una forma di autotutela privata mediante la quale le parti avevano la possibilità di deferire ad un Arbitro, piuttosto che al Giudice, la soluzione di controversie scaturenti da accordi e contratti di varia natura, dalla compravendita alla locazione. È evidente, dunque, il carattere di alternatività del procedimento arbitrale rispetto a quello giudiziale già a partire dalla volontà soggettiva, la stessa volontà che optava verso un procedimento compiuto da una persona (*Arbiter*) scelta mediante un comune accordo fra le parti (*Compromissum*) volto a determinare anche i 'poteri' e i 'limiti decisionali' dell'Arbitro, piuttosto che l'affidamento della controversia ad un soggetto incardinato nell'Ordinamento giudiziario (*Iudex*) che pronunciava la sua decisione sulla base di quanto espressamente previsto dalla formula data dal Magistrato¹⁶. L'accordo arbitrale che le parti ponevano in essere prevedeva anche l'inserimento di stipulazioni reciproche determinanti il pagamento di una penale in

15 Sulla Storia del Diritto come storia di tre esperienze giuridiche –Medioevo, Modernità e Post-modernità– si veda: P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Bari, 2007, 8, dove l'autore sottolinea che «il riferimento a 'esperienze giuridiche' ha il significato di sottolineare una elementare ma spesso trascurata verità: che il Diritto è scritto sulla pelle degli uomini, è [...] dimensione della vita quotidiana, è scritto nella concretezza dei fatti della vita prima che in Leggi, in Trattati internazionali, in opere scientifiche»; ed ancora, in riferimento alle tre esperienze giuridiche summenzionate, l'illustre storico fiorentino del Diritto dichiara che esse sono «tre civiltà storiche ben differenziate sotto il profilo giuridico, che ci propongono tre diverse visioni e realizzazioni del Diritto. Non un itinerario continuo, ma piuttosto tre momenti di forte discontinuità, tre momenti che appaiono allo storico del Diritto come tre maturità di tempi da contemplare e decifrare nel più pieno rispetto delle loro autonome fondazioni; tre maturità di tempi che si manifestano –ciascuna– con un ideario, un vocabolario, uno strumentario tecnico di intensa tipicità, e pertanto insofferenti ad essere indebitamente mescolate e confuse».

16 Sulla distinzione fra *Arbiter* e *Iudex* si veda: G. CRIFÒ, *Arbitrato, a) Diritto romano*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, 893-895, in part. 893.

caso di mancata accettazione della decisione arbitrale (*Stipulationes pœnæ*), che in ogni caso non costituiva *res iudicata*¹⁷. Infine, poteva accadere anche che l'Arbitro fosse obbligato dal Pretore, mediante una vera e propria attività di *coercitio* desumibile da una formula dell'*Edictum de receptis*, ad adempiere il suo ufficio quando egli ne avesse assunto l'obbligo mediante il *Receptum arbitrii*¹⁸.

Degno di nota è l'esistenza, nell'Ordinamento giuridico dell'antica Roma, soprattutto da quando con l'Editto di Licinio e Costantino fu concesso alla Chiesa diritto di foro, di una forma di 'giustizia ecclesiastica' parallela a quella imperiale, l'*episcopalis Audientia*, che permetteva al Vescovo di giudicare come un *Arbiter* e veniva scelta volontariamente dai fedeli, mediante il *Compromissum in Arbitros fideles*, per evitare di essere giudicati troppo severamente nei Tribunali imperiali dove operavano Giudici pagani. I Tribunali vescovili videro il loro massimo utilizzo nel Medioevo quando i cittadini, confidando nell'*æquitas* e nella *benevolentia* della Chiesa, preferivano dirimere le proprie controversie in queste sedi piuttosto che rivolgersi alla giustizia regia, che si estrinsecava in un processo inquisitorio i cui esiti potevano essere particolarmente gravosi per la parte soccombente¹⁹.

Per collocare correttamente l'Istituto dell'Arbitrato nell'esperienza giuridica medievale, è necessario determinare il ruolo centrale della comunità all'interno di quest'epoca storica e comprenderne il ruolo fondativo. A questo proposito, degno di nota è il contributo di San Tommaso d'Aquino²⁰ che strut-

17 Sull'Istituto dell'Arbitrato nel Diritto romano si veda, *ex multis*: G. LA PIRA, 'Compromissum' e 'Litis contestatio' formulare, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 187-226; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di Compromissum*, Milano, 1958; M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, 517-518, 597-599; F. SALERNO, *Transactio e Compromissum in Arbitros (seu Arbitrium) nel Ius canonicum vetus*, in G. DIURNI - P. MARI - F. TREGGIARI (curt.), *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, 2008, 728-734.

18 Come afferma Giorgio La Pira, «l'Editto del Pretore suonava così: "qui Arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam"». G. LA PIRA, 'Compromissum', 196. Cfr. G. CRIFÒ, *Arbitrato*, in *Enciclopedia del Diritto*, 895.

19 In tema di *episcopalis Audientia* si veda: G. VISMARA, *Episcopalis Audientia: l'attività giurisdizionale del Vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel Diritto romano e nella storia del Diritto italiano fino al secolo nono*, Milano, 1937; J. N. BAKHUIZEN VAN DEN BRINK, *Episcopalis Audientia*, Amsterdam, 1956; P.G. CARON, *La giurisdizione vescovile di fronte allo Stato italiano*, Milano, 1958; F.J. CUENA BOY, *La episcopalis Audientia*, Valladolid, 1985; M.R. CINNA, *La 'episcopalis Audientia' nelle Costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei Vescovi (secoli I-IX)*, Milano, 1995; J. GAUDEMET, *Storia del Diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo (MI), 1998, 132-135, 219-226, 585-596.

20 Sulla speculazione filosofico-teologica di San Tommaso d'Aquino si veda, *ex multis*: M. GRAB-

tura il rapporto “*unus homo-communitas*” come un rapporto “*imperfectum-perfectum*”²¹ ed affida alla comunità, nelle sue singole manifestazioni, il ruolo da protagonista di questo impianto politico-giuridico²².

MANN, *San Tommaso. Una introduzione alla sua personalità e al suo pensiero*, Milano, 1920; O. LOTTIN, *La Morale naturel et la Loi positive d'après St-Thomas d'Aquin*, Lovanio-Bruxelles, 1920; P. MANDONNET - H. DESTREZ, *Bibliographie thomiste*, Paris, 1921; O. LOTTIN, *Le Droit naturel chez St-Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931; V.J. BOURKE, *Thomistic Bibliography*, Saint Louis, 1945; A.D. SERTILLANGES, *La Philosophie morale de St-Thomas d'Aquin*, Paris, 1947; C. GIACON, *Le grandi tesi del Tomismo*, Milano, 1948; J.E. NAUS, *The nature of the practical intellect according to St-Thomas d'Aquin*, Roma, 1959; C. GIACON, *Itinerario tomistico*, Roma, 1983; M. LA SPISA, *San Tommaso e il pensiero post-moderno*, Milano, 1983; B. MONDIN, *Il sistema filosofico di Tommaso*, Roma, 1985; J. E. GRATSCH, *Manuale introduttivo alla Summa teologica di Tommaso*, Casale Monferrato (AL), 1988; G. DAL SASSO - R. COGGI (CURT.), *Compendio della Somma teologica di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1989; A. SELVA - T.S. CENTI (CURT.), *Compendio di Teologia e altri scritti di San Tommaso d'Aquino*, Torino, 2001.

- 21 S. THOMAS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, art. 10: «[...] Videtur quod prudentia non se extendat ad regimen multitudinis, sed solum ad regimen sui ipsius. Dicit enim Philosophus, in V Ethic., quod virtus relata ad bonum commune est iustitia. Sed prudentia differt a iustitia. Ergo prudentia non refertur ad bonum commune. Præterea, ille videtur esse prudens qui sibi ipsi bonum quærit et operatur. Sed frequenter illi qui quærent bona communia negligunt sua. Ergo non sunt prudentes. Præterea, prudentia dividitur contra temperantiam et fortitudinem. Sed temperantia et fortitudo videntur dici solum per comparisonem ad bonum proprium. Ergo etiam et prudentia. Sed contra est quod dominus dicit, Matth. XXIV, quis, putas, est fidelis servus et prudens, quem constituit dominus super familiam suam? Respondeo dicendum quod, sicut Philosophus dicit, in VI Ethic., quidam posuerunt quod prudentia non se extendit ad bonum commune, sed solum ad bonum proprium. Et hoc ideo quia existimabant quod non oportet hominem quærere nisi bonum proprium. Sed hæc aestimatio repugnat caritati, quæ non quærit quæ sua sunt, ut dicitur I ad Cor. XIII. Unde et apostolus de seipso dicit, I ad Cor. X, non quærens quod mihi utile sit, sed quod multis, ut salvi fiant. Repugnat etiam rationi rectæ, quæ hoc iudicat, quod bonum commune sit melius quam bonum unius. Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et præcipere de his per quæ pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis. Ad primum ergo dicendum quod Philosophus ibi loquitur de virtute morali. Sicut autem omnis virtus moralis relata ad bonum commune dicitur legalis iustitia, ita prudentia relata ad bonum commune vocatur politica, ut sic se habeat politica ad iustitiam legalem, sicut se habet prudentia simpliciter dicta ad virtutem moralem. Ad secundum dicendum quod ille qui quærit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quærit bonum suum, propter duo. Primo quidem, quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiæ vel civitatis aut regni. Unde et maximus Valerius dicit de antiquis Romanis quod malebant esse pauperes in divite imperio quam divites in paupere imperio. Secundo quia, cum homo sit pars domus et civitatis, oportet quod homo consideret quid sit sibi bonum ex hoc quod est prudens circa bonum multitudinis, bona enim dispositio partis accipitur secundum habitudinem ad totum; quia ut Augustinus dicit, in libro Confess., turpis est omnis pars suo toti non congruens. Ad tertium dicendum quod etiam temperantia et fortitudo possunt referri ad bonum commune, unde de actibus earum dantur præcepta Legis, ut dicitur in V Ethic. Magis tamen prudentia et iustitia, quæ pertinent ad partem rationalem, ad quam directe pertinent communia, sicut ad partem sensitivam pertinent singularia». Si veda, sul punto: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997, 79-80.

- 22 S. THOMAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 2: «[...] Videtur quod Lex non ordinetur semper ad bonum commune sicut ad finem. Ad Legem enim pertinet præcipere et prohibere. Sed præcepta ordinantur ad quædam singularia bona. Non ergo semper finis Legis est bonum commune. Præterea, Lex dirigit hominem ad agendum. Sed actus humani sunt in particularibus. Ergo et Lex ad

Un altro punto fermo, nello sviluppo del pensiero teologico-filosofico medievale, circa la supremazia della *communitas* sull'*unus homo* si ritrova nelle argomentazioni di Ugo di San Vittore il quale afferma chiaramente che i singoli beni si manifestano appieno non nei soggetti considerati nella loro individualità ma nell'ordine gerarchico che costituisce l'*universitas*²³. Inoltre, per giustificare ancora meglio quanto affermato, il filosofo e teologo parigino afferma che la Grazia, anche se opera nei singoli soggetti, trova nella 'unità complessiva' (formata, cioè, da tanti singoli soggetti che rinunciano alla propria individualità per il bene comune superiore) il suo campo di effusione privilegiato. Ne consegue che al di fuori di questa 'unità complessiva' il singolo soggetto non può fruire della Grazia, che invece esplica la sua efficacia in capo al singolo solo ed esclusivamente in quanto membro

aliquod particulare bonum ordinatur. Præterea, Isidorus dicit, in libro Etymol., si ratione Lex constat, Lex erit omne quod ratione constiterit. Sed ratione consistit non solum quod ordinatur ad bonum commune, sed etiam quod ordinatur ad bonum privatum. Ergo Lex non ordinatur solum ad bonum commune, sed etiam ad bonum privatum unius. Sed contra est quod Isidorus dicit, in V Etymol., quod Lex est nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta. Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, Lex pertinet ad id quod est principium humanorum actuum, ex eo quod est regula et mensura. Sicut autem ratio est principium humanorum actuum, ita etiam in ipsa ratione est aliquid quod est principium respectu omnium aliorum. Unde ad hoc oportet quod principaliter et maxime pertineat Lex. Primum autem principium in operativis, quorum est ratio practica, est finis ultimus. Est autem ultimus finis humanæ vitæ felicitas vel beatitudo, ut supra habitum est. Unde oportet quod Lex maxime respiciat ordinem qui est in beatitudinem. Rursus, cum omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectæ; necesse est quod Lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem. Unde et Philosophus, in præmissa definitione legalium, mentionem facit et de felicitate et communione politica. Dicit enim, in V Ethic., quod legalia iusta dicimus factiva et conservativa felicitatis et particularum ipsius, politica communicatione, perfecta enim communitas civitas est, ut dicitur in I Polit. In quolibet autem genere id quod maxime dicitur, est principium aliorum, et alia dicuntur secundum ordinem ad ipsum, sicut ignis, qui est maxime calidus, est causa caliditatis in corporibus mixtis, quæ intantum dicuntur calida, in quantum participant de igne. Unde oportet quod, cum Lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quodcumque aliud præceptum de particulari opere non habeat rationem Legis nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis Lex ad bonum commune ordinatur. Ad primum ergo dicendum quod præceptum importat applicationem Legis ad ea quæ ex Lege regulantur. Ordo autem ad bonum commune, qui pertinet ad Legem, est applicabilis ad singulares fines. Et secundum hoc, etiam de particularibus quibusdam præcepta dantur. Ad secundum dicendum quod operationes quidem sunt in particularibus, sed illa particularia referri possunt ad bonum commune, non quidem communitate generis vel speciei, sed communitate causæ finalis, secundum quod bonum commune dicitur finis communis. Ad tertium dicendum quod, sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune. Quod autem hoc modo ratione constat, Legis rationem habet».

23 HUGO DE S. VICTORE, *Commentariorum in hierarchiam cælestem S. Dionysii areopagitæ secundum interpretationem Joannis Scoti. Libri X*, in J.P. MIGNE (cur.), *Patrologie cursus completus. Series latina*, CLXXV, Paris 1841-1864, coll. 1003-1004.

della *universitas*²⁴, cifra caratterizzante e determinante l'intero ordine giuridico medievale²⁵.

Come abbiamo poco sopra accennato, l'intero e complesso sistema giuridico medievale è pervaso dall'idea, forte e generalizzata, di sfiducia verso il singolo cui corrisponde la ben radicata convinzione che solo la *communitas-societas*, intesa come insieme di persone unite in un tutt'uno, può affrontare, dominandole, le situazioni della quotidianità.

In un contesto, quello medievale, dove la comunità è centro dell'intero Ordinamento giuridico e il potere politico, insieme a quello legislativo, è pressoché assente, si sviluppa il primato dei cosiddetti 'fatti economici'²⁶. Con questa espressione voglio affermare che la vita economica, fatta da una moltitudine di prassi commerciali e usi mercantili, assume un ruolo sempre maggiore nella società medievale e le persone che quotidianamente operano in questo settore –i mercanti– necessitano di strumenti di soluzione delle controversie che non facciano perdere loro il tempo in lungaggini processuali o in procedure complesse e dispendiose. Ecco che la *societas mercatorum*, presenza caratterizzante l'intero Medioevo, inizia progressivamente a cercare strumenti per risolvere le 'proprie' controversie all'interno della 'propria' struttura organizzativa, inserendosi così l'Arbitrato, inteso come strumento extra-giudiziale alternativo e volontario, all'interno della più ampia categoria 'giustizia mercantile'. Si sviluppa così una *Lex mercatoria* che cerca di regolamentare capillarmente ogni possibile vicenda commerciale, sia nella sua fase fisiologica sia, soprattutto, in quella patologica –quando si instaura una controversia di natura commerciale–, attraverso figure specifiche appositamente deputate a risolverla (Consoli dei mercanti, Giureconsulti, Consoli di mare, Giudici delle fiere)²⁷.

Anche se nell'esperienza giuridica medievale l'Istituto dell'Arbitrato viene assorbito, come ho appena rilevato, all'interno della giustizia mercantile, è a

24 *Ibidem*.

25 Sull'esperienza giuridica medievale si veda: P. GROSSI, *L'ordine giuridico*; P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1998), 13-36, in part. 14-24 (anche in: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e Diritto privato*, Milano, 1998, 443-469).

26 Sul punto: P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, 12-33 e 37-47.

27 Si veda, a questo proposito: C. VACCÀ, *La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra Conciliazione, Arbitrato e Giurisdizioni speciali*, Milano, 1998, 17-39.

quest'epoca che si devono gli studi più significativi circa la sua essenza, struttura e forme applicative²⁸. Proprio in riferimento alle varie forme dell'Istituto arbitrale, la dottrina medievale distinse in maniera chiara la figura dell'*Arbiter*, ricostruita dai Glossatori in rapporto troppo stretto a quella del Giudice ordinario, da quella dell'*Arbitrator*, figura giuridica maturatasi nelle profonde speculazioni teoriche dei Commentatori, che aveva come funzione specifica quella di risolvere la controversia 'amichevolutamente', applicando l'*æquitas* in contrapposizione allo *strictum Ius*. A questo proposito, a conclusione di questa sintetica esposizione del rapporto intercorrente fra la *societas* medievale e l'Istituto dell'Arbitrato, appare degna di nota la sintesi teorica compiuta da uno dei più insigni esponenti della Scuola dei Commentatori, Bartolo da Sassoferrato, il quale afferma che «*Arbiter tenetur cognoscere secundum formam Iuris civilis, Arbitrator vero ex æquitate*»²⁹.

L'Ordinamento giuridico medievale, dove il Principe appare relativamente indifferente al potere politico-giuridico e la comunità svolge un ruolo on-tico, muta nel Trecento, quando il singolo si sente 'liberato' dal tessuto, tanto protettivo quanto condizionante, della società e riscopre il suo valore come individuo, come singolo: è l'inizio dell'epoca moderna, caratterizzata da un forte individualismo che travolge ogni settore, filosofico, politico e giuridico. Essa, in estrema sintesi, rappresenta la mortificazione del pluralismo giuridico e, come conseguenza, l'esaltazione del monismo, in cui il potere politico –identificato in uno Stato sovrano proteso ad eliminare alla radice le comunità intermedie cariche di norme consuetudinarie e di prassi specifiche– si rispecchia ed opera attraverso la Legge, *longa manus* della sua struttura totalizzante ed unificante e dai contenuti astratti, inelastici ed insindacabili.

I nuovi ed unici protagonisti del palcoscenico storico, progettati nel 'laboratorio giuridico' del Giusnaturalismo³⁰ e liberati dalle 'incrostazioni' medie-

28 Sul punto: V. PIANO MORTARI, *Arbitrato*, b) *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, 895-899; L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del Diritto comune*, Napoli, 1984.

29 BARTULUS A SAXOFERRATO, *Tractatus de Arbitris*, in BARTULUS A SAXOFERRATO, *Omnia que extant Opera*, X, Venetiis 1602, § *Arbiter ab Arbitratore in quibus differat*, n. 18, fol. 146v.

30 Per spiegare lo stravolgimento di prospettiva dal mondo giuridico medievale a quello moderno, Paolo Grossi utilizza la felicissima espressione 'progetto giusnaturalistico', «un progetto –perché dell'impresa progettuale serba il carattere indubbio di struttura pensatissima–, ma anche una strategia –perché non nasconde la sua tensione a irretire la concretezza della vita quotidiana e a farsi prassi; progetto e strategia che si presentano agli occhi dello storico del Diritto soprattutto nell'aspetto di un tentativo– ammirevole nella sua perspicuità –di identificare storia, società, istituzioni come artifici

vali, sono l'individuo e lo Stato, entrambi risultato di un medesimo processo, entrambi 'alleati' contro l'ideologia medievale – presente nel tessuto sociale almeno sino alla fine del Cinquecento³¹– e la prassi corporativa. È proprio la prassi corporativa che, dal Trecento in poi, viene vista come un 'nemico' da abbattere, un *corpus* di norme, prassi, usi, Consuetudini, prettamente di natura commerciale, che hanno portato i 'soggetti attivi' delle mercanzie a preferire una forma di giustizia non togata, regolamentata dagli stessi operatori del commercio e lontana da quello *strepitus iudicialis* caratterizzante, nella maggior parte dei casi, il Processo giudiziale.

La 'perfetta sintesi' di questo novello panorama giuridico, dominato da una 'divinizzazione' del Positivismo giuridico, è rappresentata dalla Rivoluzione Francese³² che ci offre un postulato – tanto preciso nella forma quanto errato nel contenuto– che lega 'a filo doppio' il Diritto al potere e dove la Legge, conseguentemente, è la sola fonte, fra tutte, che esprime la volontà generale. In questo modo, è facile desumere che se tutto deve ricadere all'interno della volontà del potere politico e se questo potere – esprimendosi nella potestà legislativa dello Stato– è l'unico soggetto 'autorizzato' a dar voce alla volontà generale, ben poco spazio viene lasciato alla libera scelta dei singoli, assunto fondamentale sul quale poggia l'Istituto dell'Arbitrato come scelta volontaria

opprimenti e di cominciare a costruire *più in là*, in un terreno sgombro da ipoteche, dove l'individuo privato e l'individuo politico si potessero finalmente stagliare nella loro netta individualità–. Il programma sembrava essere: astrarre e semplificare; lo strumento: una massiccia destoricizzazione e, conseguentemente, desocializzazione; il risultato: un palcoscenico storico ridotto a due sole individuazioni forti (...) l'individuo solitario e lo Stato». P. GROSSI, *Modernità politica*, 31-32. Sul Giusnaturalismo si veda, *ex multis*: L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Venezia, 1957; G. SOLARI, *La dottrina del Diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Torino, 1904; H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951; E. DI ROBILANT, *Significato del Diritto naturale nell'Ordinamento canonico*, Torino, 1954; E. GALAN Y GUTIERREZ, *Ius natura*, 2 voll., Madrid, 1961; F. POLLOCK, *The History of the Law of Nature*, in *Jurisprudence and Legal Essays*, Londra, 1961; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, 1972; A. BRIMO, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Parigi, 1967; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del Diritto naturale*, Milano, 1980.

31 Sul punto: P. GROSSI, *Modernità politica*, 36-39.

32 Sulla Rivoluzione francese si veda, *ex multis*: T. CARLYLE, *The French Revolution*, 3 voll., London, 1837; L. BLANC, *Historie de la Révolution française*, 12 voll. Paris, 1847-1862; A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution*, Paris, 1901; P. SAGNAC, *La Révolution, 1789-92*, Paris, 1920; J. THOMPSON, *The French Revolution*, Oxford, 1944; L. LEFEBVRE, *Études sur la Révolution française*, Paris, 1954; M. VOVELLE (dir.), *Les images de la Révolution française*. Actes du colloque des 25-26-27 octobre 1985 tenu en Sorbonne, Paris, 1988; M. VOVELLE, *Le mots de la Révolution*, Toulouse, 2004; L. HUNT, *La Rivoluzione francese. Politica, cultura, classi sociali*, Bologna, 2007; R. ESCANDE (dir.), *Le livre noir de la Révolution française*, Paris, 2008; A.M. DI CARLO, *La Rivoluzione francese. Una rivoluzione da completare*, Roma, 2009.

di soluzione della lite mediante una decisione extra-giudiziale. A questo proposito, è interessante rilevare che il Legislatore rivoluzionario, snaturando la genesi stessa dell'Istituto arbitrale, impose il Giudizio arbitrale come unico strumento per risolvere le controversie riguardanti un ampio nòvero di fattispecie, creando così la figura dell'*Arbitrage forcè*, che già alla fine del XVIII secolo, sulla scia della Restaurazione, fu notevolmente ridotto dal punto di vista applicativo³³.

Nel corso dell'Ottocento, grazie alla diffusione del modello francese dei Tribunali di commercio e delle grandi codificazioni –si pensi, ad esempio, al *Code de commerce* e al *Code de Procedure civile* del 1807, al Codice di commercio di terra e di mare per il Regno d'Italia del 1808, al Codice di Procedura civile italiano del 1865–, l'Istituto dell'Arbitrato fu regolato all'interno di prodotti normativi –i Codici– dai quali era possibile ricavare, almeno nelle intenzioni del Legislatore, talvolta una 'libera scelta' da parte dei commercianti deputati a risolvere una controversia circa l'utilizzo di una norma civilistica piuttosto che commerciale³⁴, talaltra una sorta di 'preferenza' per la scelta arbitrale piuttosto che giudiziaria, come affermava chiaramente Giuseppe Pisanelli nella Relazione al progetto del Codice di Procedura civile del 1865³⁵.

Con gli inizi del XX secolo si assiste al passaggio dall'esperienza giuridica moderna a quella della post-modernità, nella quale attualmente viviamo ed operiamo; un momento giuridico caratterizzato da una forte complessità in cui appare 'necessario' riscoprire la società, in tutte le sue poliedriche sfaccettature, e ridimensionare il ruolo dello Stato, il macro-soggetto che nella modernità giuridica aveva inghiottito ogni forma di particolarismo e corporativismo, soprattutto derivante dalla prassi commerciale³⁶. Oltre ad uno scenario caratterizzato da una notevole complessità della società, l'esperienza giuridica della post-modernità si trova immersa all'interno del fenomeno della globalizzazione giuridica che compor-

33 Sul punto: C. VACCÀ, *La giustizia non togata*, 34-39.

34 *Ivi*, 56.

35 *Ivi*, 69-72. Sul Codice di Procedura civile italiano del 1865 si veda, *ex multis*: L. BORSARI, *Il Codice italiano di Procedura civile commentato*, Torino, 1865; F. RICCI, *Commentario al Codice di Procedura civile*, 4 voll., Firenze, 1895; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, 5 voll., Milano, 1923.

36 Sul punto: P. GROSSI, *Il ruolo del giurista, oggi*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXXVI (2010), XI-XIII.

ta –come rileverò dopo– notevoli implicazioni per la ‘valorizzazione’ dell’Istituto arbitrale.

È in questo rinnovato sforzo scientifico e dottrinale volto alla riscoperta della complessità giuridica che non si può evitare di menzionare le acutissime pagine di Santi Romano, indirizzate alla valorizzazione delle formazioni sociali e al riconoscimento di una pluralità di Ordinamenti giuridici³⁷; quelle di Alberto Trabucchi che, stanco dei prodotti sterili dell’Assolutismo giuridico, affida al giurista una sorta di ‘nuovo Diritto onorario’ corredato di ampi poteri equitativi³⁸; quelle di Sabino Cassese che, riprendendo con forza il *fil rouge* individuato da Santi Romano agli inizi del Novecento, parla di una vera e propria crisi dello Stato³⁹.

All’interno di questo complesso panorama giuridico e dottrinale, volto al recupero della società nella sua dimensione fattuale, si inserisce in modo perfetto il ‘maggior ruolo’ da attribuirsi all’Istituto dell’Arbitrato, un mezzo di soluzione delle controversie extra-giudiziale ‘preferito’ non perché elude il Diritto o l’applicazione del principio di legalità, ma perché lo applica senza quello *strepitus iudicialis*, al quale ho già fatto riferimento, proprio della Procedura giudiziaria. Ed infatti l’Arbitrato, se nel Medioevo costituiva quasi esclusivamente lo strumento utilizzato per la composizione delle controversie della *societas mercatorum*, oggi è divenuto uno strumento in grado di tutelare gli interessi dei consumatori⁴⁰ e, ancor più in generale, quelli socialmente rilevanti (ad esempio, gli interessi dei soggetti relativi alla subfornitura industriale, alle comunicazioni e telecomunicazioni, ai servizi di pubblica utilità)⁴¹.

37 S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto costituzionale*, Milano, 1969; S. ROMANO, *L’Ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (rist. 1962). Sulla necessità di riscoprire la fattualità del Diritto e la complessità giuridica, sempre evidenziata dall’eminente giurista palermitano, in rapporto alla post-modernità giuridica pervasa da una forte ‘crisi delle fonti’, si rimanda a: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LX (2006), 377-395.

38 A. TRABUCCHI, *Il nuovo Diritto onorario*, in A. TRABUCCHI, *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, (G. CIAN - R. PESCARA, edd.) Padova, 1988.

39 S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma, 2002.

40 Sul punto: V. CASPANI, *I consumatori e la giustizia. Conciliazione e Arbitrato: l’evoluzione europea e l’esperienza nazionale*, Piacenza, 2002.

41 Per un’analisi dettagliata dei diritti soggettivi e degli interessi socialmente rilevanti tutelati mediante l’Istituto arbitrale si rimanda a C. VACCÀ, *La giustizia non togata*, 181-208.

4. SINTESI SISTEMATICA

Una volta conclusa la ricostruzione storica ed evolutiva dell'Arbitrato, è arrivato il momento di fare il punto della situazione sulla specificità di questo Istituto in termini sistematici. È sufficiente provvedere a ciò in modo sintetico e ritengo che possa essere utile farlo richiamando le due dimensioni che ho utilizzato in precedenza per riferirci al Giudizio e ai mezzi di risoluzione delle controversie alternativi al Giudizio diversi dall'Arbitrato, cioè la questione del merito e quella del rito, rapportando entrambe al principio di legalità e al protagonismo delle parti in conflitto.

Per ciò che riguarda il merito, si deve chiarire immediatamente che il ricorso all'intervento di un Arbitro non comporta contraddire radicalmente il principio di legalità in relazione al Diritto sostanziale controverso. Questo primo tratto si può esprimere efficacemente sottolineando che le parti ciò che scelgono è un Arbitro che non può mai diventare arbitrario in quanto la sua decisione finale non sarà mai un arbitrio, un atto di imperio che possa svincolarsi completamente dai diritti tutelati nell'Ordinamento giuridico. Bisogna quindi essere attenti a non interpretare male quella che solitamente si afferma come caratteristica principale della decisione arbitrale, cioè l'equità⁴². Decisione equa non vuol dire decisione non conforme alle ragioni del Diritto, pur potendosi verificare un certo distacco dalle previsioni generali e astratte della Legge. A ciò si deve aggiungere che le parti, rispetto ai contenuti da sottoporre all'intervento dell'Arbitro perché sui medesimi decida equamente, godono di piena auto-determinazione senza essere obbligati ad includere tutti gli aspetti della loro controversia, potendo selezionare alcuni perché su di essi la pronuncia sia invece secondo la stretta legalità, rivolgendosi quindi ad un organismo giudiziale *strictu sensu*.

Si capisce quindi che è la dimensione del rito, da un punto di vista sistematico, quella in cui si realizzano i principali elementi di auto-determinazione e protagonismo delle parti. Se sul Diritto sostanziale, come abbiamo appena detto, l'Arbitrato non comporta un distacco dalle ragioni e dai beni tutelati nell'Ordinamento, sul modo di procedere l'allontanamento è evidente. Innanzitutto perché sono le parti a scegliere colui che risolve la loro controversia,

42 Sul punto: P. CALAMANDREI, *Diritto ed equità nell'Arbitrato*, in P. CALAMANDREI, *Studi sul Processo civile*, III, Padova, 1934, 67-74; L. INGINO, *Equità come criterio di giudizio nell'Arbitrato*, Milano, 1990; C. TENELLA SILLANI, *L'Arbitrato di equità: modelli, regole, prassi*, Milano, 2006.

risultando pienamente protagonisti in questa scelta per la fiducia che riversano nella persona dell'Arbitro. Si può quindi affermare che a differenza del Giudice, rappresentante della società ed abile ad intervenire solo se competente secondo la Legge, l'Arbitro rappresenta la comune esigenza delle parti di risolvere il loro conflitto. In secondo luogo, perché anche se il Lodo arbitrale non è proprio un accordo tra le parti ma l'opera esclusiva di un terzo (l'Arbitro), sul medesimo possono essere attivati, a determinate condizioni, i meccanismi dell'Impugnazione.

In definitiva, ciò che le parti scelgono veramente con l'Arbitrato è un risparmio del cosiddetto *strepitus iudicialis*, del meccanismo predisposto come metodo d'indagine sulla base di forme e solennità precise. Una scelta, quindi, per un sistema di soluzione di controversie sempre extra-giudiziale, mai extra-legale.

5. LINEE DI APPLICAZIONE NELL'ATTUALITÀ

Dopo aver ricostruito, seppur *per momenta*, l'evoluzione storica e aver cercato di proporre una sintesi sistematica dell'Istituto dell'Arbitrato, vorrei applicare questa sintesi a due delle moltissime 'situazioni' appartenenti all'universo giuridico civile e canonico nelle quali è presente una certa mancanza di fiducia nelle forme di decisione c.d. istituzionalizzate delle controversie. Di tutte le possibili proposte applicative scelgo le controversie economiche, per ciò che attiene il Diritto civile, e le controversie amministrative, per quanto riguarda il Diritto canonico. Ciò ci consentirà di percepire che, nonostante la precedente ricostruzione sistematica si possa ritenere un 'punto fermo', anche sull'Arbitrato si avvera il principio secondo cui *Ius sequitur vitam*, sicché risulterà puntualizzata, alla luce dei nuovi sviluppi, l'affermazione sul fatto che il protagonismo delle parti ricade specialmente sul rito. In effetti, anche sulla questione di merito si aprono nuovi varchi.

5.1. Il Diritto civile: le controversie economiche

La tematica delle c.d. controversie di tipo economico si inserisce, per riprendere la già descritta *divisio historiae*, all'interno dell'esperienza giuridica che stiamo attualmente vivendo, quella della post-modernità. Oltre che dalla 'complessità', sulla quale mi sono soffermato precedentemente, l'attuale esperienza giuridica è attraversata dal fenomeno della globalizzazione giuridi-

ca, terreno fertile per evidenziare l'utilizzazione sempre maggiore dell'Istituto arbitrale⁴³.

Perché, dunque, la globalizzazione interessa così tanto l'analisi di uno storico del Diritto e, soprattutto, perché è così legata all'Istituto dell'Arbitrato? La risposta risiede, ora come nella società medievale dominata dal potere economico dei mercanti, nella volontà di regolamentare possibili controversie di natura economica con strumenti e procedure diverse dal Processo giudiziale.

La società globalizzata, dominata dallo smisurato potere economico delle grandi multinazionali che rompe i 'flebili argini' dei confini territoriali degli Stati, ha bisogno di sistemi nuovi di soluzione delle controversie le quali non vadano ad irretirsi all'interno dei sistemi giuridico-legislativi e processuali dei Paesi dove sorgono, ma trovino una pronta soluzione in istituti –quali ad esempio l'Arbitrato di Diritto comune⁴⁴ o internazionale⁴⁵– che rispondono

-
- 43 Sulla globalizzazione, in particolare giuridica e sociologica, si veda, *ex multis*: S. ZIFCAK (ed.), *Globalisation and the rule of Law*, London, 2005; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2006; C. AMATO - G. PONZANELLI (cur.), *Global Law v. local Law: problemi della globalizzazione*. 17° Colloquio biennale, Associazione italiana di Diritto comparato (Brescia, 12-14 maggio, 2005), Torino, 2006; F. GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del Diritto*, XXX (2003), 7-17; I. TRUJILLO, *Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007; S. MAROTTA, *Le nuove feudalità: società e Diritto nell'epoca della globalizzazione*, Napoli, 2007; S. SASSEN, *Una Sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008; G. TORRESETTI (cur.), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*. Atti del 23° congresso nazionale della società italiana di Filosofia giuridica e politica (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, 2008; G. TASSINARI, *Globalizzazione*, Milano, 2009; P. GROSSI, *Il ruolo del giurista*, XIX-XXI; V. COTESTA, *Sociologia del mondo globale*, Roma-Bari, 2010; J. B. AUBY, *La globalisation, le Droit et l'État*, Paris, 2010; R. W. MILLER, *Globalizing justice: the ethics of poverty and power*, Oxford, 2010.
- 44 Non è intenzione di chi scrive addentrarsi nella disciplina odierna dell'Arbitrato, visto l'intento –pretamente storico– del presente lavoro. Per un'analisi della normativa attuale si veda, *ex multis*: G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'Arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978; G. RUFFINI, *La divisibilità del Lodo arbitrale*, Padova, 1993; G. MIRABELLI - D. GIACOBBE, *Diritto dell'Arbitrato*, Napoli, 1994; C. PUNZI, *Arbitrato, I) Arbitrato rituale e irrituale*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995, 1-57; E. CATERINI - G. CHIAPPETTA (cur.), *L'Arbitrato. Fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995; G. RUFFINI, *Il Giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in AA.Vv., *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997; G. ALPA (cur.), *L'Arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999; G. VERDE, *Lineamenti di Diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2004; G. ALPA - T. GALLETTO, *Processo, Arbitrato e Conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario: commento al D Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2004; G. VERDE (cur.), *Diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2005; S. LA CHINA, *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007; C. VACCÀ, *L'Arbitrato negli Appalti, pubblici, privati, internazionali*, Milano, 2007; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009; F. AULETTA (cur.), *Sull'Arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010; S. MENCHINI (cur.), *La nuova disciplina dell'Arbitrato: commentario agli Artt. 806-840 del C.P.c., aggiornato alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2010; C. PUNZI, *I procedimenti speciali e l'Arbitrato*, Torino, 2010; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell'Arbitrato: disciplina e regimi speciali*, Padova, 2010.
- 45 Sull'Arbitrato internazionale si veda: M. RUBINO-SAMMARTANO, *L'Arbitrato internazionale*, Padova,

all'esigenza di arrivare alla soluzione della controversia nel più breve tempo possibile. Il nuovo *cætus mercatorum*, potremmo dire il '*cætus mercatorum* del terzo millennio', spinge il giurista, più che il Legislatore, a trovare soluzioni extra-giudiziali a questo tipo di controversie; soluzioni che, nella loro strutturazione e determinazione, mostrano che il Diritto non è soltanto Legge e che le sue manifestazioni si esplicano in fenomeni giuridici sorti dalle specifiche 'esigenze' e 'richieste' del suo fruitore principale: la *societas* in generale, la *societas æconomica* in particolare.

In conclusione, per utilizzare una metafora di natura teatrale, il palcoscenico dell'esperienza giuridica della post-modernità è calpestato da soggetti diversi da quelli delle epoche precedenti: se nel Medioevo il personaggio principale era la comunità e nella Modernità giuridica l'individuo e lo Stato, adesso coloro che 'interpretano' la *piece* che potremmo intitolare "nuove forme per la giustizia" sono le società multinazionali e il potere economico, che insieme conducono lo spettacolo verso la creazione di un particolare tipo di Diritto, il *soft Law*, voluto da soggetti privati e volontariamente osservato da privati senza che essi ricerchino riconoscimento e tutela da parte degli Stati o della Comunità internazionale.

5.2. Il Diritto canonico: le controversie amministrative

All'interno del Diritto canonico, ritengo che il settore che si presta ad un ulteriore sviluppo nell'utilizzo dell'Arbitrato sia quello delle controversie sorte da un Atto della potestà amministrativa. Prima di addentrarmi in tale riflessione, appare opportuno delineare, seppur brevemente, gli elementi caratteristici di questo Istituto⁴⁶, premettendo che la Chiesa fin dalle prime comunità

1989; P. BERNARDINI, *L'Arbitrato internazionale*, Milano, 1994; A. GIARDINA, *Arbitrato*, IX) *Diritto internazionale*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995, 1-6; PH. CAPPER, *International Arbitration: a handbook*, London, 2004; A. FRIGNANI, *L'Arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Padova, 2004; N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Assago (MI), 2005; P.M. BINDER, *International commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL model Law jurisdictions*, London, 2005; A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'Arbitrato internazionale*, Padova, 2006; A. F. LOWENFELD, *International litigation and Arbitration*, St. Paul (Minn.), 2006; A. ATTERITANO, *L'enforcement delle Sentenze arbitrali del commercio internazionale: il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009.

46 Per una ricostruzione storica dell'Istituto dell'Arbitrato nel Diritto canonico fino al *Codex* del 1917, si veda: A.R. JULIEN, *Evolutio historica Compromissi in Arbitros in Iure canonico*, in *Apollinaris*, X (1937), 187-232; A.R. JULIEN, *Compromissum in Arbitros iuxta Codicem Iuris canonici*, in *Apol-*

cristiane, come attesta la prima Lettera di San Paolo Apostolo ai Corinzi⁴⁷, ha sempre preferito risolvere le controversie sottoponendole ad un Arbitro piuttosto che ad un Giudice ordinario⁴⁸.

Sulla scorta di questo *leit motiv* che corre durante tutta l'esperienza giuridica della Chiesa è possibile fondare, secondo la mia opinione, il disposto del Can. 1446 §3 del Codice vigente, che sembra preferire la via arbitrale, rispetto a quella giudiziaria, nel caso in cui la controversia abbia per oggetto un bene privato e soprattutto quando il Giudizio arbitrale, secondo l'opinione del Giudice, possa risultare il modo più vantaggioso per risolvere la lite insorta⁴⁹.

L'Arbitrato è regolato all'interno del libro VII del Codice di Diritto canonico, sui Processi, nel titolo III, "*De modis evitando Iudicia*", ai Cann. 1713-1716⁵⁰. Esso si compone di due parti distinte: il Compromesso, contratto privato stipulato dalle parti consistente nella libera volontà delle stesse di affidarsi ad una terza persona per la soluzione della controversia (*Arbiter*), e la decisione arbitrale, frutto dell'attività del soggetto deputato a risolverla. Dal disposto dal Can. 1714, emerge con chiarezza il principio della autodeterminazione dei privati in ordine alla stipulazione del contratto di *Compromissum in Arbitros*, mancando il quale si fa riferimento alla disciplina stabilita dalla

linaris, X (1937), 544-569; M. LEGA, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica. Iuxta Codicem Iuris canonici*, (V. BARTOCETTI, cur.), III, Romæ, 1950, 132-149; P.A. D'AVACK, *Arbitrato, d) Diritto canonico*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, 958-965; F. SALERNO, *Transactio e Compromissum in Arbitros (seu Arbitrium) dal Ius canonicum vetus al Codex '17*, in P.A. BONNET - L. LOSCHIAVO (curr.), *Forme stragiudiziali*, 209-289; F. SALERNO, *Transactio e Compromissum in Arbitros (seu Arbitrium) nel Ius canonicum vetus*, in G. DIURNI - P. MARI - F. TREGGIARI (curr.), *Per saturam*, 741-766.

47 *1Cor* 6, 1-8: «V'è tra voi chi, avendo una questione con un altro, osa farsi giudicare dagli ingiusti anziché dai santi? O non sapete che i santi giudicheranno il mondo? E se è da voi che verrà giudicato il mondo, siete dunque indegni di giudizi di minima importanza? Non sapete che giudicheremo gli angeli? Quanto più le cose di questa vita! Se dunque avete liti per cose di questo mondo, voi prendete a Giudici gente senza autorità nella Chiesa? Lo dico per vostra vergogna! Cosicché non vi sarebbe proprio nessuna persona saggia tra di voi che possa far da Arbitro tra fratello e fratello? No, anzi, un fratello viene chiamato in Giudizio dal fratello e per di più davanti a infedeli! E dire che è già per voi una sconfitta avere liti vicendevoli! Perché non subire piuttosto l'ingiustizia? Perché non lasciarvi privare piuttosto di ciò che vi appartiene? Siete voi invece che commettete ingiustizie e rubate, e questo ai fratelli!».

48 Cfr. J. GAUDEMET, *Storia del Diritto canonico*, 133.

49 Can. 1446 §3: «*Quod si circa privatum partium bonum lis versetur, dispiciat Iudex num transactione vel Arbitrorum Iudicio, ad normam Cann. 1713-1716, controversiam finem habere utiliter possit*».

50 Per un'analisi delle disposizioni del Codice giovanneo-paolino si rimanda a: M.F. MATERNINI, *Elementi di Diritto amministrativo canonico*, Torino, 2005, 103-124; M.F. MATERNINI, *Il Giudizio per Arbitri*, in P.A. BONNET - L. LOSCHIAVO (curr.), *Forme stragiudiziali*, 113-131.

Conferenza episcopale o, da ultimo, in ossequio al principio della canonizzazione della Legge civile⁵¹, alla Legge del luogo dove viene posto in essere il Compromesso.⁵²

In ordine alla seconda parte dell'Istituto dell'Arbitrato, la Decisione arbitratale, dal Can. 1716 §1, si evince che essa è caratterizzata dalla non immediata esecutività e obbligatorietà nell'Ordinamento giudiziario, posto che l'Arbitro, nell'esercizio del suo Ufficio, svolge un'attività di tipo extra-giurisdizionale che si conclude con una mera pronuncia privata i cui contenuti riguardano diritti fissati dalle stesse parti nel Compromesso⁵³. Dalla stessa disposizione emerge che la pronuncia dell'Arbitro, conseguentemente a quanto appena rilevato, potrà acquisire efficacia esecutiva solo dopo una espressa *confirmatio* da parte del Giudice ecclesiastico. Infine, secondo il disposto del §2 del Can. 1716, la 'conferma giudiziale' della decisione arbitratale, che comporta la trasformazione del Lodo arbitratale in vera e propria Sentenza, può essere impugnata avanti al Giudice ecclesiastico competente a giudicare la controversia in primo grado⁵⁴.

Ciò detto, sull'utilità dell'Arbitrato rispetto alle controversie amministrative, credo sia importante considerare che il sentimento di relativa sfiducia nel sistema previsto dalla Legge vigente per la loro soluzione possa derivare dal fatto che è sempre un'Autorità amministrativa (quella autrice dell'Atto controverso o il suo Superiore gerarchico) il soggetto al quale si affida la decisione dell'eventuale Ricorso; l'Amministratore, quindi, svolge contemporaneamente il ruolo di parte e di Organo decisionale⁵⁵. È per questo che il Legislatore canonico al Can. 1733 ha previsto, certamente in modo soltanto facoltativo seppur opportunamente qualificato come strumento molto deside-

51 Cfr. Can. 22: «*Leges civiles ad quas Ius Ecclesiae remittit, in Iure canonico iisdem cum effectibus servantur, quatenus Iuri divino non sint contrariae et nisi aliud Iure canonico caveatur*».

52 Can. 1714: «*De Transactione, de Compromisso, deque Iudicio arbitrati servantur normae a partibus selectae vel, si partes nullas selegerint, Lex ab Episcoporum Conferentia lata, si qua sit, vel Lex civilis vigens in loco ubi conventio initur*».

53 Can. 1716 §1: «*Si Lex civilis arbitrati Sententiae vim non agnoscat, nisi a Iudice confirmetur, Sententia arbitratale de controversia ecclesiastica, ut vim habeat in foro canonico, confirmatione indiget Iudicis ecclesiastici loci, in quo lata est*».

54 Can. 1716 §1: «*Si autem Lex civilis admittat Sententiae arbitratale coram civili Iudice impugnatio-nem, in foro canonico eadem impugnatio proponi potest coram Iudice ecclesiastico, qui in primo gradu competens est ad controversiam iudicandam*».

55 Sulla storia della giustizia amministrativa nel Diritto canonico e la situazione attualmente vigente, cfr. E. BAURA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in E. BAURA - J. CANOSA (curr.), *La giustizia*, 2-57.

rabile (*valde optandum est*), che il Ricorso sia preceduto da un tentativo di soluzione equitativa⁵⁶ con l'aiuto di persone prudenti che possono agire anche come un Consiglio deputato a trovare un accordo⁵⁷. Si prevede l'istituzione di tale Consiglio, sempre in via facoltativa, ad opera della Conferenza episcopale o, in subordine, del Vescovo⁵⁸. Non ci sono notizie certe di quante Conferenze episcopali e ancor di meno di quante Diocesi abbiano messo in pratica questo 'suggerimento' del Legislatore universale⁵⁹; per tale ragione è anche molto difficile stabilire gli eventuali frutti positivi di questi 'Consigli di conciliazione' che certamente contribuirebbero a diminuire i rischi derivanti dal fatto che chi è parte del conflitto è anche autorità decidente.

In ogni caso, il punto debole della norma in esame, a mio avviso, non è solo il suo carattere facoltativo ma anche, e soprattutto, che la natura dell'attività di questo Consiglio sia alquanto indefinita e appaia eccessivamente polarizzata nell'obiettivo di evitare il conflitto a tutti i costi anziché di risolverlo se non secondo la Legge (o stretta legalità) almeno secondo il Diritto⁶⁰. In tal senso, *de Iure condendo*, riterrei uno sviluppo idoneo di questa norma che l'attività del riferito Consiglio di conciliazione avesse natura arbitrale. Come ben avverte la dottrina, interpretando il Can. 1446, evitare i conflitti è sempre un valore e rimane saggio volerli risolvere per vie non giudiziali, a condizione, però, che rimanga salva la giustizia, oggettiva e soggettiva⁶¹. In altre parole, bisogna evitare che qualsiasi accordo extragiudiziale sia solo apparentemente conciliativo come accadrebbe quando tale accordo, anziché realizzare il Diritto con la maiuscola,

56 Cfr. J. MIRAS - J. CANOSA - E. BAURA, *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, 2 ed., Roma, 2009, 330-339.

57 CIC-83, Can. 1733 §1: «*Valde optandum est ut, quoties quis gravatum se Decreto putet, vitetur inter ipsum et Decreti auctorem contentio atque inter eos de æqua solutione quærenda communi consilio curetur, gravibus quoque personis ad meditationem et studium forte adhibitis, ita ut per idoneam viam controversia præcaveatur vel dirimatur*».

58 CIC-83, Can. 1733 §2: «*Episcoporum Conferentia statuere potest ut in unaquaque Diœcesi officium quoddam vel Consilium stabiliter constituatur, cui, secundum normas ab ipsa Conferentia statuentes, munus sit æquas solutiones quærere et suggerere; quod si conferentia id non iusserit, potest Episcopus eiusmodi consilium vel officium constituere*».

59 Sul punto, fino all'anno, 1990, il Prof. Martín de Agar fa riferimento a sedici Conferenze episcopali che sono intervenute sulle disposizioni di cui al Can. 1733: cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, Milano, 1990, 765.

60 CIC-83, Can. 1733 §3: «*Officium vel consilium, de quo in §2, tunc præcipue operam navet, cum revocatio Decreti petita est ad normam Can. 1734, neque termini ad recurrendum sunt elapsi; quod si adversus Decretum recursus propositus sit, ipse Superior, qui de recursu videt, recurrentem et decreti auctorem hortetur, quotiescumque spem boni exitus perspicit, ad eiusmodi solutiones quærendas*».

61 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 32.

finisse per rendere ancor più precaria la posizione della parte più debole. Poiché l'Arbitro, come spero di aver dimostrato lungo la presente riflessione, non è un Organo arbitrario ma deve decidere sempre secondo le ragioni del Diritto, applicare i presupposti dell'Arbitrato alle controversie amministrative può rappresentare un progresso giuridico non indifferente nella vita della Chiesa.

6. CONCLUSIONI

Per concludere, vorrei tornare ad una delle premesse dalle quali sono partito per presentare la ricostruzione storica e sistematica dell'Istituto dell'Arbitrato. Mi riferisco alla richiamata sfiducia nell'amministrazione della giustizia che caratterizza, nel momento presente, tante società. Non si deve pensare che gli istituti di soluzione delle controversie alternativi alla giustizia regolarizzata abbiano come fondamento solo ed esclusivamente la presunta disfunzionalità degli Organi di giustizia. La loro ragion d'essere è ancor più profonda, e lo è particolarmente nel caso dell'Arbitrato che si caratterizza, rispetto alle altre vie alternative, per la ricerca di soluzioni conformi alle ragioni del Diritto, anche se non della stretta legalità.

Tale ragione profonda va ricercata nel ruolo centrale che si riconosce alla persona umana e alla sua dignità sia di cittadino che di fedele. È evidente che non c'è nessuna risorsa superiore a quella di confidare nelle persone, cioè nel loro protagonismo o se si vuole nella loro capacità di auto-determinazione, per innalzare il livello di una società che voglia essere società di Diritto e di una Chiesa che voglia progredire nella sua condizione di testimone della giustizia. Sollecitare dagli stessi protagonisti le soluzioni delle inevitabili tensioni che insorgono tanto nella società civile come nella Chiesa, non è quindi un rimedio strumentale ai mali dell'amministrazione della giustizia ma una via di crescita nella qualità dei rapporti sociali ed ecclesiali. Non a caso, Sua Santità Benedetto XVI, nel recente discorso ai membri del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, ha ricordato l'importanza di predisporre e mettere in pratica, come strumenti di giustizia, le vie di composizione extra-giudiziali delle controversie, ricordando che «il Popolo di Dio pellegrinante sulla terra non potrà realizzare la sua identità di comunità di amore se in esso non si avrà riguardo alle esigenze della giustizia»⁶².

62 BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Plenariam Sessionem Supremi Tribunalis Signaturæ Apostolicæ*, in AAS, CIII (2011), 118.

IV. EXCERPTA*

* Si riportano in questa sezione della Rivista 'estratti' di Tesi dottorali discusse presso la Pontificia Università Lateranense, ritenuti di particolare interesse dottrinale, oltre che di utilità prospettica soprattutto per quanto concerne la ricerca scientifica.

Modifiche introdotte nelle norme riguardanti i “*graviora Delicta*”¹

VARUVEL G. DHAS

Sommario: Introduzione. 1. Modifiche alle norme sostantive. 2. Modifiche alle norme procedurali. Conclusione.

SUMMARY: *Introduction. 1. Changes in the substantive norms. 2. Changes in the procedural norms. Conclusion.*

INTRODUZIONE

Durante l'ultimo decennio, a partire dalle norme promulgate con la Lettera apostolica “*Sacramentorum Sanctitatis Tutela*” in data 30 aprile 2001², i c.d. *Delicta graviora* in genere ed il *Delictum gravius contra mores* in particolare, hanno attirato grande attenzione ed hanno provocato un intenso dibattito anche presso l'opinione pubblica sulle norme procedurali applicate dalla Chiesa per il loro giudizio e la loro punizione. Di conseguenza, Giovanni Paolo II, in tre diverse udienze concesse sia al Prefetto che al Segretario della Congregazione per la Dottrina della Fede³ dal 7 novembre 2002 al 14 febbraio 2003,

1 Note sviluppate dall'autore stesso (Varuvel Gnanadhasan Maria Sebastian) a partire dalla propria Tesi di dottorato in Diritto canonico intitolata: “I *graviora Delicta* riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede”, discussa nella Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense nell'Anno Accademico 2010-2011.

2 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; d'ora innanzi abbreviato in: “SST”.

3 Abbreviata d'ora in poi in: “CDF”.

aggiunse varie modifiche sia alle norme sostantive che alle norme procedurali della *SST*, che miravano ad un'amministrazione della giustizia equa e svelta. Queste modifiche furono poi confermate da Benedetto XVI in data 6 maggio 2005. Nonostante ciò, si sentiva la necessità di aggiungere Delitti o modificare altri elementi delle norme già in vigore. Insomma, occorreva un testo delle norme più completo, chiaro e pubblico, in un campo in cui la Chiesa si ritiene impegnata a procedere con rigore e trasparenza.

Dopo un attento studio dei cambiamenti proposti dai suoi membri, la CDF ha poi sottoposto al romano Pontefice l'esito delle proprie determinazioni ed il Santo Padre, Benedetto XVI, ha approvato il nuovo testo delle norme sui *Delicta graviora*⁴ il 21 maggio 2010, ordinandone la promulgazione⁵. Il testo introduce ulteriori modifiche sia alle norme sostanziali che alle norme procedurali per migliorare l'applicazione della Legge e per tutelare la fede e la dignità dei Sacramenti, però senza modificare il testo nella sua interezza, ma solo in alcune parti. Nel nuovo testo delle norme, che contiene 31 Articoli rispetto ai 26 del testo originario delle norme *de gravioribus Delictis*, vengono incorporate un alto numero di modifiche, ed un paio di chiarimenti e conferme. Faremo un commento in modo ampio ad alcune modifiche che costituiscono elementi nuovi nell'Ordinamento canonico ed in modo più veloce alle altre in quanto su di esse non mancano studi approfonditi.

1. MODIFICHE ALLE NORME SOSTANTIVE

1.1. *I soggetti di graviora Delicta (Art. 1 §2)*

I soggetti dei *Delicta graviora* sono i membri della Chiesa cattolica sia la Chiesa latina che quelle orientali. Secondo la configurazione di ogni singolo Delitto, il soggetto può essere un chierico (Presbitero, Diacono) o un laico di sesso maschile o femminile, però alcune persone come i Cardinali, i Legati pontifici, i Vescovi non sono mai esplicitamente ritenuti soggetti di tali Delitti. Dal tempo antico, specialmente a seguito della "*Sacramentum Pœnitentiæ*"⁶ gli studiosi discutevano se anche i Vescovi fossero stati soggetti o meno del

4 Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Normæ: *De gravioribus Delictis*, in AAS, CII (2010), 419-430; tale testo d'ora in poi sarà abbreviato in: "*Nuove norme 2010*".

5 Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, Rescriptum ex audientia: *pro Congregatione pro Doctrina Fidei, die 21 Maii 2010*, in AAS, CII (2010), 419.

6 BENEDICTUS PP. XIV, Constitutio apostolica: *Sacramentum Pœnitentiæ*, 1 Iunii 1741, in BENEDICTUS

Delitto di *sollicitatio ad turpia*. Il dibattito continuò anche dopo la promulgazione delle norme della *SST*. La questione provocava almeno una curiosità poiché se un Vescovo dovesse commettere un *Delictum gravius*, potrebbe forse essere giudicato secondo le norme della *SST*, sebbene sia chiaro dalla norma del Can. 1405 §1, 3° (Can. 1060 §1, 2° CCEO) che giudicare i Vescovi nelle Cause penali è diritto esclusivo del romano Pontefice. È una competenza personale ed esclusiva del romano Pontefice concessa dal Diritto stesso, considerando i vantaggi della posizione del Papa rispetto ai Giudici inferiori⁷.

L'Art. 1 delle *Nuove norme 2010* disperde qualsiasi dubbio che nelle Cause sui *Delicta graviora* i Cardinali, i Patriarchi, i Legati della Santa Sede, i Vescovi e le altre persone fisiche che non abbiano un Superiore al di sotto del romano Pontefice siano giudicati esclusivamente da quest'ultimo, pertanto di norma essi non sono soggetti alle norme della *SST*, però la CDF può avere la competenza di giudicarli per mandato del romano Pontefice⁸.

Quanto ai Cardinali, il prof. Arroba fa notare che dal punto di vista processuale basterebbe unicamente la qualità di membro del Collegio cardinalizio per provocare la competenza personale del Papa; tale qualità si acquista dal momento della pubblicazione dei nomi nel Concistoro (Can. 351 §§2-3)⁹. Si ritiene che i Cardinali chiamati “*in pectore*” non siano inclusi nel nostro argomento per i seguenti motivi: 1) a norma del Can. 351 §3 tali Cardinali non godono di alcun diritto proprio dei Cardinali; 2) la nomina è un fatto non conosciuto nemmeno dal soggetto stesso a meno che lo stesso Pontefice non intervenga. Comunque, tali Cardinali rientrerebbero al giudizio personale del Papa, se fossero già insigniti dell'Ordine dell'Episcopato, però non in quanto Cardinali, ma perché Vescovi.

Il secondo gruppo di persone sono i Patriarchi delle Chiese orientali. Il Patriarca, con la manifestazione del consenso dell'elezione acquista i diritti e doveri del suo ufficio. Il Patriarca, anzitutto è un Vescovo. Di conseguenza, l'elezione all'ufficio di Patriarca presuppone il carattere episcopale del neoeletto o almeno lo stato di Vescovo proclamato e se il neoeletto Patriarca è privo del carattere episcopale, si richiede che egli venga proclamato Vescovo e

PP. XIV, *Bullarium. In quo continentur Constitutiones, Epistole, aliaque edita ab initio pontificatus usque ad annum MDCCXLVI*, I-1, Mechliniæ, 1826, 101-107.

7 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006, 108.

8 *Nuove norme 2010*, Art. 1 §2: «Nei Delitti di cui al §1, per mandato del romano Pontefice, la Congregazione per la Dottrina della Fede ha il diritto di giudicare i Padri Cardinali, i Patriarchi, i Legati della Sede Apostolica, i Vescovi, nonché le altre persone fisiche di cui al Can. 1405 §3 del Codice di Diritto canonico e al Can. 1061 del Codice dei Canonici delle Chiese Orientali».

9 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 108.

riceva immediatamente l'Ordinazione episcopale, prima di essere validamente intronizzato (Cann. 73-75 CCEO)¹⁰.

Quanto ai Legati della Santa Sede, dal punto di vista del Processo penale o contenzioso, interessano unicamente gli atti e i fatti compiuti nell'esercizio dell'ufficio di Legato apostolico¹¹. In altre parole dal punto di vista processuale penale, interessano solo gli atti delittuosi compiuti durante il periodo in cui si è in carica in detto ufficio. Inclusi nell'argomento sono anche i Legati pontifici i quali non siano più titolari di tale ufficio¹².

Il quarto gruppo di persone sono tutti i Vescovi della Chiesa cattolica, sia quella latina che le orientali, che comprende: 1) il Vescovo diocesano (Can. 381 §1 CIC; Can. 178 CCEO); 2) i titolari degli uffici ecclesiastici equiparati ai Vescovi diocesani (Cann. 381 §2, 368 CIC) che sono: a) i Prelati territoriali, b) gli Abati territoriali, c) i Vicari apostolici, d) i Prefetti apostolici, e) gli Amministratori apostolici di Amministrazioni erette stabilmente, f) gli Ordinari militari¹³, g) gli Ordinari latini per fedeli cattolici di rito orientale¹⁴, h) gli Esarchi (Cann. 311-321 CCEO), i) i Superiori della Missione *sui Iuris*¹⁵; j) l'Ordinario personale per gli Anglicani¹⁶; 3) i Vescovi emeriti; 4) i Vescovi ausiliari o titolari. Si può discutere se siano ritenuti equiparati ai Vescovi diocesani gli Ordinari non insigniti dall'Ordine episcopale. Arroba afferma che a norma del Can. 381 §2, dalla natura della cosa non si deduce il contrario¹⁷.

10 Cfr. D. SALACHAS, *Commento al Titolo IV. Le Chiese patriarcali*, in P.V. PINTO (cur.), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001, 84-85.

11 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 109.

12 Cfr. *ibidem*.

13 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Constitutio apostolica qua nova canonica ordinatio pro spirituali militum curae datur: Spirituali Militum Curae*, in AAS, LXXVIII (1986), 481-486, I §1.

14 Tali Ordinariati non sono contemplati né nel CIC né nel CCEO. Le *Note storiche* dell'Annuario Pontificio precisano che «sono strutture ecclesiastiche geografiche stabilite per le comunità cattoliche orientali che non hanno gerarchia propria nel luogo. A capo dell'Ordinariato c'è un Prelato col titolo di 'Ordinario', nominato dalla Santa Sede, con giurisdizione sugli Orientali cattolici sprovvisti di Vescovo proprio» (cfr. AA.Vv., *Annuario Pontificio* 2003, 1685. La stessa fonte offre i dati di 8 Ordinariati per fedeli di rito orientale (cfr. *ivi*, 956-960).

15 La Missione *sui Iuris* non è contemplata né dal CIC, né dal CCEO; le *Note storiche* dell'Annuario Pontificio offrono la seguente informazione: «sono così chiamati quei territori di Missione che non fanno parte di alcun Vicariato o di alcuna Prefettura apostolica. Essi sono retti da un Superiore ecclesiastico dal quale dipendono le stazioni e il personale missionario del territorio» (cfr. AA.Vv., *Annuario Pontificio*, 2003, 1687. La stessa fonte offre i dati di undici missioni *sui iuris* (cfr. *ivi*, 995-996).

16 Cfr. BENEDICTUS XVI, *Constitutio apostolica qua personales Ordinariatus pro Anglicanis conductur qui plenam communionem cum catholica Ecclesia ineunt: Anglicanorum Cætibus*, in AAS, CI (2009), 985-990; CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Complementary norms for the apostolic Constitution Anglicanorum Cætibus*, in AAS, CI (2010), 991-996.

17 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 109.

L'ultimo gruppo si riferisce alle altre persone fisiche di cui al Can. 1405 §5 del CIC e al Can. 1061 del CCEO che sono, oltre i Vescovi, l'Abate primate o l'Abate superiore di una Congregazione monastica, il Moderatore supremo di Istituti religiosi di Diritto pontificio e le persone che non hanno Superiore al di sotto del romano Pontefice; nel suddetto Canone del CCEO queste ultime sono indicate con l'inciso «non costituite nell'Ordine episcopale» e dunque esse sono laici, Diaconi e Presbiteri. Per giudicare l'una o l'altra di queste persone, la CDF avrà bisogno del mandato del Papa.

1.2. *Delitti contro la fede: Eresia, Scisma ed Apostasia (Art. 1 §1 e Art. 2)*

Fin dall'inizio la Chiesa è sempre stata estremamente vigile e ferma nel difendere le verità della fede e l'unità del suo corpo al fine di realizzare i *tria munera* affidati ad essa dal suo Fondatore. Nonostante l'impegno però, nella sua storia la Chiesa ha sempre dovuto affrontare situazioni di divisioni tra i suoi membri nella forma di Apostasia, Eresia e Scisma. Queste tre forme di divisione sono considerate dal tempo antico Delitti contro la religione e l'unità della Chiesa. La Chiesa, che ha sempre condannato ogni divisione, mediante il Concilio Vaticano II ha inteso farsi promotrice del ristabilimento dell'unità di tutti i cristiani nell'una e unica Chiesa fondata dal Signore. Il Concilio afferma:

«non potrebbero essere salvati quegli uomini, i quali, pur non ignorando il fatto che la Chiesa cattolica è stata fondata come necessaria da Dio per mezzo di Gesù Cristo, non volessero però entrarvi o rimanervi. Sono incorporati pienamente alla società della Chiesa coloro che, avendo lo Spirito di Cristo, accettano l'intero Ordinamento e tutti i mezzi di salvezza in essa istituiti, e dentro questo suo corpo visibile sono congiunti a Cristo mediante i vincoli della professione della fede, dei Sacramenti, del governo ecclesiastico e della comunione; organismo che Cristo dirige attraverso il sommo Pontefice e i Vescovi»¹⁸.

Con la pubblicazione delle *Nuove norme 2010*, questi tre Delitti vengono incorporati alle norme sui *graviora Delicta*. Nell'Art. 2 §1 si legge: «i Delitti contro la fede, di cui all'Art. 1, sono l'Eresia, l'Apostasia e lo Scisma, a norma dei Cann. 751 e 1364 del CIC e dei Cann. 1436 e 1437 del Codice dei Canonici».

18 CONCILIIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, Constitutio dogmatica de Ecclesia: *Lumen Gentium*, in AAS, LVII (1965), n. 14.

delle Chiese Orientali». Però rimane il dubbio se questi tre Delitti davvero assumano il titolo di *graviora Delicta* o meno, poiché tutti gli altri Delitti sia quelli contro il Sacramento della Penitenza, che quelli contro il Sacramento dell'Eucaristia che quelli *contra mores* si chiamano esplicitamente *graviora Delicta*, mentre questi si chiamano semplicemente «*Delicta contra fidem*». Sebbene tutti i Delitti siano trattati sotto lo stesso titolo “modifiche introdotte nelle *normae de gravioribus Delictis*”, riteniamo tuttavia che essi non siano assunti alla categoria dei *graviora Delicta*.

A differenza delle Cause di altri *Delicta graviora*, le Cause sui Delitti di Eresia, Apostasia e Scisma non appartengono alla esclusiva competenza della CDF. Tali Cause infatti godono di una competenza mista: la competenza dell'Ordinario o del Gerarca e la competenza della CDF. L'Art. 2 delle *Nuove norme 2010* stabilisce: «spetta all'Ordinario o al Gerarca rimettere se del caso, la Scomunica *latae sententiae* e svolgere il Processo giudiziale in prima Istanza o extragiudiziale per Decreto, fatto salvo il diritto di Appello o di Ricorso alla Congregazione per la Dottrina della Fede». E così viene chiarito che nel caso di un reo sia laico che chierico della Chiesa latina, egli incorre nella Pena di Scomunica *latae sententiae* e l'Ordinario ha la facoltà di dichiararla o rimetterla. Se il reo è un chierico, che si continua a manifestare contumace, l'Ordinario ha la facoltà di irrogare altre Pene, svolgendo il Processo giudiziale o extragiudiziale come pare opportuno a suo giudizio (Can. 1718 §1, 3°). Per questi tre Delitti possono essere applicate tutte le Pene espiatorie recensite nel Can. 1336, ad eccezione del Trasferimento penale ad altro ufficio, però è opportuno ricordare che l'Ordinario può infliggere le Pena di Dimissione dallo stato clericale solo in via giudiziale (Cann. 1349, 1342 §2 CIC; Cann. 1409 §2, 1402 §2 CCEO). Se invece si tratta di un reo sia laico che chierico delle Chiese orientali, il Gerarca gode della facoltà di irrogare o rimettere la Pena. Rientra invece nella competenza esclusiva della CDF l'Appello contro la Sentenza del Tribunale dell'Ordinario o del Gerarca oppure se si tratta di un Ricorso contro il Decreto dell'Ordinario o del Gerarca.

Sorge così la domanda su quando la CDF si attenga alla Procedura prevista dall'«*Agendi ratio in doctrinarum examine*»¹⁹, che prevede la competenza esclusiva della CDF in caso di Eresia. A tal proposito, nello stesso Regolamento si trova il principio che la Santa Sede può sempre intervenire «quando

19 Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Regulamentum: Agendi ratio in doctrinarum examine*, in AAS, LXXXIX (1997), 830-835.

l’influsso di una pubblicazione oltrepassa i confini di una Conferenza episcopale, ovvero quando il pericolo per la fede riveste particolare gravità»²⁰. È ben chiarito che nonostante le *Nuove norme 2010*, l’*Agendi ratio in doctrinarum examine* resta in vigore.

1.3. *I graviora Delicta contro il Sacramento dell’Eucaristia*

1.3.1. Separazione dell’attentata azione liturgica del Sacrificio eucaristico e la simulazione della sua celebrazione (Art. 3 §1, 2°, 3°)

Mettendo insieme queste due fattispecie delittuose, l’Art. 2 §1, 3° del testo originario delle norme riguardanti i *graviora Delicta*, dava l’impressione che queste due fossero un solo Delitto, però, il CIC fa la distinzione fra esse. Il Legislatore del CIC stabilisce al Can. 1378 le Pene per i gravi Delitti compiuti nell’amministrazione dei Sacramenti specialmente dell’Eucaristia e della Penitenza. Lo stesso Canone al §2, 1° stabilisce: «incorre nella Pena *latae sententiae* dell’Interdetto, o, se chierico, della Sospensione chi non elevato all’Ordine sacerdotale attenta l’azione liturgica del Sacrificio eucaristico». Al Can. 1379 il Legislatore stabilisce la Pena per chi simula qualsiasi Sacramento, non escluso quello dell’Eucaristia e nello stesso Canone si legge: «chi oltre ai casi del Can. 1378, simula di amministrare un Sacramento, sia punito con giusta Pena». La mancanza della distinzione nel testo originario è nient’altro che una svista provocata da due fattori: 1) la mancanza di tale distinzione nel CCEO che riprende la norma dei suddetti Canonici latini in quella del suo Can. 1443 e stabilisce: «colui che ha simulato la celebrazione della Divina Liturgia o di altri Sacramenti, sia punito con Pena adeguata, non esclusa la Scomunica maggiore»²¹; 2) la dottrina canonica tradizionale ritiene la celebrazione di qualsiasi Sacramento da parte di una persona che non ne sia il ministro valido come la sua simulazione.

Durante l’istituzione del Sacramento dell’Eucaristia, Cristo espressamente volle che solo gli Apostoli, i loro successori e tutti coloro che partecipano al sacerdozio ministeriale fossero i ministri per la realizzazione del segno del Sacrificio eucaristico. Dunque, il soggetto della fattispecie criminosa deve essere una persona priva dell’Ordine sacerdotale e quindi il soggetto può essere

20 *Ivi*, Art. 2.

21 CCEO, Can. 1443: «*Qui Divinae Liturgiae vel aliorum Sacramentorum celebrationem simulavit, congrua Poena puniatur non exclusa Excommunicatione maiore*».

anche un Diacono, perché la consacrazione diaconale è *non ad sacerdotium, sed ad ministerium*. Per la configurazione del Delitto, non è necessario celebrare la Messa nella sua completezza, ma è sufficiente anche solo la recita delle preghiere e la realizzazione dei gesti che sono essenziali per la celebrazione eucaristica da parte di uno non insignito dell'Ordinazione sacerdotale.

Il Delitto precedente si basa essenzialmente sulla persona che non è insignita della dignità sacerdotale, in questa fattispecie delittuosa rientrano però anche le cerimonie della celebrazione eucaristica che non si realizzano effettivamente per la mancanza dell'intenzione, oppure per l'uso di una materia diversa da quella stabilita dalla Chiesa per la validità oppure per la mancanza della dignità sacerdotale del celebrante.

Dunque, la prima modalità in cui si verifica il Delitto è quella della mancanza della retta intenzione. Tutti i Sacramenti sono “atti di Cristo e della Chiesa”. Perciò, il ministro deve avere l'intenzione retta di compiere ciò che la Chiesa intende fare nella celebrazione eucaristica²², ma per la validità del Sacramento non è necessaria la fede personale del ministro, perché essa è garantita dall’*“ex opere operato”*.

La seconda modalità in cui si verifica il Delitto è quella della sostituzione della materia valida. Il pane e il vino costituiscono parte della struttura essenziale del segno sacramentale dell'Eucaristia. Il Magistero l'ha resa esplicita in diverse occasioni, ad esempio, al Concilio di Firenze (1439), che stabilisce: «il terzo Sacramento è l'Eucaristia, la cui materia è il pane di frumento (*panis triticeus*) e il vino di uva (*et vinum de vite*), al quale prima della consacrazione deve aggiungersi qualche goccia d'acqua»²³. Il Messale romano attuale sintetizza così quanto abbiamo detto: «fedele all'esempio di Cristo, la Chiesa ha sempre usato pane e vino con acqua per celebrare la Cena del Signore»²⁴. E riguardo al pane si precisa: «il pane per la celebrazione dell'Eucaristia deve essere esclusivamente di frumento»²⁵. Il vino per la celebrazione dell'Eucaristia deve essere naturale e genuino, cioè spremuto da uve mature, puro, senza

22 Can. 11: «*Si quis dixerit, in ministris, dum Sacramenta conficiunt et conferunt, non requiri intentionem, saltem faciendi quod facit Ecclesia: an.s*». CONCILIIUM TRIDENTINUM, *Sessio VII. Decretum de Sacramentis. Canones de Sacramentis in genere*, in AA.VV., *Conciliorum Œcumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, 684; anche in: H. DENZINGER, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, (P. HÜNERMANN, cur.) Bologna, 2009, n. 1611.

23 CONCILIIUM FLORENTINUM, *Decretum pro Armenis*, in AA.VV., *Conciliorum œcumenicorum decreta*, 546; anche in: H. DENZINGER, *Enchiridion*, n. 1320.

24 CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Institutio generalis Missalis romani*, Città del Vaticano, 2002, n. 319.

25 *Ivi*, n. 320.

sostanze estranee e non alterato. Può adoperarsi sia il vino rosso sia il vino bianco²⁶. Il mosto (succo di uve pigiate da poco), che abbia appena iniziato la fermentazione, è materia valida, però illecita: dovrebbe fermentare per potersi ritenere vino naturale e genuino²⁷.

Se si prende in considerazione la mancanza della distinzione fra questi Delitti almeno nel CCEO e la dottrina canonica tradizionale, la terza modalità in cui si verifica il Delitto di simulazione della celebrazione eucaristica è quella della sua celebrazione da parte di una persona che non è il suo ministro valido: un Diacono o un fedele laico.

1.3.2. Delitto di consacrazione a fine sacrilego di una sola materia o di entrambe nella Celebrazione eucaristica o fuori di essa (Art. 3 §2)

L'Art. 2 §2 del testo originario delle norme della SST conteneva due incisi per indicare le due modalità della configurazione di questo Delitto: 1) «*alterius materiae sine altera*»; 2) «*aut etiam utriusque extra eucharisticam Celebrationem*». Le Nuove norme 2010 all'Art. 3 §2 sostituiscono questi incisi con «*unius materiae vel utriusque*» e «*aut extra eam*» rispettivamente. Dunque, non si tratta di una modifica sostanziale, ma solo di una questione di precisazione però senza alcuna novità.

Dunque, questo è un Delitto fondamentalmente dottrinale. La Liturgia della Parola e la Liturgia eucaristica formano un'unità originaria e congiunte tra di loro costituiscono insieme «un solo atto di culto»²⁸. Il *Catechismo della Chiesa cattolica* ribadisce l'affermazione del Concilio con altre parole: «la mensa preparata per noi nell'Eucaristia è infatti ad un tempo quella della Parola di Dio e quella del Corpo del Signore»²⁹. La Liturgia della Parola non è fine

26 Cfr. Can. 924 §3; CCEO, Can. 706; CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Institutio generalis Missalis romani*, 322; CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Instructio de quibusdam observandis et vitandis circa sanctissimam Eucharistiam: Redemptionis Sacramentum*, in AAS, XCVI, (2004), 567, n. 50.

27 Gli Ordinari hanno la facoltà di concedere permessi perché i sacerdoti affetti da alcoolismo o da altra malattia possano celebrare la Santa Messa con mosto (fresco o conservato in modo da sospendere la fermentazione tramite congelamento o con altri metodi che non ne alterino la natura). Sul tema, cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Lettera a tutti i Presidenti delle Conferenze episcopali sull'uso del pane con poca quantità di glutine e del mosto come materia eucaristica: *Questo Dicastero*, in *Notitia*, XXXI (1995), 608-610; anche in: AA.VV., *Enchiridion vaticanum*, 14, Bologna, 2008, 2885-2889.

28 CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio de sacra Liturgia: Sacrosanctum Concilium*, in AAS, LVI (1964), n. 56.

29 *Catechismo della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1999, n. 1346.

a se stessa; in essa viene proclamata la Parola di Dio affinché venga raccolta dall'assemblea, rendendo grazie a Dio; questa accoglienza prepara, dispone e rende più capaci i fedeli ad accogliere con azioni di grazie il Verbo unico del Padre, incarnato, crocifisso e risorto, reso sacramentalmente presente nella Liturgia eucaristica. In definitiva, la Liturgia della Parola è orientata ad una partecipazione più attiva, consapevole e fruttuosa alla Liturgia eucaristica, e in ultima analisi, all'incontro personale con Cristo³⁰. Pertanto, nella Celebrazione eucaristica non si può separare la Liturgia della Parola dalla Liturgia eucaristica. Il *Catechismo della Chiesa cattolica* sintetizza:

«la Celebrazione eucaristica comporta sempre: la proclamazione della Parola di Dio, l'azione di grazie a Dio Padre per tutti i suoi benefici, soprattutto per il dono del suo Figlio, la consacrazione del pane e del vino e la partecipazione al banchetto liturgico mediante la recezione del Corpo e del Sangue del Signore. Questi elementi costituiscono un solo e medesimo atto di culto»³¹.

Quanto alla consacrazione, Cristo ha stabilito il Sacramento dell'Eucaristia con la benedizione sul pane e sul calice del vino. È ampiamente evidente che nella sua tradizione, la Chiesa, imitando Cristo, ha sempre compiuto il Sacrificio dell'Eucaristia con la doppia consacrazione.

La Legge attuale al Can. 927³² stabilisce: «non è assolutamente lecito, anche nel caso di urgente estrema necessità, consacrare una materia senza l'altra o anche l'una e l'altra, fuori della Celebrazione eucaristica». Si osservano alcune questioni poste dalla norma. Anzitutto, la norma del Canone tratta di un divieto assoluto. L'assolutezza del divieto si comprende dall'uso della parola "*nefas*", che significa il divieto non solamente di Diritto ecclesiastico, ma anche di Diritto divino. Perciò, neanche in una situazione estrema come quella del Viatico, il sacerdote può consacrare una sola specie eucaristica o ambedue fuori della Messa. Il Canone, però, non presenta un Delitto, perché la norma non prescrive una sanzione penale e così si verifica un caso di lacuna nel Codice. Stabilendo una Pena secondo la gravità del crimine, non esclusa la Dimissione o la Deposizione, le *Nuove norme 2010* all'Art. 3 §2 completano la Legge proibitoria del Codice.

30 Cfr. SACRA CONGREGATIO RITUUM, *Instructio de cultu mysterii eucharistici: Eucharisticum mysterium*, in *AAS*, LVIV (1967), 547, n. 10.

31 *Catechismo della Chiesa cattolica*, n.1409.

32 Non esiste il Canone corrispondente nel CCEO.

1.4. *I graviora Delicta contro il Sacramento della Penitenza*

1.4.1. Attentata Assoluzione sacramentale o ascolto vietato della Confessione (Art. 4 §1, 4°)

Nell’Art. 4 delle *Nuove norme 2010* vengono elevati alla categoria dei *Delicta graviora* due altri Delitti contro il Sacramento della Penitenza: 1) attentata Assoluzione sacramentale o ascolto vietato della Confessione; 2) simulazione dell’Assoluzione sacramentale.

Si tratta del primo al n. 2 dello stesso Articolo: il Delitto dell’attentata Assoluzione sacramentale o l’ascolto vietato della Confessione di cui al Can. 1378 § 2, 2° del CIC.

Il ministro del Sacramento della Penitenza è solo il sacerdote (Can. 965 CIC; Can. 722 §1 CCEO). Il Legislatore richiama la necessità, per una valida Assoluzione, anche della debita facoltà (Can. 966 CIC; Can. 722 §3 CCEO) concessa dall’Autorità competente, perché la remissione dei peccati che si attua nella Chiesa ha un chiaro riferimento al governo della Chiesa. Questa, pertanto, regolando l’esercizio di tale potere, può disporre che esso non possa essere esercitato se non nei modi stabiliti dalla stessa e con la sua autorizzazione³³.

Il Delitto dell’attentata Assoluzione sacramentale o l’ascolto vietato della Confessione ha per soggetto un sacerdote, un Diacono o un fedele laico. Bisogna chiarire che un sacerdote può essere il soggetto in due ipotesi. Nella prima, si tratta di un sacerdote che è consapevole di non essere investito di facoltà di assolvere i peccati sia *ipso Iure* che per concessione fatta dall’Autorità competente (Can. 966 CIC; Can. 722 §§2-4 CCEO) ma ascolta le Confessioni sacramentali con cattiva fede e dunque non si tratta delle situazioni in cui *Ecclesia supplet* (Can. 144 CIC; Can. 994 CCEO) e *in periculo mortis* (Cann. 976-977 CIC; Cann. 725, 730 CCEO) previste dalla Legge. Nella seconda ipotesi, il sacerdote è uno che ha perso la facoltà di ascoltare le Confessioni per Revoca (Can. 974 CIC; Can. 726 CCEO).

A norma del Can. 1378 §2, 2°, il reo chierico (sacerdote e Diacono) dell’attentata Assoluzione sacramentale incorre nella Pena *latae sententiae* della Sospensione con tutti gli effetti recensiti nel Can. 1333 §1 e il reo laico dello stesso Delitto incorre nella Pena *latae sententiae* dell’Interdetto e quest’ultimo sarà irregolare a ricevere l’Ordine sacro. Va ricordato che il reo delle Chiese orientali incorre nella Pena solo in modo *ferendae sententiae*.

33 Cfr. V. DE PAOLIS, *Il Sacramento della Penitenza* (Cann. 959-997), in G.I.D.D.C. (cur.), *La funzione di santificare della Chiesa*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 2, Milano, 1995, 135-136.

1.4.2. La simulazione dell'Assoluzione sacramentale (Art. 4 §1, 3°)

Si tratta del secondo Delitto all'Art. 4, 3° delle *Nuove norme 2010*: simulazione dell'Assoluzione sacramentale di cui al Can. 1379 del CIC e al Can. 1443 del CCEO. A norma di questi Canoni, la simulazione di qualsiasi Sacramento è un Delitto, ma non tutti sono *graviora Delicta*. Fra i Delitti di simulazione dei Sacramenti, questo Delitto, dopo quello di simulazione della Celebrazione eucaristica, diviene il secondo da assumere alla categoria dei *graviora Delicta*. Il soggetto del Delitto di simulazione dell'Assoluzione del Sacramento della Penitenza (Art. 4, 3°) è un sacerdote, un Diacono o un fedele laico. A differenza del Delitto di simulazione della Celebrazione del Sacrificio eucaristico, questo Delitto è compiuto da parte di un sacerdote con l'unica modalità di non avere la retta intenzione di fare ciò che la Chiesa intende fare. Secondo la dottrina canonica tradizionale, esso è compiuto da parte di un Diacono o di un laico con o senza la retta intenzione. Il reo della Chiesa latina sarà punito da una giusta Pena e il reo delle Chiese orientali sarà punito da una congrua Pena, non esclusa la Scomunica maggiore.

1.4.3. Violazione indiretta del Sigillo sacramentale (Art. 4 §1, 5°)

Questo è uno dei *graviora Delicta* aggiunto con le modifiche effettuate alle norme della *SST* nell'udienza concessa da Giovanni Paolo II al Cardinale Ratzinger in data 7 febbraio 2003. Il Sigillo sacramentale è un obbligo strettissimo che non può mai essere violato, nemmeno dopo la morte del penitente, per non provocare alcun danno privato o pubblico, anche di fronte a un male temporale o spirituale inclusa la minaccia di morte³⁴. Si tratta di un dovere "specialissimo" (i superlativi sono inevitabili), per la sua assolutezza e per la sua somma gravità, ma nel contempo "generalissimo" perché si applica a favore di tutti i penitenti, per tutti i peccati, per ogni modalità comunicativa e per qualsiasi causa³⁵.

La violazione indiretta si verifica se si rivelano particolari circostanze, apprese in Confessione, dalle quali possa sorgere il pericolo di risalire al penitente o di far sospettare che una persona abbia commesso un peccato³⁶. Si ha

34 Cfr. J.B. FERRERES, *Compendium Theologiæ moralis*, II, Barcinone, 1925, n. 702; H. NOLDIN - A. SCHMITT, *Summa Theologiæ moralis iuxta Codicem Iuris canonici*, III, Barcelona, 1951, n. 420; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris canonici*, IV, Taurini-Romæ, 1947, n. 2132; F.M. CAPPELLO, *Tractus canonico-moralis. De Sacramentis. De penitentis*, II, Taurini-Romæ, 1953, n. 585.

35 Cfr. F.B. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Venezia, 2008, 431.

36 Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Roma, 2006, 308; F. NIGRO, *Commento al Can.*

violazione indiretta anche quando il confessore non ha l'intenzione di rivelare l'identità del penitente e i peccati confessati, ma il suo comportamento si rivela imprudente al punto da far sorgere il pericolo di poter risalire al penitente o fa sospettare agli altri che una persona abbia commesso un peccato³⁷. La violazione indiretta può essere causata dall'imprudenza del confessore, meglio dalla sua ingenuità, senza alcuna sua malizia, oppure dalla malizia degli altri che pongono domande capziose³⁸.

Non è sempre facile distinguere tra la violazione diretta ed indiretta. J. Arias offre un criterio per distinguerle: «maggiore è la possibilità di dedurre, più vicina sarà alla violazione diretta la violazione indiretta»³⁹. Quando si rivela il peccato o il penitente, la violazione del Sigillo non ammette materia leggera, perché essa comporta una grave irriverenza verso il Sacramento della Penitenza e la perdita della fiducia dei fedeli nei confessori. Nel caso di violazione indiretta, esiste la materia leggera, giacché questa si fonda nel pericolo di svelare il penitente o nel rendere odiosa la Confessione e questo pericolo può essere molto remoto. Nemmeno è lecito applicare all'obbligo del Sigillo sacramentale alcun tipo di “probabilismo”, per esempio, applicando il *dubium Iuris* (materia dubbia del Sigillo) o il *dubium facti* (dubbiosa conoscenza “*ex Confessione*”)⁴⁰. Si può concludere l'argomento con la posizione di De Paolis e Cito: «in ogni caso non è mai eccessiva la raccomandazione di evitare in tutti i modi di raccontare anche a scopi di edificazione quanto appreso in Confessione, nonostante non vi sia alcun pericolo attuale di rivelazione»⁴¹. Nell'Istruzione “*Naturalem et*

1387, in P.V. PINTO (cur.), *Commento al Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano, 2001, 821; G.P. MONTINI, *La tutela penale del Sacramento della Penitenza. I Delitti nella celebrazione del Sacramento* (Cann. 1378, 1387, 1388), in G.I.D.D.C. (cur.), *Le Sanzioni nella Chiesa*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 5, Milano, 1997, 225-226; F.M. CAPPELLO, *Tractus canonicomoralis*, II, n. 595; R. SALUCCI, *Il Diritto penale secondo il Codice di Diritto canonico*, Subiaco, 1930, n. 348: «la prima (violazione diretta) consiste nella espressa rivelazione della materia conosciuta sotto il solo Sigillo sacramentale con la manifestazione del penitente. Si ha la seconda (violazione indiretta) quando si rivelano cose dalla notizia delle quali prudentemente si può temere che si abbia per lo meno a destar sospetto sulla materia del Sigillo e sulla persona del penitente».

37 Cfr. R.T. MORIARTY, *Violation of the confessional seal and the associated penalties*, in *The Jurist*, LVIII (1998), 164.

38 Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale*, 309.

39 J. ARIAS, *Book VI - Sanctions in the Church*, in AA.VV., *Code of Canon Law annotated*, Montreal, 1993, 861: «the greater the possibility of deduction, the closer indirect violation will be to direct violation and the more serious the offense».

40 F. LOZA, *Commento al Can. 983*, in Á. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ- OCAÑA (eds.), *Exegetical commentary on the Code of Canon Law*, III, Montreal, 2005, 820.

41 V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa: Commento al Codice di Diritto canonico, Libro VI*, Città del Vaticano, 2008, 346.

*divinam*⁴², il Sant'Ufficio avvertì i sacerdoti del pericolo di trattare della materia conosciuta in Confessione nella predicazione, nonostante fosse stato assente qualsiasi pericolo di violazione del Sigillo.

Il soggetto dell'obbligo del Sigillo sacramentale è il confessore, ossia il Presbitero o il Vescovo che ascolti la Confessione anche se non dà l'Assoluzione, ancorché sprovvisto della facoltà di confessare oppure scomunicato⁴³.

Il Can. 1388 §1 sanziona la violazione indiretta del Sigillo sacramentale con la Pena *ferendæ sententiæ* secondo la gravità del Delitto: una Pena obbligatoria, ma indeterminata. Pertanto, la Pena dipenderà dalla discrezione del Giudice o del Superiore. Il Can. 1456 §1 del CCEO punisce il reo di questo Delitto con una congrua Pena.

1.4.4. Captazione e divulgazione delle Confessioni sacramentali (Art. 4 § 2)

Si tratta anche in questo caso di un Delitto aggiunto ai *graviora Delicta* in virtù della stessa udienza papale citata nel Delitto esaminato precedentemente. Faremo un commento solo sui cenni storici e sull'elemento oggettivo del Delitto.

Questa normativa è molto recente nella vita della Chiesa. Il primo intervento dell'Autorità ecclesiale in merito avvenne il 23 marzo 1973, quando in Italia si diffuse la notizia dell'imminente pubblicazione di un libro scandalistico che raccoglieva le trascrizioni di alcune Confessioni sacramentali –vere e simulate– registrate subdolamente⁴⁴. La CDF con una

42 Cfr. SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, Instructio: *Naturalem et divinam*, in *Il Monitore ecclesiastico*, XXIX (1917), 176-186.

43 Cfr. G.P. MONTINI, *La tutela penale*, 227.
K. LÜDICKE, Sub: *Can. 1388*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris canonici*, Essen, 1988-1998, n. 3: «*Schutzzweck del Beichtgeheimnisses ist das Interesse des Sünders und der Schutz del Beichtinstituts. Es kommt daher nur darauf an, daß das Wissen in einer Situation erlangt wurde, die der Pönitent als Beichte verstanden hat. Auf die Absolutionsvollmacht del Priesters kommt es nicht an*»; V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 346.

44 Il libro fu pubblicato nei primi mesi del 1973 con il titolo *Il sesso in confessionale* (N. VALENTINI - C. DI MEGLIO, *Il sesso in confessionale*, Padova, 1974), dal quale poi venne tratto un film.
Un altro caso doloroso avvenne nel carcere di Portland (Oregon) negli Stati Uniti il 22 aprile 1996. In questo caso la Confessione sacramentale di un prigioniero è stata registrata con l'autorizzazione civile ed eventualmente è stata condannata dal Vescovo ausiliare di Portland (Oregon) con le parole: «*The existence of a tape recording and a transcript of a private sacramental act of reconciliation constitutes a living violation*». A seguito della condanna dal suddetto Vescovo ausiliare, l'Autorità civile chiese scusa per aver autorizzato la registrazione della Confessione: «*I was wrong to authorize taping that conversation. There are some things which are legal and ethical but are simply not right*». P. LOPEZ-GALLO, *Are confidential communications protected by common law privilege? The*

Dichiarazione⁴⁵ inflisse la Pena della Scomunica *late sententiæ* non riservata agli autori ed editori del testo e a chiunque avesse formalmente cooperato all’iniziativa. Si trattava comunque di un singolo intervento in rapporto a una situazione specifica. A seguito della Dichiarazione la stessa Congregazione diede anche un’Interpretazione autentica⁴⁶, secondo la quale incorrevano nella Pena della Scomunica non solo coloro che furono coinvolti in qualche modo nella pubblicazione di quel libro, ma anche nella registrazione e divulgazione delle Confessioni sacramentali prima della pubblicazione della Dichiarazione. In altre parole la Dichiarazione aveva valore retroattivo.

La seconda fase della Legislazione circa il Delitto è quella del Decreto della CDF del 1988⁴⁷, che entrò in vigore nello stesso giorno della promulgazione. Il CIC promulgato nel 1983, ad un decennio di distanza dalla Dichiarazione del 1973, non ha però recepito il Delitto e la Pena prevista in essa. Pertanto, a norma del Can. 6 §1, 3°, tale Dichiarazione risultò abrogata all’atto dell’entrata in vigo-

seal of sacramental confession in the Catholic Church, in *Monitor ecclesiasticus*, CXXI (1996), 305, nota *The Case*.

Una profanazione del genere più recente è quella che è stata condannata da *L’Osservatore romano* nella sua edizione del 28 gennaio 2007, a pagina 3. La detta profanazione era stata attuata mediante la registrazione di Confessioni da parte di un cronista, ripetutamente fintosi penitente. Il cronista incaricato dal periodico italiano *L’Espresso* registrò il contenuto delle confessioni da lui simulate nei confessionali di 24 chiese di Torino, Milano, Napoli e Palermo. I temi della Confessione vertevano su numerosi problemi etici: dall’eutanasia alla droga, dalla prostituzione alle truffe e al sesso con minori. La pubblicazione in detto periodico avvenne nel mese di gennaio 2007.

45 SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Declaratio: *De tuenda Sacramenti Pœnitentiæ dignitate*, in AAS, LXV (1973), 678: «*Sacra Congregatio pro Doctrina Fidei, vigore specialis potestatis sibi a Suprema Ecclesiæ Auctoritate tributæ, decernendo declarat eos ab hac die incurrere in Excommunicationem late Sententiæ nemini reservatam, qui, cum contemptu Sacramenti Pœnitentiæ, sacramentales Confessiones, veras aut fictas, quovis technico instrumento adhibito captant vel imprimunt vel hoc modo cognitæ evulgant, necnon omnes, qui eidem rei formaliter cooperantur, firmo præscripto Canonum 889, 890, 2369*».

46 SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Un’interpretazione autentica* della “Dichiarazione” del 23 marzo 1973, in *L’Osservatore romano*, CXIII [1973], n. 69 [34.250], 25 marzo, 1). Fermo restando il giudizio morale di piena riprovazione per il vilipendio commesso contro il carattere sacro della Confessione e contro il riserbo dovuto all’amministrazione di tale Sacramento -giudizio- che si applica a chiunque abbia formalmente cooperato nell’iniziativa anche prima della citata «Dichiarazione» - l’efficacia della Scomunica comminata decorre dal momento della sua avvenuta pubblicazione. 2) Nella Censura incorrono, oltre agli autori ed editori, se non provvedono a ritirare dalla circolazione e dal commercio la loro pubblicazione, anche coloro che ne facciano opera di propaganda o diffusione».

47 CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Decretum quo, ad Pœnitentiæ Sacramentum tuendum, Excommunicatio late sententiæ illi quicumque ea quæ a confessario et a pœnitente dicuntur vel per instrumenta technica captat vel per communicationis socialis instrumenta evulgat, infertur: Congregatio pro Doctrina*, in AAS, LXXX (1988), 1367: «*firmo præscripto Can. 1388, quicumque quovis technico instrumento ea quæ in sacramentali Confessione, vera vel ficta, a se vel ab alio peracta, a confessario vel a pœnitente dicuntur, captat, aut communicationis socialis instrumentis evulgat, in Excommunicationem late Sententiæ incurrit*».

re del Codice (27 novembre 1983) ed era necessaria una nuova promulgazione per colmare la lacuna del Codice vigente; la CDF vi ha provveduto cinque anni dopo in virtù della speciale facoltà concessa dalla suprema Autorità della Chiesa ai sensi del Can. 30. È stato dibattuto fino alla promulgazione delle norme della *SST* se il suddetto Decreto della CDF avesse valore anche per le Chiese orientali, perché la formulazione del Can. 1456 §2 del CCEO, ricorda il Decreto e pare che lo tenga in conto nella sua redazione, però manca la chiarezza.

La norma circa il Delitto impone tre divieti⁴⁸: a) la captazione con mezzi tecnici di ciò che viene detto in Confessione dal confessore o dal penitente o da entrambi; b) la sua divulgazione per mezzo degli strumenti di comunicazione sociale; c) la captazione e la divulgazione della Confessione. Nel caso di a) e b) si tratta di due Delitti differenti, che possono essere commessi da persone distinte, mentre nel caso c) si tratta di un unico Delitto, anche se la captazione e la divulgazione sono due atti distinti e ciascuno dei quali può configurarsi come Delitto a sé stante. Incorre dunque nella Pena sia chi capta e dopo divulga, sia chi soltanto capta ciò che è stato detto in Confessione ma non lo divulga, sia chi divulga ciò che è stato captato anche se non colpevole di captazione, purché la captazione sia stata fatta con strumenti tecnici e la divulgazione con mezzi di comunicazione sociale⁴⁹.

Captazione e divulgazione possono essere un solo Delitto o due distinti Delitti dipendendo da due elementi: l'intenzione e il lasso di tempo. Commette un solo Delitto, dunque, colui che soltanto capta con strumenti tecnici ciò che viene detto in Confessione con o senza intenzione di divulgarlo, e di fatto non lo divulga. Se invece capta la Confessione con l'intenzione di divulgarla e la divulga commette ancora un solo Delitto. È un solo Delitto, perché vi è un'unica intenzionalità e la registrazione è fatta in funzione della divulgazione. In altre parole i due atti di captazione e di divulgazione della Confessione sono tra loro moralmente congiunti dall'unico disegno delittuoso⁵⁰. Se, non

48 Cfr. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 347. Calabrese invece accentua solo due modalità, A. CALABRESE, *Diritto penale*, 310: «Il Decreto vita: a) la captazione con mezzi tecnici di ciò che viene detto in Confessione dal confessore o dal penitente o da entrambi; b) la sua divulgazione per mezzo degli strumenti di comunicazione sociale»; F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 436-437.

A nostro parere, secondo quanto è detto nell'autentica interpretazione della Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede del 25 marzo 1975, si può andare d'accordo con il parere di De Paolis - Cito e Pighin, perché l'interpretazione prevede Pena anche per gli editori delle pubblicazioni i quali possono essere non colpevoli di captazione.

49 Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale*, 310.

50 Cfr. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 348; A. CALABRESE, *Diritto penale*, 311; F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 437.

avendo intenzione di divulgarla, capta la Confessione, e dopo, cambiando idea, la divulga, pare che commetta un unico Delitto, in quanto i due atti sono uniti tra loro come un tutt’uno, salvo che la divulgazione avvenga dopo un certo tempo dalla captazione. In tal caso, sembra che il lasso di tempo renda distinti ed a sé stanti i due atti criminosi⁵¹.

L’elemento oggettivo del Delitto è la captazione e la divulgazione della Confessione sacramentale. Captare ciò che si dice in Confessione è diverso dal senso dell’*auscultare* in modo naturale, come può accadere, per esempio, quando si è troppo vicini al luogo della Confessione o anche quando il confessore o il penitente parlano a voce alta. Captare, invece, indica secondo il Decreto del CDF, l’uso di strumenti tecnici, con i quali si afferra o capta la Confessione. La captazione si verifica con l’uso delle cosiddette “cimici”, ossia di microfoni spia collocati nella sede della Confessione⁵² prima dell’azione sacramentale, per sentire quello che il confessore o il penitente dicono, essendo l’artefice, mosso da curiosità, da malizia, da odio verso il penitente o il confessore, o da qualsiasi altro motivo. Deve trattarsi però di registrazione e non solo di ascolto della Confessione, e in questo senso è da preferire la traduzione del termine latino “*capat*” con “registra”. Infatti, se si trattasse solo di ascoltare la Confessione, ricadremmo nell’ipotesi del Can. 983 §2 e non ci sarebbe motivo di punire gravemente chi ascoltasse una Confessione utilizzando uno strumento tecnico in quanto non è prevista esplicitamente una Pena, però tale atto costituisce un peccato. I commentatori hanno diversi pareri su quest’aspetto della norma, ad esempio, Kelly e Marzoa sono dello stesso parere di De Paolis e Cito⁵³. Secondo questi commentatori, il semplice atto di registrazione della Confessione non costituisce Delitto, poiché è possibile che esso sia fatto per un motivo lecito, ad esempio, per favorire il penitente nel ricordarsi i consigli del confessore in un momento successivo. Essi dunque ritengono che per costituire il Delitto, sia necessario che il penitente venga tradito o risulti qualche scandalo dalla registrazione.

51 A. CALABRESE, *Diritto penale*, 311: «va anche considerato che tra la registrazione e la divulgazione fatta tramite alcuni tipi di comunicazione sociale, per esempio un libro, è materialmente necessario un certo tempo. In tale caso, i due atti, captazione e divulgazione, sono tra loro moralmente congiunti e costituiscono ancora un unico Delitto».

52 Cfr. Can. 964 §2; CCEO, Can. 736.

53 Cfr. D. KELLY, *Decree Imposing latae sententiae Excommunication on anyone who records a sacramental confession [Congregation for the Doctrine of the Faith] (23rd September, 1988) and Comment*, in *Newsletter of The Canon Law Society of Great Britain and Ireland*, XXI (1989), n. 80, December 1989, 19; A. MARZOA, *Protección penal del Sacramento de la Penitencia y de los derechos de los fieles*, in *Ius canonicum*, LIX (1990), 171.

Alcuni altri autori quali Calabrese e Moriarty ritengono che il Delitto si verifica anche con il semplice atto della registrazione della Confessione per il grave pericolo imminente di essere divulgato nel registrare la Confessione anche se essa viene fatta per un motivo lecito. Non è necessario che il penitente venga tradito o sia provocato qualche scandalo. Infatti, secondo Calabrese per la costituzione del Delitto non è richiesta nemmeno la registrazione. L'ascolto della Confessione con l'uso di strumenti tecnici è sufficiente per la costituzione del Delitto e chi, invece, *ausculta* intenzionalmente la Confessione senza alcuno strumento tecnico, commette peccato ma non Delitto⁵⁴. La registrazione può limitarsi alle parole pronunciate dal penitente o a quelle dette dal confessore, oppure può comprendere le espressioni di ambedue. La registrazione o la divulgazione della Confessione può essere propria del delinquente o di un terzo⁵⁵.

La captazione può scaturire da diversi intenti. Essa può essere intercettata da chi persegue ignobili scopi scandalistici, soprattutto da giornalisti. Un'operazione del genere più frequentemente consiste nel captare e nel registrare quanto interessa della Confessione, per utilizzarne successivamente il contenuto ricorrendo a svariate modalità, non esclusa la sua divulgazione tramite i mass-media, con enormi possibilità di sfruttamento successivo. La pratica di registrare le Confessioni, ad esempio dei detenuti in un carcere o di persone oggetto di indagini, allo scopo di ottenere Prove di colpevolezza o ulteriori indizi, va purtroppo diffondendosi e costituisce un deplorabile abuso qualunque ne sia l'intenzione, contro cui la Chiesa non manca di protestare vivacemente⁵⁶.

Si è detto sopra che per il compimento del Delitto si richiede la captazione di ciò che è detto dal penitente o dal confessore o da ambedue. Il Delitto dunque non si compie qualora l'accusa di peccati commessi sia rilasciata da un fedele a un sacerdote nella direzione spirituale, al di fuori del Sacramento della Penitenza⁵⁷. Comunque, la Confessione può essere vera, finta ossia simulata o attentata⁵⁸.

54 A. CALABRESE, *Diritto penale*, 312: «captare, invece, indica come precisa il Decreto, l'uso di strumenti tecnici, coi quali si afferra o capta la Confessione, sia che si registri sia che non si registri. Chi (...) non lo registra e non lo divulga, commette ugualmente il Delitto».

R.T. MORIARTY, *Violation*, 170: «*this opinion seems unfaithful to the decree, which grants no exceptions to the act of recording. If one considers the danger that such a recording, though made for legitimate purposes, could be acquired or heard by a third party, one can understand the rationale for the CDF's absolute prohibition. Such recording poses even a greater threat to the integrity of the sacrament when abused as in the Oregon case*».

55 Cfr. F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 438.

56 Cfr. *ivi*, 436; V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 348; A. CALABRESE, *Diritto penale*, 315.

57 Cfr. F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 436.

58 Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale*, 313-314: «chi si confessa e con cuore sincero, non usa mezzi

È vera quella in cui il penitente intende sinceramente ricevere il Sacramento del perdono e il confessore intende veramente amministrarlo. La Confessione simulata può avvenire sia da parte del penitente che da parte del confessore o da parte di tutti e due. È simulata la Confessione da parte del penitente quando il soggetto non ha alcuna intenzione di ricevere il Sacramento, ma finge di confessarsi proprio per sapere quello che il confessore dice su determinati argomenti, da qualsiasi motivo sia mosso⁵⁹. Se il penitente finge soltanto ma non usa strumenti per la captazione, commette peccato e non Delitto, e non contrae la Censura. Ma se capta la Confessione con mezzi tecnici, sia che dopo la divulgazione sia che non la divulghi con gli strumenti di comunicazione sociale, commette il Delitto e contrae la Pena. È simulata la Confessione da parte del confessore quando il soggetto è uno che non abbia ricevuto l'Ordine sacro del Presbiterato (un laico o un Diacono) e si sia camuffato da sacerdote, per esempio indossando l'abito sacerdotale e sedendosi nel confessionale, in modo da trarre in inganno i fedeli o anche pur essendo sacerdote non abbia intenzione di celebrare il Sacramento (cfr. Cann. 1379 e 1443 del CCEO). Si può avere la Confessione simulata da parte del penitente e insieme, da parte del confessore per mancanza della retta intenzione in entrambi. Si può avere la Confessione attentata da parte del confessore. In quest'ipotesi, il confessore è uno che, a norma del Can. 1378 §2, 2° (Can. 1443 CCEO)⁶⁰, non può dare validamente l'Assoluzione per mancanza del sacerdozio (uno camuffato da sacerdote e sedendosi nel confessionale in modo da trarre in inganno i fedeli), per mancanza di facoltà sia *ipso Iure* che per la concessione dell'Autorità competente o per Revoca di facoltà per la sanzione penale o uno che non abbia ricevuto l'Ordine sacro (un laico o Diacono).

La divulgazione della Confessione è l'elemento caratteristico di questo Delitto. Non si tratta solo di divulgare la Confessione (che è contemplato dal Can. 1388 §2), ma si tratta di una divulgazione che è fatta attraverso i mezzi di comunicazione sociale. Gli strumenti di comunicazione sociale sono tutti quei mezzi tecnici mediante i quali possono essere divulgate le notizie della

tecnicamente per registrare quello che egli o il confessore dicono, ossia non annulla il suo proposito di penitenza col commettere altro peccato munito di Censura. Ma se registra la sua Confessione o usa altri mezzi tecnici per farla captare da altri, per divulgarla o no, commette peccato e Delitto, e contrae la Censura, anche se registra la Confessione per sua utilità, per esempio per ricordarsi di ciò che ha detto il confessore o anche per essere certo di aver confessato determinati peccati. Salva l'ignoranza o la buona fede»; F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 436; V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 348; R.T. MORIARTY, *Violation*, 170.

59 Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale*, 314.

60 Cfr. *ibidem*.

Confessione, come la radio, la televisione, i giornali, i libri, gli altri organi di stampa, le agenzie di informazione, internet e così via⁶¹.

1.5. *Il Delictum gravius contro il Sacramento dell'Ordine sacro*

1.5.1. *Attentata Ordinazione sacra di una donna (Art. 5)*

Attraverso i secoli, l'insegnamento costante del Magistero della Chiesa sul Sacramento dell'Ordine sacro è che solo gli uomini possono riceverlo. Nei giorni precedenti il Concilio Vaticano II ci fu un intenso dibattito sull'ammissione delle donne al sacerdozio e ci furono numerosi gruppi di persone favorevoli a tale ammissione. Però, il Concilio non fa alcun accenno riguardante il problema dell'Ordinazione sacerdotale di donne. Dopo il Concilio la Chiesa ha ribadito l'inammissibilità delle donne al sacerdozio con la Dichiarazione "*Inter Insigniores*"⁶² della CDF e la Lettera Apostolica "*Ordinatio Sacerdotalis*"⁶³ di Giovanni Paolo II.

Nonostante il costante insegnamento della Chiesa sulla materia, le Ordinazioni finte di donne negli ultimi anni sono divenute un fenomeno diffuso. Nel 2007 la CDF emanò un Decreto⁶⁴ stabilendo che il conferimento dell'Ordinazione alle donne e la ricezione dell'Ordinazione dalle donne sia un Delitto che merita la Scomunica *latae sententiae* e con la sua incorporazione nel nuovo testo delle norme sui *graviora Delicta*, si ha un *Delictum gravius* anche contro il Sacramento dell'Ordine sacro.

Dall'insegnamento della Chiesa è chiaro che l'ammissione delle donne al sacerdozio non è un'opzione alla quale la Chiesa non vuole tenersi aperta, ma è un'affermazione che non esiste la figura di sacerdotessa. La nostra indagine si limita solo alla configurazione del Delitto senza entrare nel suo sviluppo lungo la storia sia dal punto di vista dottrinale che canonico.

Si tratta, dunque, di un rito con la materia e la forma determinata per il conferimento valido del Sacramento dell'Ordine sacro. La Chiesa insegna che

61 Cfr. F.B. PIGHIN, *Diritto penale*, 436; A. CALABRESE, *Diritto penale*, 312; V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, 348.

62 CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Declaratio circa quæstionem admissionis mulierum ad sacerdotium ministeriale: Inter Insigniores*, in AAS, LXIX (1977), 98-116.

63 IOANNES PAULUS PP. II, *Littera apostolica de Sacerdotali ordinatione viris tantum reservanda: Ordinatio Sacerdotalis*, in AAS, LXXXVI (1994), 545-548.

64 CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Decretum generale: De delicto attentatae sacrae Ordinationis mulieris*, in AAS, C (2008), 403.

la materia per il Sacramento in esame è l'imposizione delle mani e la forma la preghiera che l'accompagna. Pio XII in un fondamentale documento, la Costituzione Apostolica “*Sacramentum Ordinis*”⁶⁵ per risolvere le difficoltà sorte fra i teologi che dicevano materia anche la consegna degli strumenti relativi a ciascun Ordine, dichiara, (senza smentire ciò che si era fatto in passato nella Chiesa latina), quale sia la materia e la forma:

«la materia unica dei sacri Ordini del Diaconato, del Presbiterato e dell'Episcopato, è l'imposizione delle mani; e la forma unica sono le parole che determinano l'applicazione di questa materia, perché esprimono chiaramente gli effetti sacramentali –cioè il potere di Ordine e la grazia dello Spirito Santo– e, in questo senso, sono accolte e usate dalla Chiesa»⁶⁶.

Nell'Ordinazione dei Diaconi la materia è l'imposizione delle mani del Vescovo, che viene fatta in silenzio su ogni singolo ordinando, prima della preghiera di Ordinazione; la forma è costituita dalle parole della medesima preghiera di Ordinazione, della quale sono essenziali e perciò richieste per la validità, queste parole:

«ti supplichiamo, o Signore, effondi in loro lo Spirito Santo, che li fortifichi con i sette doni della tua grazia, perché compiano fedelmente l'opera del ministero»⁶⁷.

Nell'Ordinazione dei Presbiteri la materia è parimenti l'imposizione delle mani, che viene fatta in silenzio dal Vescovo su ogni singolo ordinando, prima della preghiera di Ordinazione; la forma è costituita dalle parole della medesima preghiera di Ordinazione, della quale sono essenziali, e perciò richieste per la validità, queste parole:

«dona, Padre onnipotente, a questi tuoi figli la dignità del Presbiterato. Rinnova in loro l'effusione del tuo Spirito di santità; adempiano fedelmente, o Signore,

65 PIUS PP. XII, *Constitutio apostolica de sacris Ordinibus Diaconatus, Presbyteratus et Episcopatus: Sacramentum Ordinis*, in AAS, XXXX (1948), 5-7.

66 «*Sacrorum Ordinum Diaconatus, Presbyteratus et Episcopatus materiam eamque unam esse manuum impositionem; formam vero itemque unam esse verba applicationem huius materiae determinantia, quibus univoce significantur effectus sacramentales, -scilicet potestas Ordinis et gratia Spiritus Sancti- quaeque ab Ecclesia qua talia accipiuntur et usurpantur*». *Ivi*, n. 4.

67 PAULUS PP. VI, *Constitutio apostolica qua novi ritus approbantur ad Ordinationem Diaconi, Presbyteri et Episcopi: Pontificalis Romani*, in AAS, LX (1968), 369-373.

il ministero del secondo grado sacerdotale da te ricevuto e con il loro esempio guidino tutti a un'integra condotta di vita»⁶⁸.

Infine, nell'Ordinazione del Vescovo la materia è l'imposizione delle mani sul capo dell'Eletto, che viene fatta in silenzio dai Vescovi consacranti, o almeno dal consacrante principale, prima della preghiera di Ordinazione; la forma è costituita dalle parole della medesima preghiera di Ordinazione, della quale sono essenziali, e perciò richieste per la validità, queste parole:

«effondi ora sopra questo Eletto la potenza che viene da te, o Padre, il tuo Spirito che regge e guida: tu lo hai dato al tuo diletto Figlio Gesù Cristo ed egli lo ha trasmesso ai santi Apostoli che nelle diverse parti della terra hanno fondato la Chiesa come tuo santuario a gloria e lode perenne del tuo nome»⁶⁹.

Vi possono essere diverse ipotesi di questo comportamento gravemente delittuoso dal punto di vista del soggetto attivo tenendo presente anche il Can. 1010 (Can. 773 CCEO) il quale stabilisce che l'Ordinazione sia celebrata durante la Messa solenne. La prima ipotesi si riferisce ad un tale comportamento compiuto da parte di un fedele laico sia uomo che donna; cioè, attenta di ordinare una donna sia al Diaconato che al Presbiterato che all'Episcopato. In questa ipotesi, il soggetto sarebbe colpevole di due *Delicta graviora*: il primo è quello di attentata azione liturgica del Sacrificio eucaristico di cui all'Art. 3, 2° delle *Nuove norme 2010 (SST, Art. 2, 2°)*, qualora l'azione delittuosa di Ordinazione di una donna venga svolta in un contesto dell'azione liturgica del Sacrificio eucaristico, sia che si tratti di tutta la Celebrazione della Messa sia che si tratti della sola parte essenziale della Messa. Il secondo Delitto è quello della nostra indagine. In questa ipotesi l'autore del Delitto è un Diacono, che sarebbe colpevole di tutti i due *Delicta graviora* come l'autore laico, se tentasse di ordinare una donna in un contesto di Celebrazione eucaristica. Nelle ipotesi suddette, tutti i due Sacramenti attentati saranno considerati illeciti e invalidi. Nella terza ipotesi, l'autore del Delitto è un Presbitero. A differenza delle prime due ipotesi, in questa, il Sacramento dell'Eucaristia sarà valido, ma la celebrazione dell'Ordinazione sarà invalida in quanto è stabilito che solo il Vescovo consacrato è il ministro della sacra Ordinazione (Can. 1012 CIC; Can. 744 CCEO). Nell'ultima ipotesi l'autore del Delitto è un Vescovo, il

68 *Ivi*, 373.

69 *Ibidem*.

quale celebrerà il Sacramento dell’Eucaristia validamente, ma il conferimento dell’Ordinazione sarà invalido, in quanto il soggetto che riceve l’Ordinazione è ritenuto incapace come è stabilito dai Codici: «riceve validamente la sacra Ordinazione esclusivamente il battezzato di sesso maschile» (Can. 1024 CIC; Can. 754 CCEO).

L’elemento oggettivo del Delitto di Ordinazione di una donna richiede che l’autore del Delitto –di solito vestito con i paramenti liturgici prescritti per la cerimonia– metta in atto un’azione che sembri la celebrazione dell’Ordinazione. Per il compimento del Delitto non è necessario celebrare tutto il rito dell’Ordinazione; basta anche il rito essenziale dell’Ordinazione: l’imposizione delle mani e la preghiera di Ordinazione o consacrazione. Il rito dell’Ordinazione sia quello diaconale che presbiterale che episcopale si divide in tre fasi: fase introduttiva, fase vera e propria e fase esplicativa. Le componenti della fase introduttiva nell’Ordinazione diaconale sono la presentazione e l’elezione, l’omelia, gli impegni dell’eletto e le litanie dei santi; le componenti della fase vera e propria sono l’imposizione delle mani e la preghiera di Ordinazione; e le componenti della fase esplicativa sono la vestizione degli abiti diaconali, la consegna del libro dei Vangeli e l’abbraccio di pace⁷⁰. Nell’Ordinazione presbiterale la fase introduttiva comprende la presentazione e l’elezione, l’omelia, l’interrogazione e la promessa di obbedienza, le litanie dei santi; la fase vera e propria comprende l’imposizione delle mani e la preghiera consacratrice; la fase esplicativa comprende la vestizione sacerdotale, l’unzione crismale, la consegna del pane e del vino e l’abbraccio di pace⁷¹. Nell’Ordinazione episcopale la prima fase comprende la presentazione dell’eletto, l’omelia, l’impegno dell’eletto, le litanie dei santi; la seconda fase comprende l’imposizione della mani e la preghiera di Ordinazione; l’ultima fase comprende l’unzione crismale, la consegna del libro dei Vangeli, la consegna dell’anello, la consegna della mitra, la consegna del pastorale, l’insediamento e l’abbraccio di pace⁷².

Il soggetto passivo del Delitto è sempre una donna cattolica che può essere sia sposata che non sposata o anche membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica. In ogni ipotesi sia dal punto di vista del soggetto attivo che passivo, l’azione delittuosa può coinvolgere anche i Delitti contro la fede come Eresia in quanto essa è un dissenso alla dottrina

70 Cfr. SACRA CONGREGATIO RITUUM, *Pontificale Romanum: De ordinatione Diaconi, Presbyteri et Episcopi*, Città del Vaticano, 1968, 13-30.

71 Cfr. *ivi*, 31-49.

72 Cfr. *ivi*, 62-79.

di fede della Chiesa che solo un battezzato di sesso maschile possa ricevere l'Ordine sacro e Scisma in quanto essa è un rifiuto di sottoporsi all'Autorità della Chiesa.

La Censura assume due distinte qualificazioni in rapporto alla condizione del fedele. Rispetto ai delinquenti attivi della Chiesa latina, la sanzione penale prescritta è obbligatoria e consiste nella Pena medicinale della Scomunica. Questo tipo di punizione è particolarmente adeguato, in quanto mira soprattutto al ravvedimento del reo. Il Legislatore ha previsto l'applicazione della Pena in modo *latae sententiae*, al fine di arginare tempestivamente il comportamento delittuoso ed il conseguente gravissimo scandalo pubblico, mentre i delinquenti delle Chiese orientali sono puniti con la Scomunica maggiore in modo *ferendae sententiae*. Se il reo è un chierico, cioè Diacono, Presbitero o Vescovo, la Pena prevista è facoltativa (*puniri poterit*) il che non esclude la Pena estrema di Dimissione dallo stato clericale (la Deposizione). Il soggetto passivo del Delitto incorre nella Pena di Scomunica *latae sententiae* come quella del soggetto attivo laico. Tutte le Cause relative a questo Delitto sono riservate alla competenza assoluta della CDF.

1.6. *I* graviora Delicta contra mores

1.6.1. Nuovo soggetto passivo del Delitto dell'abuso sessuale da parte di un chierico (Art. 6 §1, 1°)

Le *Nuove norme 2010* hanno effettuato una modifica notevole nella norma per quanto riguarda il soggetto passivo dei *Delicta contra mores*. Da quanto stabilito dalla nuova normativa, si è equiparata al minore la persona maggiorenne che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione. Questa modifica fa parte dell'Art. 6 §1, 1°⁷³. Prese in considerazione a norma del Can. 99 (Can. 909 §3 CCEO) sono le persone che abitualmente sono del tutto prive di lucidità mentale, afflitte da confusione mentale permanente, ragion per cui vengono sottoposte a tutela. Diverso il caso di quelli che soffrono semplicemente di qualche infermità mentale come nel caso dell'ubriacchezza acuta nella quale la persona perde l'uso di ragione per poche ore (Can. 1324 §1, 2°).

73 *Nuove norme 2010*, Art. 6 §1, 1°: «il Delitto contro il Sesto Comandamento del Decalogo commesso da un chierico con un minore di diciotto anni, in questo numero, viene equiparata al minore la persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione».

1.6.2. Pornografia minorile da parte di un chierico (Art. 6 §1, 2°)

Siamo di fronte ad un Delitto che non ha alcun precedente nella storia della Chiesa: Delitto di pornografia minorile da parte di un chierico. Nella società moderna caratterizzata da uno sfrenato consumismo, la tendenza a mercificare le persone ed usarle, in particolare i più deboli della società –i minori ed addirittura i bambini– come un oggetto di piacere sessuale è sempre crescente. Essa deve essere considerata inaccettabile, contrastata, e la dignità umana deve essere tutelata in tutti i modi. Senza alcun dubbio, è uno sfruttamento di persone deboli ed un Delitto molto grave, se commesso da un chierico. La Chiesa ha giustamente ritenuto di aggiungerlo alla categoria dei *Delicta graviora*; con esso il *Delictum gravius contra mores* che fino ad ora è stato uno solo sale a due.

Visto che è un Delitto nuovo nell’Ordinamento canonico, per coglierne meglio il concetto un suo esame nell’Ordinamento civile sarà senz’altro di aiuto, per quanto la configurazione del Reato si distingue da Stato a Stato (Italia, Germania, Spagna e gli Stati Uniti d’America).

La Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio d’Europa relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile fornisce all’Art. 1 una vera e propria definizione di «pornografia infantile» modificando quella adottata dal Consiglio d’Europa nel 1989 che faceva riferimento genericamente a «qualsiasi materiale audio o visivo che utilizzi bambini in un contesto sessuale». Nell’Art. 1 si legge:

«materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente: I) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l’esibizione lasciva dei genitali o dell’area pubica; o II) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto I); o III) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta»⁷⁴.

Nell’articolazione degli elementi materiali contenuti nell’Art. 6, 2° nelle *Nuove norme 2010*, sono presentate tre fattispecie del Delitto di pornografia minorile da parte di un chierico: «l’acquisizione», «la detenzione» e «la divulgazione» di immagini pornografiche di minori, mentre le altre fattispecie

74 CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, 22 dicembre 2003, in *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea*, n. L 013 del 20/01/2004, 44-48 (URL: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:IT:HTML> > al 2 agosto 2010).

previste nella disciplina civile come «la produzione», «il finanziamento» ecc., di tale materiale non sono previste nella Legislazione canonica.

In quanto la Legge canonica non fa alcuna specificazione di immagine pornografica tranne quella dell'età di minore (quattordici anni), tutti gli elementi previsti nella definizione civile possono rientrare nella Legislazione ecclesiastica. Si può stabilire, dunque, che per “pornografia minorile” si debba intendere ogni rappresentazione visiva, compresa la fotografia, il film, il video, l'immagine, o ogni immagine o ritratto computerizzato o generato dal computer, o realizzato o prodotto da apparecchi elettronici, meccanici o con ogni altro mezzo, di una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica, coinvolta o implicata; sia un'immagine di un minore reale che inesistente che indistinguibile da essa; sia un'immagine di un minore identificabile che inidentificabile. In quanto sono immagini pornografiche, nella configurabilità del Delitto sono incluse tutte le tipologie di pornografia minorile: pornografia reale, pornografia virtuale, pornografia parzialmente virtuale, pornografia totalmente virtuale, pornografia ‘semplice’ e pornografia ‘dura’, ma sono esclusi i libri pornografici e altra letteratura pornografica che non contengano alcuna immagine di tal genere.

Il Delitto si configura in tre diverse fattispecie. La prima fattispecie è «l'acquisizione» del materiale pornografico. Nella disciplina civile il verbo preferito è “procurare”. Si compie la prima azione delittuosa acquistando a sé (procurarsi) o acquistando ad altri (procurare) tali immagine. L'acquisizione può avvenire a qualsiasi titolo: 1) per l'acquisto in cui si diventa il proprietario o il titolare sia con lo scambio di denaro che di un corrispettivo; 2) per il regalo in cui si diventa il proprietario o il titolare senza alcuno scambio di denaro o di corrispettivo; 3) per lo scaricamento dall'internet in cui si accede ad un sito internet e si scarica sul proprio computer (o sul computer di un altro) materiale pedo-pornografico, o mediante un qualsiasi sistema informatico⁷⁵. È chiaro che dalla punibilità viene esclusa la mera “consultazione” del materiale pornografico minorile, rendendo così certamente necessario uno scaricamento del file sul disco fisso o su altro supporto informatico⁷⁶.

75 Cfr. M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: Alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in M. BIANCHI - S. DELSIGNORE (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 116, nota 4.

76 Cfr. S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei*

La seconda fattispecie è «la detenzione» di immagini pornografiche di minori. Nella Legislazione civile si usava il termine “disporre”, che è ora sostituito da quello di “detenere”. Anche il Legislatore canonico ha scelto di usare lo stesso termine “detenere”. L’acquisizione e la detenzione del materiale pornografico rappresentano comportamenti successivi. Alcuni autori del Diritto penale civile ritengono la detenzione di materiale pedopornografico come ‘Reato di pericolo indiretto’, il cui scopo è quello di colpire quei comportamenti che rappresentano l’esito finale dell’attività di produzione di materiale pornografico attraverso l’utilizzo dei minori di anni 18⁷⁷.

L’azione delittuosa di «detenere» il materiale pornografico di minori può avvenire in diverse forme compresi i supporti di stampa (foto, fotocopia ecc.), computer, videocassette, filmati, CD-ROM o DVD, dipinti, ritratti, disegni, sculture e qualsiasi altro sistema tecnico o informatico. Si può detenere tale materiale a diversi titoli come proprietario, custode, venditore, ecc.

È legittimo ipotizzare che il Legislatore oltre l’obiettivo esplicitato miri a tutelare il bene di tante altre persone. In realtà è assai difficile riconoscere un pericolo per la libera formazione della personalità dei minori provocato dalla mera acquisizione e detenzione del materiale pornografico di minori, però è chiaro che la detenzione e la visione di immagini a contenuto pedopornografico possa conseguire un turbamento per il pudore sessuale dell’osservatore e suscitare in lui sensazioni di disgusto oppure desideri erotici perversi. La Legge mira anche a salvaguardare lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale di specifici minori in carne ed ossa ed a proteggere la formazione dell’intera loro personalità da gravi fatti di sfruttamento sessuale, equiparabili alla riduzione in schiavitù⁷⁸.

Nella Legislazione canonica la *ratio* incriminatrice è quella di consentire principalmente ed esplicitamente la punizione di chi, pur essendo vincolato dalla promessa o dal voto pubblico della castità, detiene il materiale in questione e viola gravemente detta promessa o il voto e delinque contro il sesto precetto del Decalogo. È legittimo ipotizzare che la Legge consente indirettamente la punizione 1) di colui che, detenendo il materiale, desta il sospetto

minori?, in M. BIANCHI - S. DELSIGNORE (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 100.

77 Cfr. O. DI GIOVINE, *Sub Art. 600-quater, I c.p.*, in T. PADOVANI (cur.), *Codice penale*, Milano, 2007, 3633; A. CADOPPI, *Commento Art. 600-ter, I e II comma c.p.*, in A. CADOPPI (cur.), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della Legge contro la pedofilia*, Padova, 2006, 229.

78 Cfr. S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e Delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore*, in M. BIANCHI - S. DELSIGNORE (cur.), *I Delitti*, 55.

di essersi reso responsabile del Delitto d'abuso su minori; e 2) di colui che, detenendo tale materiale, accresce almeno in una certa misura il rischio di una lesione alla dimensione esteriore, sociale ed ecclesiale.

Qualora un soggetto sia imputato del reato di detenzione di immagini pornografiche previsto dalle *Nuove norme 2010*, può addurre a propria scusa, purché ne fornisca la Prova che aveva un motivo legittimo per avere le immagini in suo possesso; o che non sapeva, né aveva alcun motivo di sospettare che fossero indecenti; o che le immagini gli erano state inviate senza che lui stesso o qualcuno per suo conto ne avesse fatto richiesta e che non le aveva tenute in suo possesso per un periodo di tempo irragionevole⁷⁹.

La terza fattispecie è «la divulgazione» di immagini pornografiche di minori. La condotta delittuosa consiste nel mettere a disposizione di un numero indeterminato o comunque rilevante, anche se determinato, di persone il materiale pornografico di minori. La divulgazione richiede che il materiale sia uscito dalla sfera di disponibilità del reo e sia accessibile ad un numero indeterminato di persone⁸⁰.

La divulgazione di tale materiale può avvenire in diversi modi: il trasporto, la spedizione per posta, la vendita, la trasmissione a qualsiasi titolo, la TV ed all'interno di internet tra cui *Newsgroup*, *Internet relay chat*, *Instant message*, *File transfer protocol* (FTP), Posta elettronica, Siti WEB e la tecnologia *peer-to-peer group*.

La divulgazione di pedopornografia *on-line* si caratterizza come un fenomeno vasto e preoccupante. Con essa si forma una registrazione perenne dell'abuso sessuale su minori. Tale pedopornografia è caratterizzata dalla sua irricuperabilità, pertanto è un'immagine perenne ed il minore-protagonista dell'immagine viene ripetutamente vittimizzato ogni volta che essa venga "consultata", "navigata" o "scaricata". La diffusione e divulgazione avviene in alvei e dimensioni "pseudo pubbliche" della Rete nelle quali la relazione pedo-pornografica tra autore e vittima viene introdotta da una lunga serie di passaggi e rimescolamenti di materiali di portata tale da non rendere possibile una serie di indagini sulle dinamiche associative di produttori di pedopornografia.

79 Cfr. M. PARMIGIANI, *La disciplina normativa in tema di pedopornografia in Inghilterra*, in M. BIANCHI - S. DELSIGNORE (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 171.

80 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale. I Delitti contro la persona*, II, tomo primo, Bologna, 2007, 152.

Perché vi sia divulgazione o distribuzione ai fini della configurabilità del reato occorre che l’agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo “privilegiato”, o le invii ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque le possa scaricare, o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando cioè una serie di conversazioni private, e quindi di cessioni con diverse persone. Di conseguenza, quando la cessione avvenga attraverso un canale di discussione (cosiddetta *chat line*) è necessario verificare, al fine dell’ipotesi del reato, se il programma consenta a chiunque si colleghi la condivisione di cartelle, archivi e documenti contenenti le foto pornografiche minorili, in modo che chiunque possa accedervi e, senza formalità rivelatrici di una sua volontà specifica e positiva, prelevare direttamente le foto⁸¹.

Nella fattispecie prevista dall’Art. 6 §1, 2° delle *Nuove norme 2010*, il soggetto attivo è un chierico che significa i Diaconi e i sacerdoti. A differenza della Legge statale in cui i soggetti passivi sono i minori sotto i diciotto anni, nell’Ordinamento canonico essi sono i minori sotto i quattordici anni.

Ai fini della configurabilità del Delitto, è necessario che ogni fattispecie del Delitto: l’acquisizione, la detenzione e la divulgazione, sia compiuta «a fine di libidine»⁸². Pertanto, l’elemento oggettivo della tutela della norma è principalmente quello della violazione del sesto precetto del Decalogo da parte di un chierico per l’uso di immagini pornografiche minorili, sebbene la Legge statale in diversi Paesi preveda invece diversi altri oggetti come quello della prevenzione della mercificazione dei minori e la tutela dell’intangibilità sessuale dei minori, della libertà sessuale dei minori, della personalità individuale, e della dignità umana.

La sanzione penale prevista è obbligatoria e va inflitta in forma *ferendae sententiae*. Tuttavia è semideterminata in quanto l’Ordinario o il Gerarca o il Giudice ha la facoltà di punire il Delitto secondo la gravità e in gravissima Causa è prevista l’estrema Pena della Dimissione dallo stato clericale per i chierici della Chiesa latina o la Deposizione per i chierici delle Chiese orientali. Il Delitto in esame si configura uno dei *Delicta graviora* e pertanto la causa è esclusivamente riservata alla competenza della CDF.

81 Cfr. REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE QUINTA PENALE, *Sentenza 03 febbraio 2003, n. 4900: Pornografia minorile. Sulla diffusione di immagini mediante chat line.*

82 *Nuove norme 2010*, Art. 6, 2°.

1.7. Prescrizione (Art. 7)

A distanza di ventisette anni dalla promulgazione del CIC, le norme relative alla Prescrizione dell’Azione criminale, che sono state sottoposte a modifiche diverse volte, vengono modificate ancora una volta con la pubblicazione delle *Nuove norme 2010* all’Art. 7⁸³. A norma del CIC e del CCEO, tutti i Delitti classificati come *graviora Delicta*, tranne il Delitto di abuso sessuale su minorenne da parte di un chierico si prescrivevano in tre anni in virtù del Can. 1362 §1 (Can. 1152 §2 CCEO) e quest’ultimo si prescriveva in cinque anni in virtù del Can. 1362 §1, 2°. Dopo la promulgazione della *SST*, tutti i Delitti classificati come *graviora Delicta* si prescrivono in dieci anni; ora con la pubblicazione delle *Nuove norme 2010* (Art. 7 §1), l’Azione criminale di tutti i *graviora Delicta* si prescriverà in vent’anni.

All’Art. 7 §2, si stabilisce la norma specifica che la Prescrizione per quanto riguarda il Delitto di abuso sessuale, decorre dal giorno in cui si compiono diciotto anni d’età. Negli Stati Uniti d’America l’Azione criminale di abuso sessuale commesso a partire dal 25 aprile 1994 fino al 20 maggio 2010 si prescrive nel giorno in cui la vittima festeggia il suo ventottesimo compleanno mentre per la Chiesa universale nel caso dello stesso Delitto commesso prima del 30 aprile 2001 essa si prescrive nel giorno in cui la vittima festeggia il suo venticinquesimo compleanno e nel caso del Delitto commesso a partire dal 30 aprile 2001 fino al 20 maggio 2010, nel giorno in cui la vittima festeggia il suo ventottesimo compleanno. Ora per il Delitto commesso a partire dal 21 maggio 2010, l’Azione criminale si prescriverà nel giorno in cui la vittima festeggia il suo trentottesimo compleanno, una norma che vale per tutta la Chiesa cattolica. In altre parole, raddoppiano a venti anni i tempi di Prescrizione riguardanti i *graviora Delicta* a partire dal raggiungimento della maggiore età della vittima. In certi casi, come è già nella prassi, non vi sarà alcuna moratoria o scadenza dei termini⁸⁴. Qualora la vittima di abuso sessuale sia una persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione, non si applica la norma della Prescrizione, in quanto tale vittima sarà ritenuta minore per sempre⁸⁵.

83 *Nuove norme 2010*, Art. 7 §1: «Fatto salvo il diritto della Congregazione per la Dottrina della Fede di derogare alla Prescrizione per i singoli casi, l’azione criminale relativa ai Delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede si estingue per Prescrizione in vent’anni.

§ 2. La Prescrizione decorre a norma del Can. 1362 § 2 del Codice di Diritto canonico e del Can. 1152 § 3 del Codice dei Canonici delle Chiese Orientali. Ma nel Delitto di cui all’Art. 6 § 1 n. 1, la Prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il minore ha compiuto diciotto anni».

84 Cfr. *Nuove norme 2010*, Art. 7 §1.

85 Cfr. *Nuove norme 2010*, Art. 6 §1, 2°.

2. MODIFICHE ALLE NORME PROCEDURALI

2.1. *Dispensa dal requisito del sacerdozio e da quello del Dottorato in Diritto canonico del personale del Tribunale e degli Avvocati e Procuratori (Art. 15)*

Si tratta di due Dispense per quanto riguarda il personale del Tribunale e gli Avvocati e Procuratori: una dal requisito del sacerdozio e l'altra da quello del Dottorato in Diritto canonico. Rispetto alla prima, anzitutto, va ricordato che nelle norme sui *gravioira Delicta* si tratta solo del Tribunale collegiale e per la comprensione della Dispensa in esame, si deve ricorrere alla norma del Can. 1421 §2 (Can. 1087 §2 CCEO), la quale stabilisce che, a condizione che la Conferenza episcopale lo permetta, un Giudice laico può essere assunto a formare un Collegio. Dunque, è chiaro che la Dispensa dal requisito del sacerdozio del Giudice vale solo per un Giudice del Collegio. Per quanto riguarda il requisito del Dottorato in Diritto canonico, si tenga presente che nella “*Breve relazione circa le modifiche introdotte nelle norme de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*” (A, 3)⁸⁶, firmata dal Cardinal Levada, Prefetto della CDF, si legge «da quello della Laurea in Diritto canonico» e nelle *Nuove norme 2010*, si legge «nonché del Dottorato in Diritto canonico»⁸⁷. Si deve intendere la Dispensa dalla «Laurea» come la Dispensa dal Dottorato in Diritto canonico, perché a norma della Legge universale sia i Giudici (Can. 1421 §3 CIC, Can. 1087 §3 CCEO) che il Pubblico Ministero (Can. 1435 CIC, Can. 1099 §2 CCEO) che il Patrono pubblico⁸⁸ (Can. 1490 CIC, Can. 1148 CCEO) devono essere addottorati o almeno licenziati in Diritto canonico. Pertanto, la CDF concederà la Dispensa dal requisito del Dottorato se si tratta di un caso in cui si ha almeno la Licenza in Diritto canonico.

La facoltà concessa alla CDF dunque va senz'altro a vantaggio, in particolare, di quella parte della Chiesa dove c'è carenza di sacerdoti. Nonostante la facoltà concessa alla CDF di dispensare dai requisiti in esame, le norme di sé suscitano alcune questioni pratiche e canoniche. La questione pratica si

86 Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Breve relazione circa le modifiche introdotte nelle Normae de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in AAS, CII (2010), 432-434.

87 Cfr. *Nuove norme 2010*, Art. 15.

88 È opportuno precisare che a mente di tutti i due Codici, sebbene il requisito di Dottorato o Licenza in Diritto canonico non sia esplicito, per compiere l'ufficio di Procuratore ed Avvocato l'eccellenza nella dottrina giuridica attestata da questo titolo ed una appropriata esperienza professionale è indispensabile come stabilito all'Art. 184 della *Pastor Bonus* (IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio apostolica de romana Curia: *Pastor Bonus*, in AAS, LXXX [1988], 841-934).

fonda sulla non realizzabilità di avere sempre i sacerdoti, nonché laici, formati neanche nelle Diocesi dove le Istituzioni canoniche sono autosufficienti, nonché nelle Diocesi di missione che non hanno sacerdoti sufficienti per svolgere la pastorale quotidiana. La perplessità suscitata dal requisito del sacerdozio si basa su due questioni: 1) quali sono i fondamenti teologici per tale requisito a svolgere i ruoli diversi da quello di Giudice? 2) vi sono forse alcuni motivi, ad eccezione di quello della mancanza di personale con i requisiti previsti dalla CDF, per cui la CDF dovrà rifiutare la Dispensa? Il requisito del sacerdozio nel personale del Tribunale, in confronto a quegli Assessori nel Processo penale amministrativo, dà l'impressione di aver adottato un doppio criterio, in quanto essi possono essere in quest'ultimo anche persone senza dignità sacerdotale e di qualsiasi sesso. L'unico requisito richiesto è quello di avere una certa esperienza nel campo del Diritto (Can. 1720, 2°)⁸⁹.

2.2. *La competenza della CDF di adempiere i preliminari del Processo (Art. 17)*

Nell'Art. 17 delle *Nuove norme 2010* non si tratta di nessuna modifica, ma solo di un chiarimento sulla competenza della CDF di condurre i preliminari del Processo. Essi sono un compito affidato all'Ordinario o Gerarca in virtù della Legge universale (Can. 1717-1718 CIC; Cann. 1468-1469 CCEO), però nei casi dei *graviora Delicta*, questo potere dell'Autorità è limitato a solo ciò che è stabilito dal Can. 1717 (Can. 1468 CCEO). Il testo originario delle norme della *SST*, all'Art. 14 aveva infatti riconosciuto la facoltà della CDF di condurre i preliminari del Processo nei casi deferiti direttamente ad essa senza averli già compiuti e nei casi avvocati a sé prima che essi siano compiuti.

2.3. *La facoltà di sanare gli Atti in caso di violazione delle Leggi meramente processuali (Art. 18)*

La formalità seguita nel Processo canonico ha per finalità quella di assicurare che l'accertamento dei fatti sia legittimo e così arrivare ad una soluzione dei conflitti secondo la verità, ma in uguaglianza di posizione fra le parti, senza ledere il diritto alla difesa che comporterebbe la nullità insanabile della

89 Cfr. V. DE PAOLIS, *Il Processo penale amministrativo*, in Z. SUCHECKI, *Il Processo penale canonico*, Roma, 2003, 221.

Sentenza (Can. 1620, 7° CIC; Can. 1303, 7° CCEO)⁹⁰. Una volta avviato il Processo come via di soluzione, è obbligatorio osservare fedelmente le norme, in quanto lo chiede il principio dell’uniformità della Legge processuale. In base a questo principio, il Vescovo diocesano che ha, a norma del Can. 87 §1, il potere di dispensare i suoi soggetti dalle Leggi disciplinari sia universali che particolari, non può dispensare dalle Leggi processuali.

Quest’obbligo è di maggior rilevanza ancora per giungere ad una soluzione che gode di valore pubblico, ad esempio, nullità della sacra Ordinazione e nullità del Matrimonio (Cann. 1431-1432). Nelle Cause dei *gravioira Delicta*, si può dire che si tratta sempre del bene comune della Chiesa, in quanto i Delitti sono commessi contro la fede o i Sacramenti; e anche nel Delitto dell’abuso sessuale da parte dei chierici, la Chiesa è vittima anche se in maniera indiretta.

Questa Dispensa dunque costituisce una deroga dalla norma universale stabilita nel Can. 87 §1; tale Dispensa è un’indicazione che lo spirito della Legge, non la sua lettera (formalismo), debba essere il principio di guida nell’applicazione delle Leggi; nel frattempo, però, essa sembra una soluzione anticipata per l’inadeguatezza dei Tribunali diocesani o locali, nel perseguire le Cause dei *gravioira Delicta*.

2.4. La possibilità di adottare le misure cautelari durante la fase dell’Indagine previa (Art. 19)

La disposizione dell’Art. 19 è stato oggetto di discussione fra gli studiosi a partire dalla promulgazione delle norme della SST. L’Ordinario o il Gerarca, se lo ritiene opportuno, può dare spazio a tali Provvedimenti a norma del Can. 1722 (Can. 1473 CCEO) e anche le norme essenziali per gli Stati Uniti promulgate il 5 maggio 2006 (*Essential norms for diocesan/eparchial policies with allegations of sexual abuse of minors by Priests or Deacons*⁹¹) affidano all’Ordinario o al Gerarca la facoltà di adottare Provvedimenti cautelari urgenti. Se si tengono presenti le disposizioni di Legge universale secondo i suddetti Canonici e quelle delle *Norme USA 2006*, viene da chiedere quale sia la fase in cui possono essere applicati tali Provvedimenti: prima del deferimento

90 Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 41.

91 Cfr. UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential norms for diocesan/eparchial policies with allegations of sexual abuse of minors by Priests or Deacons*, s.l. 2006; d’ora in poi: “Norme USA 2006” (URL: < http://home.catholicweb.com/DOSP_SE/files/2005_EssentialNorms.pdf > al 29 aprile 2010).

alla CDF, dopo di esso o durante il Processo penale⁹². Secondo i nn. 6 e 8a, delle *Norme USA 2006*, il Vescovo diocesano o Gerarca può applicare i Provvedimenti dopo il deferimento alla CDF o durante il periodo dell'attesa della risposta della medesima Congregazione e secondo il n. 9 il Vescovo diocesano o il Gerarca ha lo stesso potere in ogni stadio del Processo.

Dal punto di vista dello stadio in cui vengono applicati i Provvedimenti, tale disposizione delle *Norme USA 2006* è una deroga al Diritto universale stabilito al Can. 1722 e al Can. 1473 del CCEO. A norma di questi Canonici l'Ordinario o il Gerarca può intervenire in ogni stadio del Processo penale e solo nell'ambito di un Processo penale incominciato. A questo riguardo in altre Cause penali si pongono alcune condizioni⁹³: 1) l'Ordinario o il Gerarca abbia svolto personalmente o tramite una persona idonea l'Indagine previa; 2) l'Ordinario o Gerarca ritenendo opportuno il Processo penale, trasmetta

92 L'espressione di Mullaney «*while the Ordinary is awaiting a response from the CDF*» (M. MUL-LANEY, "Graviora Delicta": the duty to report clerical sexual abuse to the Congregation for the Doctrine of Faith, in *Irish Theological Quarterly*, LXVIII [2003], 294), lascia l'impressione che l'Ordinario o il Gerarca possa adottare tale provvedimento dopo che gli Atti della Causa vengano deferiti alla CDF, mentre Oliver dà l'impressione che tali misure debbano essere adottate prima del deferimento alla CDF. Oliver afferma: «*This documentation should include the Decrees initiating a prior Investigation, concluding the Investigation, restricting the ministry, etc. Indications should also be given concerning the current status of the accused cleric, especially whether he is continuing in ministry, whether the restrictions of canon 1722 have been applied*» (R.W. OLIVER, "Sacramentorum sanctitatis tutela": Overview and implementation of the norms concerning the more grave Delicts reserved to the Congregation for Doctrine of Faith, in *Proceedings of the sixty-fifth annual convention*, Portland, 2003, 165).

Norme USA 2006, n. 6: «*When there is sufficient evidence that sexual abuse of a minor has occurred, the Congregation of the Doctrine of the Faith shall be notified. The Bishop/Eparch shall then apply the precautionary measures mentioned in CIC, Canon 1722, or CCEO, Canon 1473 - i.e., withdraw the accused from exercising the sacred ministry or any ecclesiastical office or function, impose or prohibit residence in a given place or territory, and prohibit public participation in the Most Holy Eucharist pending the outcome of the process*».

Norme USA 2006, n. 8 a: «*The provisions of CIC, Canon 1722, or CCEO, Canon 1473, shall be implemented during the pendency of the penal Process*»; cfr. P. LAGGES, *The penal Process: The preliminary investigation in the light of the "Essential norms" of the United States*, in *Studia canonica*, XXXVIII (2004), 408.

Norme USA 2006, n. 9: «*At all times, the diocesan Bishop/Eparch has the executive power of governance, within the parameters of the universal Law of the Church, through and administrative act, to remove the offending cleric from office, to remove or restrict his faculties, and to limit his exercise of priestly ministry*».

E.F. GRIFFIN, *The reassignment of a cleric who has been professionally evaluated and treated for sexual misconduct with minors: Canonical considerations*, in *The Jurist*, LI (1991), 337: «*Administrative leave is usual in many professions during internal Investigations of alleged offenses [...]. The Canons on administrative Decrees and recourse are applied here as well*»,

93 Cfr. G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti di ministri sacri: Nota sui Canonici 1044 e 1722*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 12 (1999), 200-201; J.P. BEAL, *Administrative leave: Canon 1722 revisited*, in *Studia canonica*, XXVII (1993), 293-320.

gli Atti dell’Indagine al Promotore di giustizia; 3) l’imputato deve essere stato citato (è con la citazione infatti che la Lite ha inizio); 4) il Promotore di giustizia dovrà essere stato ascoltato. Pertanto è chiaro secondo i Canoni in questione che tali Provvedimenti vengono applicati durante il Processo penale, ma il deferimento della Causa alla CDF non segnala ancora l’inizio del Processo. Mons. Scicluna chiarisce che, strettamente parlando, l’applicazione dei Provvedimenti prima dell’inizio del Processo non sarà giusta. L’Ordinario può applicarli anche prima dell’inizio del Processo se lo ritiene opportuno, ma deve confermarli dopo l’autorizzazione del Processo da parte della CDF⁹⁴.

Secondo alcuni autori i Provvedimenti cautelari del Can. 1722 (Can. 1473 CCEO) potrebbero essere applicati anche nel caso di Processo penale amministrativo⁹⁵. Altri autori vorrebbero addirittura estendere l’applicazione del prescritto di questi Canoni ad ogni caso di semplice accusa rivolta verso un chierico, quasi un armamentario a disposizione del Vescovo ogni volta che lo ritenga opportuno, dopo aver avviato un’Indagine previa⁹⁶.

La spiegazione della Santa Sede a tale proposito elimina tutti i dubbi. Secondo tale spiegazione, il Vescovo può imporre i Provvedimenti cautelari in qualsiasi fase della Causa, compresa la fase preliminare a scopo di tutelare il bene della comunità e le vittime dell’abuso sessuale. Infatti il Vescovo ha il potere –che fa parte della sua potestà ordinaria– di proteggere i bambini, limitando le attività di qualunque prete nella sua Diocesi. Il Vescovo è incoraggiato ad esercitare questo potere nella misura che ritiene necessaria affinché non siano provocati danni ai bambini. Il Vescovo fa uso di questo potere a sua discrezione prima, durante e dopo qualsiasi Processo canonico⁹⁷.

94 Cfr. C.J. SCICLUNA, *Clerical rights and duties in the Jurisprudence and praxis of the Congregation for the Doctrine of Faith on graviora Delicta*, in *Folia canonica*, X (2007), 276-277.

95 Cfr. NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Canonical Delicts involving sexual misconduct and Dismissal from the clerical state*, s.l., 1995, 29; J.P. BEAL, *Administrative leave*, 311, nota 50; J.E. PAULSON, *The clinical and canonical considerations in cases of pedophilia: The bishop’s role*, in *Studia canonica*, XXII (1988), 106.

96 Cfr. B.F. GRIFFIN, *Canon 1722: Imposition of administrative leave against an accused*, in W.A. SCHUMACHER - J.J. CUNEO (eds.), *Roman replies and CLSA Advisory opinions 1988*, Washington (DC), 1988, 103-108. Alcune Diocesi (Chicago, Sioux City) degli Stati Uniti avevano emanato disposizioni generali in tal senso e ora le *Norme USA 2006* hanno incorporato tale parere degli autori.

97 «Nella fase preliminare e fino a quando il caso sia concluso, il Vescovo può imporre misure precauzionali per la salvaguardia della comunità, comprese le vittime. In realtà, al Vescovo locale è sempre conferito il potere di tutelare i bambini limitando le attività di qualsiasi sacerdote nella sua Diocesi. Questo rientra nella sua autorità ordinaria, che egli è sollecitato a esercitare in qualsiasi misura necessaria per garantire che i bambini non ricevano danno, e questo potere può essere esercitato a discrezione del Vescovo prima, durante e dopo qualsiasi Procedimento canonico». CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Guida alla comprensione delle Procedure di base della Congregazione per la*

I Provvedimenti di questo genere, chiamati anche Sanzioni disciplinari, non devono essere interpretati come Pene né possono sostituire i Processi previsti per infliggere la Pena⁹⁸. Essi non sono penali, ma misure cautelari anche se non prive di conseguenze afflittive. Le stesse disposizioni sono giustificate anche se mirate soltanto alla tutela del bene pubblico, che l'Ordinario o il Gerarca deve salvaguardare contro il pericolo dell'esplosione di scandali. Questi Provvedimenti sono ancora più opportuni se l'indiziato è un chierico, perché si richiede che egli debba risultare utile per il ministero della Chiesa, per il bene della Chiesa e non per il bene proprio⁹⁹. L'Ordinario o il Gerarca che ha l'autorità di regolare l'esercizio dei diritti propri dei fedeli, in vista del bene comune (Can. 223 §2 CIC; Can. 26 CCEO), deve prendere le misure adeguate per limitare l'esercizio dei diritti contro il pericolo di scandali. I Provvedimenti sono il mezzo per applicare Sanzioni disciplinari, diverse da quelle penali a scopo di tutelare il particolare ordine giuridico interno necessario per l'adeguato svolgimento della funzione sociale del chierico¹⁰⁰.

I Codici vigenti contengono un'elencazione di tali Provvedimenti cautelativi che consistono nell'allontanamento dell'accusato dall'esercizio dell'Ordine sacro, ufficio, ministero o di qualsiasi altro incarico, come pure l'imposizione o la proibizione di dimorare in un certo luogo o territorio o di partecipare pubblicamente alla santa Messa e di ricevere la divina Eucaristia. Le *Norme USA 2006* prevedono solo i Provvedimenti nominati nei Codici¹⁰¹. I Provvedimenti sono provvisori in quanto decadono al termine del Processo penale e qualora durante il Processo ne venga meno il motivo. Essi devono essere scritti, motivati e notificati a norma del Diritto.

Il Diritto particolare può prevedere l'Istituto della cosiddetta "Sospensione amministrativa", che non è un termine previsto nel Codice, ma presente ed operante in molti settori della società civile¹⁰². Le principali ragioni addotte

Dottrina della Fede (CDF) riguardo alle accuse di abusi sessuali, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011), 7-8.

98 Cfr. M. MULLANEY, "Graviora Delicta", 295.

99 Cfr. Can. 1025 § 3; CCEO, Can. 758.

100 Cfr. J. CANOSA, *Il Procedimento amministrativo disciplinare previsto in alcuni Regolamenti vigenti nella Curia Romana*, in D. CITO (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005, 435.

101 Cfr. *Norme USA 2006*, n. 6.

102 Mullaney fa notare che in Irlanda non esiste il Diritto particolare a tale scopo, ma la Guida nazionale comunemente conosciuta come "The Green Book" per trattare le Cause d'abuso sessuale dà le indicazioni dell'azione che l'Ordinario deve iniziare quando è soddisfatto della fondatezza del Delitto d'abuso sessuale per l'Indagine previa, cfr. M. MULLANEY, "Graviora Delicta", 295.

A tale proposito, le *Norme USA 2006* stabiliscono: «When an allegation of sexual abuse of a minor by a Priest or Deacon is received, a preliminary Investigation in accordance with canon Law will

attengono ad una interpretazione del Canone che tenga conto del fine della Legge (Can. 17), che lo stesso Canone esprime nel suo *incipit*: «*ad scandala praevenienda ad testium libertatem protegendam et ad iustitiae cursum tutandum*».

Contro tale Decreto, secondo alcuni autori, non c'è possibilità di avanzare Ricorso¹⁰³ perché: 1) non si emette *extra Iudicium*, proprio per garantire e salvaguardare il libero corso della giustizia; 2) perché detto Ricorso paralizzerebbe il Processo; 3) perché al Can. 1958 del CIC 17 si disponeva espressamente che contro tali decreti *non datur Iuris remedium*. Altri autori, invece, ritengono che ci sia possibilità di Ricorso a norma dei Cann. 1732-1739 fino alla Seconda Sezione del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Il Ricorso però non è *in suspensivo*. I ricorsi non sospendono il Processo penale¹⁰⁴. È chiaro che la questione del ricorso alla Segnatura Apostolica non ha alcuno spazio nelle Cause sui *Delicta graviora*. In base a quanto affermato da Scicluna nelle Cause sui *Delicta graviora* contro tali Provvedimenti, l'accusato ha il diritto di Ricorso¹⁰⁵ sempre alla CDF secondo le norme che reggono il Ricorso gerarchico (Cann. 1732-1739 CIC; Cann. 996-1006 CCEO). Infatti, il Ricorso contro i Provvedimenti è un fenomeno comune e in ogni caso coloro che sostengono i diritti dei preti insistono nell'avanzare il Ricorso. Così, sia il decidere che il comunicare tali Provvedimenti è una questione rilevante. Nella maggioranza dei casi di abuso sessuale, i chierici avvertono che essi sono trattati male, perché tali Provvedimenti sono applicati con poco o senza rispetto per la dignità dell'accusato.

be initiated and conducted promptly and objectively (CIC, c. 1717; CCEO, c. 1468). During the Investigation the accused enjoys the presumption of innocence, and all appropriate steps shall be taken to protect his reputation. The accused will be encouraged to retain the assistance of civil and canonical counsel and will be promptly notified of the result of the Investigation. When there is sufficient evidence that sexual abuse of a minor has occurred, the Congregation of the Doctrine of the Faith shall be notified. The Bishop/Eparch shall then apply precautionary measures mentioned in CIC, Canon 1722, or CCEO, Canon 1473 - i.e. withdraw the accused from exercising the sacred ministry or any ecclesiastical office or function, impose or prohibit residence in a given place or territory, and prohibit public participation in the Most Holy Eucharist pending the outcome of the Process» (Norme USA 2006, n. 6).

103 Cfr. AA.VV., *Commento al Can. 1722*, in J.I. ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari, commentato*, Roma, 2004, 1144; V. DE PAOLIS, *Commento al Can. 1473*, in P.V. PINTO (cur.), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001, 1156.

104 Cfr. G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari*, 202.

105 C.J. SCICLUNA, *Clerical rights*, 276: «*The accused cleric has a right to make recourse against these measures. He has a right to receive the decision in writing and this should contain a brief indication of the motives or reasons for the decision*».

2.5. La facoltà di dispensare dalla via processuale giudiziale per procedere per *Decretum extra Iudicium* (Art. 21 §2, 1°)

L'Art. 17 del testo originario della *SST* ammetteva l'irrogazione della Pena per i *Delicta graviora* solo in via giudiziale. L'Art. 21 §2, 1° delle *Nuove norme 2010*, che ammette il Processo penale amministrativo è il risultato di una delle modifiche delle norme approvata da Giovanni Paolo II in data 7 febbraio 2003. Occorre fare un'osservazione sul testo di modifica. Nel testo, si leggeva che nei casi gravi e chiari a giudizio del Congresso particolare della CDF le Cause sui *Delicta graviora* «possono essere trattate con il rito abbreviato di cui al Can. 1720 dall'Ordinario che, nel caso sia del parere di procedere alla Dimissione del reo, dovrà chiedere alla Congregazione per la Dottrina della Fede la comminazione di detta Pena [la Dimissione dallo stato clericale] per Decreto».

A giudizio del Congresso dunque, la CDF può autorizzare l'Ordinario o Gerarca a trattare la Causa in via non-giudiziale o se decide di avocare la Causa a sé, la CDF la tratterà in tale via secondo la norma del Can. 1720 del CIC e dei Cann. 1486-1487 del CCEO. Comunque, è da notare che le norme della *SST*, che fanno sempre riferimento ai Canoni corrispondenti di entrambi i Codici, però, in questa modifica, citavano solo il Canone del CIC e non i Canoni corrispondenti del CCEO, lasciando così spazio a qualche perplessità, ma si poteva ritenere che questo fosse nient'altro che una svista, in quanto la *SST* vale per tutta la Chiesa, sia la latina che le orientali. Facendo riferimento anche al Canone corrispondente del CCEO, le *Nuove norme 2010* disperdono qualsiasi perplessità a questo riguardo.

La denominazione “via amministrativa per l'applicazione della Pena” non è presente nel Codice, che utilizza genericamente l'espressione «procedere con Decreto per via extragiudiziale» (Can. 1720 CIC; Titolo XXVIII, Capitolo II: *Irrogazione delle Pene mediante Decreto extragiudiziale*, CCEO). M. Mosconi commenta che l'espressione “via extragiudiziale” (o termini analoghi come “stragiudiziale”) sottolinea l'aspetto negativo: si tratta di una procedura che deriva da quella giudiziaria; l'espressione “via amministrativa” sottolinea l'aspetto positivo, essendo una Procedura basata sull'Autorità amministrativa¹⁰⁶. La modifica alle norme della *STT* effettuata da Giovanni Paolo II non faceva uso dell'espressione “via extragiudiziale” (stragiudiziale).

106 Cfr. M. MOSCONI, *L'Indagine previa e l'applicazione della Pena in via amministrativa*, in G.I.D.D.C. (cur.), *I Giudizi nella Chiesa: Processi e Procedure speciali*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 7, Milano, 1999, 214.

le), né faceva uso dell’espressione “via amministrativa”, né dell’espressione “Procedimento sommario”, ma faceva uso dell’espressione “rito abbreviato”, segnalando così la canonizzazione di una denominazione prevista dal Codice di Procedura penale italiano “Giudizio abbreviato”, comunemente chiamato “rito abbreviato”¹⁰⁷. L’uso dell’espressione “rito” indebolisce notevolmente l’espressione “Processo” e dà l’impressione che non esista un vero Processo. Le *Nuove norme 2010* hanno correttamente evitato l’espressione «rito abbreviato» ed è ritornato all’espressione dei Codici: «per Decreto extragiudiziale».

Quanto ai criteri per celebrare il Processo penale amministrativo il Codice latino stabilisce le seguenti condizioni¹⁰⁸: 1) l’esistenza di giuste cause (si abbandona l’espressione “gravi” dello schema del 1973¹⁰⁹); 2) il non trattare della questione di infliggere o dichiarare Pene perpetue; 3) il non divieto del Processo amministrativo da parte della Legge o Precetto che costituisce una Pena. Commentando l’espressione “giuste cause” A. Calabrese scrive: «le giuste cause sono da intendersi come cause che si oppongono («*obstent*») alla celebrazione del Processo giudiziale, e non come cause che consigliano la via stragiudiziale»¹¹⁰. Pur non essendo specificate dal Codice, le giuste cause non sono da intendersi come l’urgenza di provvedere a punire il reo, né come la mancanza di personale adatto a condurre un Processo giudiziale, né come i semplici “vantaggi” offerti dalla via amministrativa nei confronti della via giudiziaria, ma la maggior speditezza¹¹¹. Il CCEO, invece, nel Can. 1402 §1 accoglie espressamente e con tono categorico il Procedimento giudiziale. Il

107 Cfr. *Codice di Procedura penale*, artt. 438-443.

108 Cfr. Can. 1342 §§1-2; M. MOSCONI, *L’Indagine previa*, 210; G. DI MATTIA, *La Procedura penale giudiziaria e amministrativa nel CCEO e nel CIC riflessioni comparative*, in *Apollinaris*, LXIX (1996), 107; A. CALABRESE, *La Procedura stragiudiziale penale*, in Z. SUCHECKI (cur.), *I Procedimenti speciali nel Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, 273-274; K. MARTENS, *Protection of rights: Experiences with hierarchical recourse and possibilities for the future*, in *The Jurist*, LXIX (2009), 646-702; K. MARTENS, *The law that never was: The “motu proprio administrativæ potestatis” on administrative procedures (The law that never was)*, in *The Jurist*, LXVIII (2008), 178-222.

109 «Can. 28. §1. *Quoties graves obstent causæ ne iudicialis Processus fiat, et probationes de Delicto evidentes sint neque Actio criminalis sit extincta, Pœna irrogari vel declarari potest per Decretum extra Iudicium; pœnitentiæ autem et remedia pœnalia applicari possunt per Decretum in quolibet casu.*

§2. *Per Decretum neque irrogari neque declarari possunt Pœnæ perpetuæ, neque Pœnæ Lege particulari vel præcepto constitutæ, quas Lex vel præceptum vetet per Decretum applicare.*» PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema documenti quo disciplina Sanctionum seu Pœnarum*, in *Communiquationes*, VIII (1977), 161; cfr. V. DE PAOLIS, *Comentario al Can. 1342*, in Á. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ- OCAÑA, *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, IV/1, Montreal, 2004, 367-370.

110 A. CALABRESE, *La Procedura stragiudiziale penale*, 274.

111 Cfr. A. CALABRESE, *La Procedura stragiudiziale penale*, 274; M. MOSCONI, *L’Indagine previa*, 211.

Can. 1402 §1, infatti, recita: «*Pœna canonica per Iudicium pœnale in Cann. 1468-1482 præscriptum irrogare debet*». In sostanza, per percorrere la via amministrativa, vengono richieste le seguenti condizioni (Can. 1402 §2 CCEO): 1) ci siano gravi cause; 2) le Prove del Delitto siano certe (l'espressione è preferita al termine "evidenti" dello schema del 1973 del Codice latino); 3) non si tratti di infliggere Pene particolarmente gravose (Privazione di ufficio, di titolo, di insegne oppure di Sospensione per oltre un anno, di Riduzione a un grado inferiore, di Deposizione o di Scomunica maggiore).

Si possono individuare alcuni criteri previsti esplicitamente nel testo della modifica effettuata da Giovanni Paolo II per avviare il Processo amministrativo: 1) si tratti di Delitti "gravi" in riferimento all'imputabilità e "chiari" in riferimento alle Prove che sono fuori dubbio; la prima ("gravi") essendo l'espressione del CCEO; 2) l'Autorità che decide l'opportunità del Processo è la CDF, non è l'Ordinario o il Gerarca; 3) il giudizio sulla gravità e chiarezza della Causa spetta alla esclusiva competenza della CDF; 4) l'Autorità competente ad infliggere la Pena gravissima della Dimissione dallo stato clericale è unicamente la CDF e nel caso sia del parere l'Ordinario o Gerarca, egli dovrà chiedere alla CDF detta Pena per Decreto.

Le *Nuove norme 2010*, invece, senza specificare i criteri, stabiliscono che alla CDF è lecito: «nei singoli casi, d'ufficio o su Istanza dell'Ordinario o del Gerarca, decidere di procedere per Decreto extragiudiziale» di cui al Can. 1720 del CIC e al Can. 1486 del CCEO. Dunque, i criteri di procedere per Decreto extragiudiziale sono quelli previsti nei Codici, però spetta alla CDF valutare ogni singola fattispecie e di decidere di volta in volta l'opportunità del Processo. Quanto all'applicazione delle Pene espiatorie perpetue, si nota un cambio di rilevanza. A differenza del testo della modifica di Giovanni Paolo II che stabilì che l'Ordinario o il Gerarca chiedesse alla CDF l'emanazione del Decreto penale, le *Nuove norme 2010* stabiliscono che questi chiedano alla CDF non l'emanazione del Decreto penale, ma il mandato per emanarlo. Quanto allo svolgimento del Processo, vengono seguite le norme previste nella Legge universale.

2.6. *La competenza per la presentazione delle Cause al Sommo Pontefice per la Dimissio ex officio et in pœnam (Art. 21 §2, 2°)*

Si tenga presente anzitutto che questa è una delle modifiche introdotte da Giovanni Paolo II, mediante la quale viene data alla CDF la facoltà di presentare le Cause per la Dimissione dallo stato clericale o la Deposizione, insieme alla Dispensa dagli obblighi che sorgono dalla Legge del celibato. Dunque, si

tratta dei casi più gravi e risulta manifestamente la commissione del Delitto. Dato che si tratta della Dimissione dallo stato clericale o della Deposizione, è una delle diverse soluzioni delle Cause dei *graviora Delicta* in cui il reo è necessariamente un chierico.

È una novità nell’Ordinamento canonico in quanto essa aggiunge un quarto modo di perdita dello stato clericale a quelle tre previste dal Codice nel Can. 290 (Can. 394 CCEO): 1) per Sentenza giudiziaria o Decreto amministrativo con la quale viene dichiarata l’invalidità della sacra Ordinazione (Can. 290, 1°); 2) per irrogazione della Pena della Dimissione dallo stato clericale (Can. 290, 2°); 3) per rescritto della Sede Apostolica¹¹².

La competenza dei Dicasteri romani di presentare le Cause al Sommo Pontefice per la Dispensa dal celibato è una storia che si schiude da alcune “commissioni cardinalizie” che trattavano “*Causae maiores*” prima dell’istituzione della Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti voluta da Pio X nel 1908. A proposito, il documento di rilevanza particolare sulla competenza e sulla normativa di Diritto sostanziale e procedurale è quello redatto nel 1964¹¹³, riveduto nel 1971-1972¹¹⁴ ed aggiornato nel 1980 dalla Congregazione per la Dottrina della Fede¹¹⁵ con l’approvazione di Giovanni Paolo II, ma non recepito nel Codice attuale. Il Codice vigente non ha effettuato alcuna modifica alle norme procedurali del 1980, ma insiste che unicamente il romano Pontefice può concedere la Dispensa dagli oneri del celibato (Can. 291) e nessun’altra Autorità nemmeno in una delle situazioni previste dal Can. 87 §2 (Can. 1538 §2 CCEO) ha tale facoltà. Il Codice non tratta della competenza dei Dicasteri della Curia Romana, pertanto la CDF continuava ad esaminare le domande fatte dai sacerdoti per la Dispensa dagli oneri del celibato, mentre le altre Congregazioni continuavano entro la loro competenza ad esaminare le

112 Il Can. 394, 3° prevede che anche il Patriarca possa concedere questo rescritto a tenore del Can. 397.

113 SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, Litteræ circulares quibus mittuntur Normæ ad Processus de sacerdotibus lapsis apparandos: *Sanctissimus*, in AA.Vv., *Enchiridion vaticanum*, Supplementum 1 (omissa 1962-1987), Bologna, 1990, 16-21.

114 SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Normæ ad apparandas in Curiis diocesanis et religiosis causas reductionis ad statum laicalem cum Dispensatione ab obligationibus cum sacra Ordinatione conexas: *Antequam causam reductionis*, in AAS, LXIII (1971), 303-308; SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Litteræ circulares: *Litteris Encyclicis*, in AAS, LXIII (1971), 309-312; SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Declaratio: *Die VIII Januari 1971*, 26 giugno 1972, in AAS, LXIV (1972), 641-643.

115 SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Litteræ circulares: *De modo procedendi in examine et resolutione petitionum quæ Dispensationem a cælibatu respiciunt*, 14 ottobre 1980, in AAS, LXXII (1980), 1132-1137.

domande fatte dai Diaconi con la Dispensa dagli oneri del celibato e anche le domande dei sacerdoti per la Dispensa dagli obblighi dell'Ordine sacro, però senza la Dispensa dagli oneri del celibato. Con la promulgazione della *Pastor Bonus*, le competenze dei Dicasteri della Curia Romana sono state chiarite, però a prima vista la competenza in questa materia non era ancora chiara. Da un lato, sembrava che tale competenza appartenesse alla Congregazione per il Clero che è competente per quanto riguarda la vita, la disciplina ed i diritti e doveri dei chierici¹¹⁶ e dall'altro, è ben chiarito che la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti è competente ad esaminare le domande di nullità del Sacramento dell'Ordine sacro¹¹⁷.

Dunque, non è stata una sorpresa quando nel 1989, il Santo Padre affidò la questione della Dispensa dagli oneri dell'Ordine sacro a una Commissione presso la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti tramite una lettera del Segretario di Stato¹¹⁸. Nel medesimo documento era stato stabilito che suddetta Commissione costituita dai rappresentanti delle varie Congregazioni avrebbe trattato delle Cause presentate a partire dal 1° marzo 1989 secondo le norme procedurali del 1980. In seguito, la medesima Congregazione ha distribuito le norme per l'Istruzione delle Cause per la Dispensa degli obblighi dell'Ordinazione sacerdotale¹¹⁹.

La Chiesa costretta ad amministrare la giustizia celere di fronte al grave turbamento provocato dallo scandalo dell'abuso sessuale da parte dei chierici, è ricorsa a questa soluzione, assegnando nuovamente alla CDF la competenza a presentare al Santo Padre le Cause per la *Dimissio ex officio et in pœnam*, limitatamente però alle Cause relative ai *Delicta graviora*, in quanto esse toccano la fede e i costumi, mentre negli altri casi la Congregazione per il Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti continua a godere della stessa competenza. Vale la pena di prendere in considerazione la spiegazione di A. Ge-

116 Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Pastor Bonus*, Art. 95 §1.

117 Cfr. *ivi*, Art. 68.

118 Cfr. SEGRETARIO DI STATO, *Lettera del Cardinale Agostino Casaroli Segretario di Stato sulla competenza della Congregazione del Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti nei casi di Dispensa dagli obblighi assunti con la sacra Ordinazione al Diaconato ed al Presbiterato*, in *Notitiæ*, XXV (1989), 485.

119 Per il testo originale inglese delle 'Norme' si veda: K.W. VANN - L. JARREL (eds.), *Roman replies and CLSA advisory opinions 1991*, Washington (DC), 1991, 2-4; più ampiamente: CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Relatio Ecc.mi Secretarii: Relazione circa le Cause di Dispensa dalle obbligazioni annesse alla sacra Ordinazione (23 gennaio)*, in *Notitiæ*, XXVII (1991), 53-57.

raldo in proposito¹²⁰. L’Art. 62 della *Pastor Bonus* contiene anche la clausola: «*salva competentia Congregationis de Doctrina fidei*». Questa postilla riserva alla CDF temi e questioni con implicanze teologico-pastorali riguardanti la fede e i costumi.

Di prassi, la CDF chiede all’Ordinario o al Gerarca di sollecitare la domanda per la Dispensa dagli obblighi derivanti dall’Ordinazione volontariamente da parte del reo stesso. Se rifiuta o non risponde, il caso va avanti per la Dimissione *ex officio*. Qualora il reo chieda volontariamente la Dispensa, l’Atto del romano Pontefice sarà quello di emanare il rescritto di Dispensa a norma del Can. 59 (Can. 1510, §2, 3° CCEO) dagli oneri assunti dall’Ordine sacro e qualora egli rifiuti a chiederla, il romano Pontefice emanerà il Decreto a norma del Can. 48 (Can. 1510 §2, 1° CCEO) che infliggerà la Pena della Dimissione dallo stato clericale. A differenza di altri tre modi di perdere lo stato clericale, questo atto del romano Pontefice comporterà non solo la perdita dello stato clericale, ma anche la Dispensa dall’obbligo del celibato.

2.7. Ricorso gerarchico (Art. 27)

Con l’ammissione della possibilità di risolvere le Cause con Decreto per via stragiudiziale nasce anche la questione del Ricorso gerarchico. Il Regolamento Generale della Curia Romana¹²¹, nell’Art. 136 §1 afferma semplicemente che il Dicastero competente deve esaminare il Ricorso gerarchico «a norma di Diritto», cioè secondo l’insieme delle norme previste ai Cann. 1732-1739 (Cann. 996-1006 CCEO), 50-51 e agli Artt. 134-138 del Regolamento stesso¹²². Pertanto, ci si chiede quale sia il Dicastero competente ad esaminare il Ricorso gerarchico contro il Decreto della Causa dei *graviora Delicta* e quali siano le norme da seguire. Bisogna tenere presente i diversi gradi del Ricorso gerarchico in un caso generico e in un caso di *Delictum gravius*. Nel primo, il Ricorso gerarchico può avere più gradi, quanti sono i Supe-

120 Cfr. A. GERALDO, *Commento alla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, Art. 63*, in P.V. PINTO (cur.), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, Città del Vaticano, 2003, 89.

121 SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex audientia Ss.mi quo Ordinatio generalis Romanæ Curiae foras datur: Regolamento Generale Curia Romana*, in AAS, XCI (1999), 629-699.

122 Cfr. C.J. SCICLUNA, *Recourse against singular or particular administrative Acts of the diocesan Bishop: Request for Revocation or amendment; Hierarchical Recourse to the Holy See; Procedure before the Apostolic Signatura*, in *Forum*, XVI (2005), 102.

riori gerarchici¹²³ e si esaurisce eventualmente con il ricorso alla *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica¹²⁴. Nel secondo però ci sono due ipotesi possibili: nella prima, l'Autore del Decreto contro il quale si fa Ricorso è l'Ordinario o il Gerarca e in tale caso, il Ricorso parte dalla medesima Autorità, passa al Congresso della CDF (*Feria VI*) e si esaurisce eventualmente con il Ricorso alla Congregazione Ordinaria della CDF (*Feria IV*) composta dai membri in senso stretto (Cardinali e Vescovi) del medesimo Dicastero; nella seconda ipotesi l'autore del Decreto è un Organo inferiore della CDF (il Congresso della CDF) e in tale caso, il Ricorso parte dallo stesso Organo inferiore e va a finire subito alla Congregazione Ordinaria della CDF. Contro la Decisione della Congregazione Ordinaria della CDF non è possibile ricorrere al Papa. La *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica non ha alcuna competenza sulle Cause dei *graviora Delicta*. Nella fase del Ricorso, le norme seguite dalla CDF sono nella sua prassi, perché questo Dicastero non ha una *Lex propria* come quella della Segnatura Apostolica.

CONCLUSIONE

Poco prima della pubblicazione delle *Nuove norme 2010* si sosteneva che la Chiesa avrebbe promulgato norme rigorose solo circa l'abuso sessuale su minori da parte dei chierici, però dal testo che è stato pubblicato è emerso chiaramente che esso è un documento canonico che ha aggiornato le norme sia sostanziali che procedurali circa tutti i Delitti qualificati come *graviora Delicta* sia nel campo della fede, che in quello dei Sacramenti e dei costumi nel mondo cattolico, tenendo presente le deficienze rilevate durante il periodo dopo la Lettera apostolica *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* nel 2001.

Le modifiche apportate nelle norme della *SST* con le *Nuove norme 2010* anzitutto attirano la nostra attenzione circa la modalità della pubblicazione delle stesse norme. Visto che neanche le norme originarie della *SST*, non-

123 Cfr. V. DE PAOLIS, *Il contenzioso amministrativo via amministrativa e via giudiziale controllo di merito e controllo di legittimità*, in *Periodica*, 97 (2008), 472.

124 Le norme che reggono il Ricorso presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica sono quelle della nuova *Lex propria* promulgata recentemente dal romano Pontefice: BENEDICTUS PP. XVI, *Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quibus Supremi Tribunalis Signaturæ Apostolicæ Lex propria promulgatur: Antiqua ordinatione Tribunalium*, in *AAS*, C (2008), 513-538. Fino alla promulgazione della *Lex propria*, il Processo contenzioso amministrativo presso la Segnatura Apostolica veniva seguito secondo le norme promulgate da Paolo VI nel 1968. Il testo delle norme si trova in numerose opere e riviste tra le quali, P.V. PINTO, *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Milano, 1977, 195-250.

ché le norme più antiche della CDF come la “*De modo procedendi in Causis sollicitationis*”¹²⁵, erano accessibili facilmente a tutti, la pubblicazione delle Nuove norme 2010 in tutte le modalità possibili, compresa via internet, è una novità assoluta, storica e lodevole. Tale approccio disperde ogni singolo dubbio che può riguardare l’oggettività delle risoluzioni delle Cause. Per quanto riguarda le norme pubblicate anticamente dalla CDF fino alla SST, si dubitava circa la liceità della promulgazione della Legge per il suo vigore. La modalità della pubblicazione delle Nuove norme 2010 in maniera accessibile a tutti non lascia alcuno spazio a tale dubbio.

Occorre però dire che le *Nuove norme 2010* sono un documento deludente per coloro che speravano che la Chiesa formulasse le norme circa la denuncia dei preti pedofili all’Autorità civile. Nel documento opportunamente non vi è alcuna menzione sulla collaborazione con l’Autorità civile. Un buon cristiano è anche un buon cittadino e quindi è tenuto a obbedire alle Leggi civili senza aspettare l’esito del Processo canonico. Infatti, il rispetto delle Leggi dello Stato è un precetto che risale a San Paolo (*Rom* 13, 1). Non si ritiene ragionevole, dunque, che un documento che si concentra sulla competenza della CDF, tratti della collaborazione della Chiesa nelle Cause penali con l’Autorità civile. Può darsi che esso sia un argomento rinviato al Diritto ecclesiastico.

125 SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in Causis sollicitationis: Crimen Sollicitationis*, Città del Vaticano, 1962.

“*Delicta graviora*” e Legislazione canonica di emergenza¹

GIUSEPPE PUNTILLO

SOMMARIO: 1. Osservazioni alle nuove norme. 2. Problemi giuridici emergenti. 3. Il diritto di difesa.

SUMMARY: 1. *Observations with the new rules.* 2. *Emerging legal issues.* 3. *The right of defense.*

Scopo del presente contributo è quello di svolgere una sintetica disamina delle principali modifiche introdotte dal nuovo testo delle “*Normæ de gravioribus Delictis*”, così come modificato a seguito della decisione del romano Pontefice Benedetto XVI del 21 maggio 2010², con particolare riferimento alla parte afferente le norme processuali.

L’approccio non può non essere quello dell’Avvocato penalista italiano, pur consapevole delle differenze intercorrenti tra i due Ordinamenti con i quali nel tempo sono venute a contatto, quello del Diritto penale statale (di cui mi occupo professionalmente) e quello canonico. È proprio del DNA del penalista il concetto, tipico della dottrina individual-liberale, della *garanzia* dell’indagato, dell’imputato e dello stesso condannato, nonché dei terzi estra-

1 Brevi note sviluppate a partire dalla Tesi di dottorato in Diritto canonico discussa presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense e pubblicata nella Collana *Corona Lateranensis* della *Lateran University Press*: G. PUNTILLO, *Decreto penale extragiudiziale canonico e diritto di difesa: contributi dalla comparazione con l’Ordinamento italiano*, Città del Vaticano, 2010 (pagine 166, € 15,00).

2 Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Normæ: De gravioribus Delictis*, in *AAS*, CII (2010), 419-430.

nei alla commissione del Reato/Delitto³; garanzia, questa, da difendere in tutte le implicazioni sostanziali e nelle ripercussioni processuali. Una garanzia che si può sintetizzare in tre capisaldi:

- 1) evitare errori, assicurando la coincidenza tra soggetto punito e colui che ha violato il bene giuridico;
- 2) non dimenticare che è sempre peggio condannare un innocente che assolvere cento colpevoli;
- 3) avere sempre presente che il discostarsi dai principi generali, quasi inevitabilmente, propaga ‘per passi successivi’, tale effetto ad altri ambiti giuridici⁴.

1. OSSERVAZIONI ALLE NUOVE NORME

a) Venendo immediatamente all’analisi delle norme procedurali sui *graviora Delicta*, le ultime disposizioni contengono una prima nota positiva rispetto al passato, ovvero la possibilità che le funzioni di Avvocato e Procuratore possano essere svolte anche da laici, previa concessione di Dispensa da parte della Congregazione per la Dottrina della Fede dal requisito del sacerdozio e da quello della laurea in Diritto canonico (Art. 15). In tal modo si è posto rimedio ad un’anomalia, segnalata dalla dottrina⁵. Infatti se il Can. 1481 §2, prevede che l’accusato sia assistito da un Avvocato «che egli stesso abbia costituito» nel quale, evidentemente, ha riposto la propria fiducia, non si comprendeva perché non fosse consentita, *ad validitatem*, la costituzione di un Avvocato laico, per la difesa nelle Cause riguardanti i c.d. *Delicta graviora*⁶. In tutta sincerità –dall’esterno– sembrava una disposizione denotante una buona dose di ‘sfiducia’ nei laici come tali (anche al di là della loro specifica preparazione e professionalità), malgrado l’insegnamento conciliare circa la valorizzazione della ministerialità del laicato, oltre che classico esempio di

3 Cfr. S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cassazione penale. Rivista mensile di Giurisprudenza*, XXVIII (2009), 5, 2216.

4 Cfr. L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: Il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (cur.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999, 119-131.

5 Cfr. C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, in D. CITO (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell’Ordinamento canonico*, Milano, 2005, 156; C. SCICLUNA, *Procedura e prassi presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai “Delicta graviora”*, in D. CITO (cur.), *Processo penale*, 286.

6 CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *De gravioribus Delictis*, 426.

giurisdizione ‘domestica’, per cui rischiava di passare il messaggio che “i panni sporchi si lavano in famiglia”.

b) La Prescrizione è ventennale (Art. 7), e nel caso di Delitto commesso con un minore di anni diciotto –cui è equiparata la persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione– questa inizia a decorrere dal giorno in cui il minore ha compiuto diciotto anni.

È una deroga al principio generale (anche canonico) secondo cui la Prescrizione decorre dal giorno in cui è stato commesso il Delitto (Can. 1362 §2). Così come formulata, la norma non trova alcuna giustificazione in base ai principi dell’Ordinamento, se non in un’ottica di “Legislazione di emergenza”. Non si può infatti dimenticare come tale genere di Delitto sia certamente *istantaneo*, per quanto anche *reiterato*, e *non permanente*.

Ma v’è un’altra anomalia: al minore è equiparata la persona che ha abitualmente un uso imperfetto di ragione. Di conseguenza, può trattarsi anche di una persona maggiorenne: in questi casi allora la Prescrizione da quando inizierebbe a decorrere?

Considerato inoltre che la Congregazione ha pure il diritto di derogare alla Prescrizione per i singoli casi, forse sarebbe stato preferibile dichiarare tale Delitto *tout court* imprescrittibile.

c) Positivamente dev’essere accolta la disposizione contenuta nell’Art. 16. Se l’accusa è verosimile il Vescovo ha l’obbligo di investigare sia l’attendibilità della Denuncia che l’oggetto stesso della medesima. E se l’esito di questa Indagine previa è attendibile, non ha più potere di disporre della materia e deve deferire il caso alla Congregazione, che può trattare la Causa tramite l’Ufficio disciplinare, oppure ordinare al Vescovo di procedere ulteriormente, ferma restando la competenza della Congregazione medesima a giudicare come Giudice di Appello. Si può parlare, nel caso di specie, di obbligatorietà dell’Azione penale.

È appena il caso di rammentare come tale principio, tuttavia, non sia previsto dall’Ordinamento canonico come tale. Pare pertanto di trovarsi innanzi all’*ultima ratio*, quando cioè siano stati esperiti invano tutti gli altri mezzi giuridici (Can. 1341)⁷.

7 Cfr. G. DI MATTIA, *Pena e azione pastorale nel Diritto penale della Chiesa*, in AA.VV., *Comunità ecclesiale e devianza. Funzione della sanzione penale nell’Ordinamento canonico*. Atti del XX Congresso Nazionale ASCAI, Roma, 1998, 52-53.

Vi è l'obbligatorietà dell'*Inquisitio pravia*, ogni qualvolta l'Ordinario abbia notizia, almeno probabile, di un Delitto (Can. 1717), ma, una volta espletata, anche se gli elementi raccolti fossero sufficienti, sta sempre a quest'ultimo decidere se sia conveniente o meno dare inizio al Processo o rinunciare a portare avanti la Causa. Stabilendo diversamente rispetto al Diritto comune, almeno in questo caso, si è posto rimedio a due atteggiamenti errati cui si era assistito: da una parte, la volontà degli Ordinari di evitare il compito repressivo, dall'altra una equivoca concezione della c.d. Pastorale. Nel primo caso, la mitezza dell'Ordinamento penale canonico e la generale benevolenza a favore del reo, sono state scambiate per una sostanziale impunità del delinquente. Ciò aveva indotto la S. Sede ad intervenire con un'attività di 'supplenza', adottando misure che avrebbe dovuto, invece, prendere l'Ordinario. Questo ha comportato che la Sede Apostolica fosse percepita in maniera distorta:

«ne deriverebbe che il “*munus petrinum*” al servizio della pienezza della carità e dell'unità sarebbe ridotto agli occhi di molti ad un ruolo punitivo che, quindi, alla fine diventerebbe odioso: il pastore locale apparirebbe mite e misericordioso, mentre la Santa Sede si mostrerebbe severamente intransigente. In definitiva, non si vuole riconoscere che la funzione di governo e di buon governo esige la fermezza di riprendere e, se è giusto, punire coloro che sbagliano, secondo la tradizione biblica e neotestamentaria e la classica dottrina patristica»⁸.

Non a caso, il Direttorio “*Apostolorum Successores*” del 2004⁹, dettando i criteri generali circa la competenza del Vescovo diocesano di correggere e punire nella propria circoscrizione, usava espressioni vincolanti, richiamando le norme del CIC:

«di fronte a ‘comportamenti scandalosi’, il Vescovo intervenga con carità ma con fermezza e decisione: sia con ammonizioni o rimproveri, sia procedendo alla Rimozione o al Trasferimento ad altro Ufficio in cui non esistano le condizioni che favoriscono quei comportamenti. Se tali misure risultassero inutili o insufficienti, di fronte alla gravità della condotta e alla contumacia del delinquente, imponga la Pena della Sospensione secondo il Diritto o, nei casi estremi previsti dalla norma canonica, dia inizio al Processo penale per la Dimissione dallo stato clericale»¹⁰.

8 J. LLOBEL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato. Diritto all'equo Processo*, in D. CITO (cur.), *Processo penale*, 90.

9 CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi: *Apostolorum Successores*, Città del Vaticano, 2004.

10 *Ivi*, n. 68.

Venendo al ruolo della Pastorale nel campo penale, si è assistito ad un malinteso. Spesso si è fatto riferimento ad una presunta contrapposizione tra la Pastorale ed il Diritto, intese come realtà quasi incompatibili tra loro. È una visione distorta, se solo si tiene a mente che la dimensione pastorale permea tutte le disposizioni giuridiche della Chiesa, a maggior ragione quelle in campo penale, il cui fine ultimo è proprio la *salus animarum*. È pur vero che Pastorale e Diritto si muovono su piani diversi tra loro, ma mai vi è incompatibilità o, addirittura, contrapposizione. Spesso, infatti, il recupero del singolo nella comunità e la difesa della *communio* esigono gli strumenti offerti dal Diritto, e nei casi più gravi s’impone il ricorso alle sanzioni penali, applicate con equità e giustizia. Del resto, già S. Paolo ne fece uso nella comunità di Corinto¹¹.

«Basta la prospettiva di questa citazione, per far comprendere il significato pastorale di un Provvedimento tanto severo –la *excommunicatio*– preso unicamente in vista dell’integrità spirituale e morale dell’intera Chiesa e per il bene dello stesso colpevole, “*ut spiritus salvus sit in die D.N.J. Christi*” (ivi, 5)»¹².

d) Con l’Art. 19 si è poi introdotta la possibilità di adottare le misure cautelari, di cui al Can. 1722 CIC ed al Can. 1473 CCEO, anche durante la fase dell’Indagine previa, prevedendo che tali misure, alle medesime condizioni previste nei suddetti Canoni, possano essere adottate anche dal Presidente di turno del Tribunale.

Si tratta delle misure cautelari, *non penali*, che vengono imposte con Decreto dell’Ordinario –contro cui non è possibile ricorrere– per garantire quelle che potremmo chiamare *esigenze cautelari* connesse alla genuinità della Prova, oltre che finalizzate alla prevenzione del pericolo di scandali. Sono Provvedimenti che vanno assunti sempre nel rispetto dei diritti dei fedeli. Per questo motivo è richiesta la previa consultazione delle parti. Devono essere revocate con Decreto con il venir meno delle esigenze per la cui salvaguardia erano state adottate, e cessano *ipso Iure* al termine del Processo.

È questo un aspetto del Giudizio penale definito nevralgico nella prospettiva di una efficace tutela giudiziale dell’accusato¹³, tanto che pur riconoscendo la necessità di mantenere tali Provvedimenti, onde consentire all’Autorità di agire efficacemente a tutela della collettività, si osserva come i problemi si

11 *1Cor* 5, 1ss.

12 PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, in AAS, LXII (1970), 117.

13 Cfr. C. GULLO, *Le ragioni*, in D. CITO (cur.), *Processo penale*, 157-158.

pongano nel momento in cui dall'uso si passi all'abuso, contro il quale non vi è difesa.

2. PROBLEMI GIURIDICI EMERGENTI

a) Una prima anomalia consiste nella non impugnabilità di tali Provvedimenti, così come osserva la dottrina più qualificata¹⁴, sia perché la norma in parola riporta lo stesso contenuto del Codice abrogato (e pertanto deve essere intesa allo stesso modo¹⁵), sia per la natura del Provvedimento che, essendo per sua definizione provvisorio ed urgente, non è soggetto ad Impugnazione (Can. 1629, 4). Non possiamo non osservare come i Provvedimenti emanati dall'Ordinario (ed ora anche dal Presidente del turno del Tribunale) *ex* Can. 1722 non abbiano limiti di durata, diventando in tal modo della medesima gravità delle Pene perpetue inflitte a seguito di regolare Giudizio. È pur vero che devono essere revocati una volta venuta meno la ragione per cui erano stati emessi, ma è altrettanto vero che solo l'Ordinario (e il Presidente) è l'unico a poter decidere circa il venir meno della causa.

b) La 'criticità' più saliente di tali disposizioni, tuttavia, attiene alla evidente compressione del diritto di difesa; ci si riferisce alla possibilità di procedere per Decreto extragiudiziale, previsto dal Can. 1720 (Art. 21 §2, 1). È questo forse l'aspetto più delicato dell'intera normativa, contenente una deroga, forse la più significativa, ai principi generali dell'Ordinamento. Mentre da un lato, infatti, precisamente al Can. 1342 §2, si stabilisce che «per Decreto non si possono infliggere o dichiarare Pene perpetue», norma che non sembra ammettere deroghe, dall'altro si prevede la facoltà per i Delitti più gravi riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede, di dispensare dalla via giudiziale, e cioè di procedere per *Decretum extra Iudicium*, nei singoli casi sia procedendo d'Ufficio che su Istanza dell'Ordinario o del Gerarca; viene inoltre precisato che per l'irrogazione delle Pene espiatorie perpetue occorre il mandato della Congregazione¹⁶.

14 Cfr. R. COPPOLA, *Comentario al Can. 1722*, in A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRIGUEZ OCAÑA (dirr.), *Comentario exégetico al Código de Derecho canónico*, IV/2, Pamplona, 1996, 2088.

15 «*Contra eadem non datur Iuris remedium*». Can. 1958 CIC 1917.

16 Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Littera: Breve relazione circa le modifiche introdotte nelle Norme de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, 21 maggio 2010, in AAS, CII (2010), Lett. A) n. 5, 432.

Tale disposizione pone non pochi problemi di compatibilità con alcuni diritti dei fedeli, primo dei quali è il diritto ad un giusto Processo.

Alla formulazione di un diritto ad un giusto Processo hanno contribuito in maniera rilevante i Trattati internazionali¹⁷, i quali hanno sancito questi requisiti indefettibili per un giusto Processo: uguaglianza delle parti; conoscenza delle Prove prodotte dalla controparte o *ex officio*; indipendenza del Giudice rispetto alle parti. Alla luce di questi presupposti teorici, si possono individuare alcuni principi ispiratori del Processo penale canonico, il primo dei quali è la terzietà del Giudice. La terzietà, innanzitutto, sussiste solo nel rispetto del principio “*nemo Iudex sine actore*”, accolto nel Canone 1501 per il Processo contenzioso ordinario e per il Processo penale, nel quale la funzione di attore può essere esercitata solo dal Promotore di giustizia. Allora, se un Processo è innanzitutto ‘equo’ quando è svolto dinanzi ad un Giudice *super partes*, e quindi altro rispetto al Promotore di giustizia, rappresentante della comunità danneggiata dal crimine, e rispetto all’Avvocato, patrocinante e difensore dell’accusato, non possiamo non concludere che il c.d. Processo amministrativo, ove non solo non vi è un pieno rapporto dialettico fra le parti, ma nel quale lo stesso Superiore svolge sia la funzione di parte che di Giudice, non garantisce la piena tutela del diritto, che il fedele ha, ad un Processo equo.

Bisogna tener, inoltre, presente un altro aspetto. Far riferimento al Decreto extragiudiziale previsto dal Codice di Diritto canonico e dal Codice dei Canoni delle Chiese Orientali richiede, però, che si tengano presenti le sostanziali differenze, soprattutto in tema di diritto di difesa, intercorrenti fra i due Codici. Infatti, se confrontiamo il Processo amministrativo previsto dal CIC con l’analogo Istituto previsto dal CCEO, e precisamente nei Cann. 1469 e 1486-1487, non possiamo fare a meno di constatare come quest’ultimo sia sul punto molto più garantista. In dette disposizioni di Legge sembrano recepite tutte le riserve mosse al Processo amministrativo (latino) e, senza ombra di dubbio, vi è un salto di qualità, dal momento che quel tipo di Processo viene sensibilmente migliorato.

L’imputato diventa parte attiva sin dall’inizio della *Investigatio*: ravvisata la necessità dell’apertura di un Procedimento per l’applicazione o dichiarazione di Pena, prima di scegliere la via giudiziaria o amministrativa, «*Hierarcha*

17 In particolare, *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo* (ONU, 10 dicembre 1948, Art. 10); *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (Roma, 4 novembre 1954, Art. 6.1); *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici* (ONU, 16 dicembre 1966, Art. 14.1).

audiat de Delicto accusatum et Promotorem iustitiæ atque, si ipse prudenter censet, duos Iudices aliosve Iuris peritos».

Lo svolgimento dell'*iter* processuale riprende alcuni elementi della redazione originaria del CIC: un *caput proprio*; ciò che è richiesto ad *validitatem Decreti*; il diritto al ricorso. Per quanto attiene al contenuto, il Can. 1486 §1 CCEO richiede *ad validitatem Decreti*: a) il diritto di esercitare *plene* la propria difesa; b) la *discussio oralis*, cioè il contraddittorio, con la presenza del Promotore di giustizia ed il Notaio, non esclusa anche la presenza dell'Avvocato difensore; c) esauriente motivazione, su cui "*punitio innitatur*", e non quella *breviter saltem*, prevista dal Can. 1720 CIC. Inoltre il Can. 1487 CCEO prevede espressamente che avverso il Decreto, entro dieci giorni utili dalla Intimazione, possa essere presentato Ricorso, con effetti sospensivi. Il testo della Chiesa latina (Can. 1720) non prevede espressamente tale diritto; bisogna allora far ricorso al Can. 1353.

Il CCEO è preferibile sotto molteplici punti di vista. *In primis*, l'accusato è pienamente partecipe della dialettica processuale: ha il diritto ad essere interpellato (infatti vi è l'obbligo per il Gerarca di ascoltarlo) circa la via da seguire. Prevede che il diritto di difesa sia esercitato *plene*, anche attraverso la *discussio oralis*, mentre il Can. 1720 CIC non va oltre una generica *data facultate sese defendendi*. In ultimo, il testo del CCEO è preferibile anche perché prescrive che la motivazione del Decreto sia *esauriente*, mentre per il CIC la motivazione deve essere *breviter saltem*.

In ultimo, ma solo per comodità espositiva, va osservato come nel Codice orientale si assista ad un potenziamento del principio dell'oralità: nel Can. 1486 §1, 2°, si prevede che «una discussione orale tra Gerarca o il suo delegato e l'imputato si faccia in presenza del Promotore di giustizia, del Notaio», mentre nel CIC 83 si fa menzione solo di una astratta garanzia del diritto di difesa e di una separata valutazione delle Prove che l'Ordinario compirebbe con due assistenti (Can. 1720, 1° e 2°).

Anche nella scelta se agire mediante Giudizio penale oppure per Decreto extragiudiziale, l'imputato non è un destinatario passivo della decisione, dal momento che, come stabilisce il §3 del Can. 1469 CCEO, «prima di decidere alcunché sull'argomento, il Gerarca ascolti l'accusato del Delitto e il Promotore di giustizia e inoltre, a suo prudente giudizio, due Giudici o altri esperti in Diritto».

È evidente come un siffatto Procedimento dia un reale contenuto a quella *facultas sese defendendi*, che altrimenti si traduce solo nell'Interrogatorio dell'imputato.

3. IL DIRITTO DI DIFESA

Volendo tirare le somme di queste brevi note, non si può non rilevare come si corra il rischio che anche nella Chiesa prenda piede una cultura ‘emergenziale’ che deroghi ai principi ordinari del Diritto e dell’Ordinamento.

Un Diritto penale o processuale che sacrifichi i profili di garanzia viene oggi definito “Diritto penale del nemico”¹⁸, i cui indici rivelatori possono essere rinvenuti nell’appartenenza dell’autore del Delitto ad una determinata classe soggettiva, una tendenziale degiurisdizionalizzazione del Processo, una diversa ‘calibrazione’ delle garanzie individuali, prima fra tutte quella ad esercitare *plene* il diritto di difesa.

Non è mistero che le norme sui *Delicta graviora* rispondano alla necessità di fornire una risposta ad una certa opinione pubblica, da sempre su posizioni fortemente critiche verso la Chiesa, accusata di ‘omertà’ e scarsa attenzione verso quella che è purtroppo una vera e propria ferita nel Corpo di Cristo. Purtroppo la risposta che si è voluto dare è andata fortemente a discapito delle garanzie individuali, con una innegabile contrazione del diritto di difesa, diritto fondamentale dell’uomo, “via della Chiesa”¹⁹, dovuto in quanto radicato nel Diritto naturale. Non di meno il riconoscimento dei diritti della persona è stato un tema sul quale Papa Giovanni Paolo II è intervenuto in maniera risolutiva:

«spetta ai giuristi, soprattutto, smascherare le tentazioni che possono ancora manifestarsi di non vedere nei diritti dell’uomo che delle opzioni, senza altra garanzia che un consenso filantropico abbastanza vago o una volontà politica aleatoria. La riflessione sul Diritto naturale si avvicina sempre più al suo fine quando giunge a riconoscere nell’uomo la sua qualità di persona»²⁰.

Il suo riconoscimento, però, se non si fornisce un’adeguata tutela, diventa una mera enunciazione di stile. Lo strumento più idoneo, a tal fine, è il *giusto Processo*, diritto del fedele (Can. 221) ed esigenza del bene pubblico della

18 Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI (CURT.), *Delitto politico e Diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 179-197.

19 Cfr. G. DI MATTIA, *Diritto alla difesa e Procedura penale amministrativa in Diritto canonico*, in *Fidelium iura*, III (1993), 307-338.

20 GIOVANNI PAOLO II, Discorso ai partecipanti al Colloquio Internazionale su “Diritto naturale e diritti dell’uomo all’alba del XXI sec.”, Roma 10-13 gennaio 1991, organizzato dall’Unione Nazionale Giuristi Cattolici e patrocinato dall’*Union Internationale des Juristes Catholiques*, in *L’Osservatore romano*, traduz. dal francese, 12 gennaio 1991, 5, n. 3.

Chiesa, attraverso il quale in ogni realtà politico-sociale viene amministrata la giustizia. Il Processo è la via obbligata per l'attuazione della giustizia²¹.

In questa prospettiva non bisogna mai perdere di vista *cosa* si debba intendere per diritto di difesa; solo una corretta definizione dei suoi contenuti consente infatti di comprenderne appieno l'importanza e il rischio che comporta una sua contrazione. *Difesa* è la funzione dialetticamente contrapposta all'*Accusa*, che l'accusato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un Giudice imparziale²². Questa nozione serve a dissipare un equivoco, che nasce quando ci si limita a definire la 'difesa' come un'attività processuale, come un insieme di pratiche dirette a far valere davanti al Giudice i diritti soggettivi e gli altri interessi giuridici dell'imputato²³. Tale equivoco non sorge, invece, se si definisce *la Difesa come funzione dialetticamente contrapposta all'Accusa*; se cioè la si definisce non solo per i poteri che esercita, ma anche per i rapporti che instaura con le altre funzioni del Processo. Tale prospettiva rinvia a precise relazioni tra Accusa, Difesa e Giudizio, evidenziando che la forza della Difesa, più che da singole garanzie, dipende dai suoi legami con l'accusatore ed il Giudice. Qualunque sia il contenuto dei diritti riconosciuti all'imputato, la Difesa potrà efficacemente esprimersi nel Processo solo a due condizioni: netta separazione tra poteri di Giudice e di parte e posizione paritaria tra Accusa e Difesa.

La prima regola si proietta sull'intero arco del Processo ed in particolare in quella particolare fase che è quella della formazione della Prova, attività processuale che vede le parti costituite come contraddittori di fronte al Giudice incaricato di decidere. Il secondo principio è strettamente connesso al primo. Affinché tra Accusa e Difesa si instauri un rapporto dialettico, è necessario che sia evitato ogni cumulo tra la figura di chi accusa e quella di chi giudica. L'opposizione fra Accusa e Difesa suppone la diversità delle due forze, ma acquista maggior significato in rapporto a ciò che le accomuna differenziandole dal Giudice, appunto la qualità di parte.

Ovviamente, perché tale opposizione sia effettiva, occorre che le parti agiscano in condizioni di parità per tutto l'arco del Processo²⁴. Accusa e Di-

21 Cfr. G. CAPOGRASSI, *Intorno al Processo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XVIII (1938), 272, citato da R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di Diritto canonico*, Torino, 1983, 16.

22 Cfr. A. BELLAVISTA, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, 454.

23 Cfr. V. MANZINI, *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1968, 542; O. VANNINI - G. COCCIARDI, *Manuale di Diritto processuale penale italiano*, Milano, 1968, 37.

24 Cfr. V. CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1981, 35; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della*

fesa sono due forze uguali e contrarie, da porre l’una di fronte all’altra, come termini di un medesimo paradigma, poiché si tratta rispettivamente di affermare e di negare l’ipotesi su cui il Giudice è chiamato a pronunciare la Sentenza. E poiché è l’Accusa che deve formulare il capo di imputazione che ha l’onere di provare e che la Difesa ha il diritto di contraddire, è necessario che i poteri della seconda siano esattamente corrispondenti a quelli della prima, nel senso della idoneità degli uni a bilanciare gli altri in funzione delle reciproche posizioni processuali, sì da garantire l’equilibrio in tutte le fasi del Processo: formazione della Prova, svolgimento delle argomentazioni in fatto ed in Diritto, nella critica della decisione con i mezzi di Impugnazione²⁵.

Se si impedisce alla Difesa di partecipare dialetticamente alla formazione della Prova o se la si ammette in condizione di inferiorità, si rinnega l’essenza del contraddittorio, riducendo la *difesa* a mero *alibi*, ad una comparsa. Lo stesso Giovanni Paolo II ha affermato che

«non si può concepire un Giudizio equo senza il contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella Causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le Prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o *ex officio*»²⁶,

sottolineando inoltre come, nel Processo penale, il diritto di difesa debba essere operativo anche nel caso di rinuncia all’esercizio di tale diritto da parte dell’accusato, perché, per la validità del Processo, è necessaria la presenza di un Avvocato nominato da un Tribunale imparziale.

Pare di assistere ad una sorta di ‘schizofrenia’, per cui, mentre da un lato è possibile leggere che

«circa l’irrogazione delle Pene si è verificato negli Ordinamenti statali –anche sotto l’influsso del pensiero cristiano– un salutare progresso, per quanto riguarda il rispetto della persona dell’imputato e dei suoi diritti. In tal senso si è anche fortemente sensibilizzata l’opinione pubblica. Le violazioni denunciate al riguardo da *Amnesty International* suscitano una generale disapprovazione fra la gente. È quasi inconcepibile oggi nel mondo civilizzato che qualcuno possa essere punito

persona, II, Milano, 1984, 190; G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel Processo penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, IX (1966), 405; O. DOMINIONI, “*Parte (Diritto processuale penale)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXI, Milano, 1981, 950.

25 Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, 99 ss.

26 IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Romanæ Rotæ Auditores, Officiales et Advocatos, coram admissos*, 26 ianuarii 1988 in AAS, LXXXI (1989), 922-927, n. 3.

senza un regolare Processo giudiziario, in cui vengono adoperate tutte le garanzie con esso connesse ed è assicurato il pieno diritto di difesa. Negli Ordinamenti giuridici anglosassoni riscontriamo il principio *nulla Pœna sine Iudicio*. Ciò, del resto, vige ormai praticamente in tutti gli Ordinamenti statali democratici (almeno per quanto attiene alle pene di una certa rilevanza). Questo atteggiamento degli Ordinamenti statali è stato appoggiato anche dalla Chiesa»²⁷,

dall'altro si osserva come, malgrado la formazione ed il consolidamento, pressoché universale, del principio del *nulla pœna sine Iudicio*, non solo la Chiesa mantenga nel proprio Ordinamento il Processo penale extragiudiziaro, ma addirittura ne estenda l'applicazione anche nei casi in cui sia prevista una sanzione che, ordinariamente, debba essere applicata mediante Processo giudiziale.

Al limite, è più condivisibile quanto disposto dal n. 2 del §2 dell'Art. 21, ossia la possibilità di deferire direttamente alla decisione del sommo Pontefice la decisione in merito alla Deposizione o alla Dimissione dallo stato clericale "nei casi più gravi", quando consti manifestamente il compimento del Delitto. Certo, risulterebbe abbastanza arduo stabilire quando, in caso di pedofilia, possa parlarsi di atti più gravi, come se fosse possibile una sorta di valutazione 'tecnica' o formale della gravità. Forse si può pensare ai casi di chierici già condannati dall'Ordinamento statale con Sentenza definitiva, oltre ogni ragionevole dubbio, all'esito del giusto Processo, costituzionalmente previsto. In tutti gli altri casi, il ricorso al Processo extragiudiziale appare privo di qualsivoglia giustificazione giuridica.

Il giusto compito di garantire le vittime di Delitti particolarmente gravi e di tutela della purezza della Chiesa, Corpo di Cristo, non può e non deve consentire la contrazione dei diritti della persona, anche se imputata.

27 Z. GROCHOLEWSKI, *Presentazione*, in Z. SUCHECKI (cur.), *Il Processo penale canonico*, Roma, 2003, 6.

V. BIBLIOGRAPHICA

Præsentationes

BUONOMO V., *Il Diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per la governance globale*, coll. *Lineamenta Iuris*, LUP, Città del Vaticano, 2010, pp. 376, € 30,00 (EAN: 9788846507082)

Questo volume inaugura la sezione “Le Fonti” della Collana *Lineamenta Iuris* che, insieme alla sezione “I Manuali”, completa la proposta dalla Facoltà di Diritto Civile della Pontificia Università Lateranense di fornire strumenti didattici per lo studio del Diritto che rispecchino l’impostazione dei suoi insegnamenti e l’attività del suo corpo docente.

Il testo è di supporto al “Codice per le Discipline internazionalistiche”, una raccolta sistematica di testi normativi adottati a livello internazionale realizzata su iniziativa di volontari nel ‘mondo’ FOCSIV e del particolare ambito della “Scuola di Politica Internazionale, Cooperazione e Sviluppo” (SPICeS), operante dal 1990 per la formazione agli aspetti politico-istituzionali ed economici che investono la cooperazione internazionale allo sviluppo.

Strumento didattico funzionale alla ricerca, allo studio o alle attività legate a diverso modo alla dimensione internazionale, il testo è strutturato in sei parti: Diritto internazionale generale e delle Istituzioni; diritti umani; disarmo e Diritto internazionale umanitario; cooperazione, sviluppo e commercio; ambiente; integrazione europea.

VINCENZO BUONOMO è professore ordinario di “Diritto internazionale” e “Organizzazione internazionale” presso le Facoltà giuridiche

della “Pontificia Università Lateranense” (Roma - Città del Vaticano). Oltre a saggi su riviste e pubblicazioni specializzate è autore di diverse monografie in tema di Diritto internazionale.

Partecipa quale Esperto delle Delegazioni della Santa Sede a riunioni delle Nazioni Unite, della FAO, dell’IFAD e del Consiglio d’Europa. Ha seguito tra l’altro i lavori della “Conferenza mondiale sui diritti umani” (Vienna, 1993), dei “Vertici mondiali sull’alimentazione” (Roma, 1996, 2002, 2009) e della “Conferenza diplomatica istitutiva della Corte Penale Internazionale” (Roma, 1998).

* * *

UDUGBOR M.O., *Il Diritto musulmano*, coll. *Lineamenta Iuris*, LUP, Città del Vaticano, 2010, pp. 336, € 28,00 (EAN: 9788846507013)

Il presente manuale raccoglie tutte le lezioni ed alcuni articoli di studio realizzati dall’autore nell’intento di contribuire all’apprendimento del Diritto musulmano. Lo studio vuole presentare il programma del corso sulla cultura islamica nella sua evoluzione storica, geografica, culturale, sociale, politica, economica e, soprattutto, giuridica. Mette in luce come le varie scuole musulmane non considerano l’Islam soltanto come una religione, ma come un sistema giuridico applicabile in ogni aspetto della vita di un musulmano. Rileva altresì il notevole sviluppo della Giurisprudenza islamica (*fiqh*) avvenuto negli ultimi quattordici secoli, circa, con la conseguente nascita di varie scuole giuridiche islamiche dalle differenti interpretazioni sull’applicazione della *Sharia*.

Certamente in forma sintetica e manualistica, tocca tutti gli aspetti giuridici: la nascita della Comunità Islamica (*Ummah Islamiyya*), la *sharia* e il *fiqh*; le qualificazioni del Diritto islamico; le cinque categorie di azioni umane; le Fonti rivelate e non rivelate, secondarie e scolastiche; il Diritto delle persone; il Diritto penale; il Diritto penale islamico nelle Legislazioni contemporanee; la *shura* e la democrazia; il regime giuridico delle minoranze non islamiche.

MARCELLUS OKENWA UDUGBOR, ha conseguito il dottorato in Diritto civile alla Pontificia Università Lateranense (Roma - Città del Vaticano). È docente di “Diritto musulmano nei Paesi islamici” e di “Sto-

ria ed Istituzioni dei Paesi africani” presso la Facoltà di Diritto civile della stessa Università. È membro della “African Law Association” dell’Università di Bayreuth, Germania. Tra le sue pubblicazioni: “The Influence of the International Conventions and Recommendations in the labour Legislation of african States” (Roma, 1990); “Introduzione allo Studio del Diritto degli Stati africani” (Roma, 2001), nonché numerosi articoli sui diritti umani nei paesi Africani e sul Diritto islamico pubblicati su varie riviste.

* * *

MATTIANGELI D., *Romanitas, latinitas, peregrinitas. Uno studio essenziale sui principi del diritto di cittadinanza romano*, coll. *Lineamenta Iuris*, LUP, Città del Vaticano, 2010, pp. 258, € 16,00 (EAN: 9788846506863)

La presenta opera tende ad esporre una base oggettiva di conoscenze utili per la comprensione del fenomeno del “Diritto” di cittadinanza romano e latino e delle sue diverse sfumature e *status*, nei diversi periodi storici dell’esperienza giuridica romana. Un argomento complesso e utile per la ricerca e l’approfondimento delle basi dell’Ordinamento giuridico romano e dei suoi intrinsechi meccanismi di regolazione. L’opera è inoltre ricca sia della attuale che meno giovane bibliografia sull’argomento per offrire una base per futuri approfondimenti in questo campo. Sono inoltre presenti non solo le Fonti latine e greche più rilevanti della materia, ma anche altre, fino ad ora poco o addirittura mai esposte. Un argomento quanto mai importante e attuale se si pensa che la *civitas romana* rappresenta la prima esperienza di cittadinanza estesa a livello europeo e di natura giuridica prima dell’avvento dell’Unione Europea.

DANIELE MATTIANGELI, nato a Roma nel 1979, laureato all’Università di Roma Tre nel 2003, è Avvocato romano dal 2008 e ricercatore universitario presso l’Istituto di Diritto privato e romano dell’Università di Salisburgo dove ha concluso con lode il Dottorato di ricerca a Gennaio 2009. Nell’ambito della sua carriera universitaria ha ricoperto

docenze di Diritto civile italiano presso le Facoltà di Giurisprudenza di Innsbruck (2008) prima e di Salisburgo poi (dal 2009).

* * *

RIPA A., *La novità mancata. Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti dal Codice del 1983 alla Dignitas Connubii; il contributo della Giurisprudenza rotale*, coll. *Corona Lateranensis*, LUP, Città del Vaticano, 2010, pp. 264, € 20,00 (EAN: 9788846507105)

Tesi di Dottorato presentata e difesa presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense.

Tra i meriti del Codice del 1983 è l'aver consegnato agli operatori del Diritto l'importante novità contenuta nel Can. 1536 §2 in merito al valore probativo delle dichiarazioni delle parti e alla possibilità di attribuire loro la forza di prova piena; non si è trattato del frutto isolato di una stagione legislativa, ma del venire a compimento di fermenti e istanze già presenti da decenni in dottrina e nella Giurisprudenza rotale. Lo studio delle Sentenze relative ad alcuni capi di nullità ha messo in luce la ricezione, non sempre piena, di questa novità sino alla *Dignitas Connubii*, di cui sono stati studiati anche gli schemi preparatori. Al termine del cammino, la novità appare mancata, cioè depotenziata, nel concreto della prassi forense canonica, ma non svanita, restando aperte nuove e proficue vie di utilizzo di essa.

ANDREA RIPA, è *Presbitero della Diocesi di Rimini. Laureato in Lettere classiche con indirizzo archeologico, già membro della "Missione Archeologica Italiana" a Cirene, ha conseguito il Dottorato in Diritto canonico presso la Pontificia Università Lateranense (Roma - Città del Vaticano). Dal 2006 al 2008 è stato docente di "Diritto matrimoniale" presso l'Istituto Superiore di Scienze religiose "A. Marvelli" (Rimini), dove dal 2008 insegna "Introduzione al Diritto canonico". Nel 2011 ha insegnato "Norme generali" presso l'Istituto "Di.Re.Com." di Lugano (CH).*

* * *

GALGANO F., *Diritto greco-romano bizantino. Dodici lezioni*, coll. *Lineamenta Iuris*, LUP, Città del Vaticano, 2011, pp. 142, € 22,00 (EAN: 9788846507303)

La storia bizantina è una storia che appartiene anche al mondo occidentale, intessuta com'è, di vicende comuni. Essa si srotola in un crogiuolo di complesse forze motrici che costituiscono i fondamenti delle moderne civiltà: Costantinopoli raccoglie, infatti, il retaggio dell'Impero romano, di cui si sente erede, ma si confronta con una realtà diversissima, molto meno coesa, più conflittuale; protegge il cristianesimo, quando i centri di evangelizzazione si trovano ormai in territori di fede mussulmana (come Siria, Egitto, Etiopia); diffonde le culture greca, araba e romana, traghettandole nel Medioevo e poi nel Rinascimento; tutela il pensiero filosofico greco, innestandolo nella predicazione cristiana; sovrintende, in un certo qual modo, alla nascita degli Stati europei, riuscendo ad arginare l'avanzata dell'Islam fino al XV secolo, ponendosi così in una posizione unica fra passato e presente, fra Impero romano ed Europa moderna. Oggetto di queste dodici lezioni è un particolare aspetto di tale storia: l'esperienza giuridica bizantina, nata dalle ceneri di quella romana, per poi vivere autonomamente in ambiti diversissimi e in contesti politici e culturali molto lontani. Troppo a lungo esaminata solo come frutto della rielaborazione in epoca post-romana della testualità normativa definita da Giustiniano (non è un caso che non ci sia, per il Diritto bizantino, una tradizione manualistica del peso di quella romanistica), essa ha invece una sua assoluta peculiarità, pur affondando le radici nel Diritto romano, che è base imprescindibile di lavoro, non solo come materiale costitutivo delle principali Fonti di cognizione del Diritto bizantino, ma anche come risultante delle forze di influenza esercitata o recepita dai Romani nelle relazioni con popoli stranieri, e soprattutto con la Grecia e con l'Oriente mediterraneo, ben prima del consolidarsi del regime imperiale.

FRANCESCA GALGANO, insegna Diritto greco-romano(bizantino) presso la "Pontificia Universitas Lateranensis" (Roma - Città del Vaticano). Membro del Consilium redactionis della Rivista "Studia et Documenta Historiæ et Iuris", ha già pubblicato nel 2007, per la "Lateran Univer-

sity Press”, la monografia dal titolo “Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria”.

* * *

RIONDINO M., *Famiglia e minori. Temi giuridici e canonici*, coll. *Quaderni di Apollinaris*, LUP, Città del Vaticano, 2011, pp. 146, € 20,00 (EAN: 9788846507297)

Lo scopo del volume è quello di proporre uno strumento didattico per approfondire i risvolti e le implicazioni giuridiche su alcuni temi che interessano la famiglia ed i minori, privilegiando la prospettiva della comparazione tra l’Ordinamento civile e quello canonico. Come è noto questo tema, soprattutto negli ultimi anni, è stato al centro di numerosi dibattiti che hanno coinvolto esperti di diversi ambiti e livelli interessando rappresentanti delle Istituzioni statali ed ecclesiali. Oltre alla famiglia in generale anche quello dei suoi componenti (in particolare dei minori) è altresì oggetto di interesse e di approfondimento da parte della dottrina, sia canonica che civile. L’evoluzione compiuta, anche in ambito giuridico, ha riconosciuto gradualmente alla famiglia, ed ai suoi membri, più autonomia ed indipendenza; attribuire, quindi, una centralità ai valori della famiglia ed un primato ai diritti dei fanciulli risulta essere il modo migliore per contribuire ad edificare una autentica civiltà dell’amore.

MICHELE RIONDINO, dopo la laurea in Giurisprudenza presso l’Università Cattolica del S. Cuore a Milano, consegue il Master in Scienze del Matrimonio e della Famiglia presso l’“Istituto Giovanni Paolo II” in Roma, il Baccalaureato in Filosofia e Teologia e il Dottorato in Diritto Canonico nella Pontificia Università Lateranense dove è professore incaricato di Diritto penale canonico e di Elementi di Diritto di famiglia e dei minori. Presso la stessa Università è membro del Comitato scientifico e docente nel Corso Superiore di Specializzazione in Diritto e tutela dei minori. È autore di numerosi articoli, pubblicati su riviste giuridiche nazionali ed internazionali; ha partecipato come relatore a convegni in Italia e all’estero.

* * *

SARAI A., *Le Fonti del Diritto vaticano*, coll. *Quaderni di Apollinaris*, LUP, Città del Vaticano, 2011, pp. 240, € 30,00 (EAN: 9788846507327)

Il 1° gennaio 2009 è entrata in vigore la nuova Legge sulle Fonti del Diritto dello SCV, promulgata il 1° ottobre 2008 da Benedetto XVI. Una riforma nel segno della continuità che sostituisce la precedente Legge del 1929 e definisce l'architettura istituzionale del sistema giuridico vaticano in cui, accanto alle norme emanate dalle autorità dello Stato, trova applicazione diretta il Diritto canonico, che è anzi il primo criterio interpretativo dell'intero Ordinamento. La presente ricerca prende in considerazione il complessivo sistema delle Fonti del Diritto oggettivo applicabile, alla luce della riforma operata da Benedetto XVI con la promulgazione della Legge n. LXXI del 2008, nell'ambito di un processo di adeguamento sistematico dell'Ordinamento giuridico vaticano, cominciato qualche anno prima con l'emanazione della nuova Legge fondamentale dello SCV del 26 novembre 2000. Il libro ha l'utilità pratica di presentare in termini aggiornati la definizione di un sistema giuridico assolutamente peculiare, in cui concorrono Fonti emanate direttamente dal Legislatore vaticano e Fonti eteronome che, per volontà sovrana, trovano applicazione nello SCV pur provenendo da altri Ordinamenti giuridici. Questo sistema complesso e assolutamente peculiare assicura un apparato normativo adeguato alle esigenze dello SCV, un *unicum* nel panorama internazionale, in quanto –per usare le parole del Cardinale Giovanni Lajolo– “tutto il significato dello Stato sovrano sta nel mettere il Papa al riparo da qualsiasi ingerenza politica nella guida della Chiesa e nel suo magistero evangelico, che è diretto non soltanto alla Chiesa, ma a tutta l'umanità”.

ALESSIO SARAI, laureato in Giurisprudenza all'Università di Cagliari, due specializzazioni post laurea e un Dottorato di ricerca in Comunicazione pubblica e Attività amministrativa. Nell'ambito dell'esame di abilitazione alla professione ha vinto il “Premio Riccio” quale miglior giovane Avvocato dell'anno nel Distretto di Corte d'Appello. Giornalista pubblicista, è autore di numerose pubblicazioni scientifiche su riviste specializzate. Attualmente è Viceprefetto dell'Amministrazione dell'Interno e svolge l'incarico di Dirigente di staff del Presidente della

Regione Sardegna. Ha conseguito la Licenza in Diritto canonico presso la Pontificia Università Lateranense (Roma - Città del Vaticano).

* * *

D'ALLEVA V., *La partecipazione dei laici nella preparazione giuridico-pastorale al Matrimonio canonico*, coll. *Corona Lateranensis*, LUP, Città del Vaticano, 2011, pp. 286, € 20,00 (EAN: 9788846507198)

Tesi di Dottorato presentata e difesa presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense.

La preparazione al Matrimonio o si rinnova o è destinata a diventare sempre più ininfluenza e marginale. In modo innovativo, attraverso la comparazione fra la Chiesa latina e quelle orientali cattoliche, obiettivo di questo studio è quello di analizzare da un punto di vista giuridico e pastorale l'*iter* di preparazione al Matrimonio nella sua interezza, come una delle modalità più efficaci che i fedeli laici sono chiamati ad esercitare a difesa del Matrimonio stesso.

VERONICA D'ALLEVA, è laica sposata. Ha conseguito la Licenza in Utroque Iure presso il Pontificio Institutum Utriusque Iuris nel 2004. Nell'anno 2007 ha difeso la sua dissertazione dottorale che è stata in seguito segnalata per l'assegnazione del premio "sub auspiciis lateranensibus". Per molti anni ha collaborato con il Tribunale ecclesiastico regionale Abruzzese in qualità di Difensore del Vincolo, e dall'anno 2007 è iscritta all'Albo degli Avvocati e dei Procuratori del medesimo Tribunale.

FONTES HUIUS VOLUMINIS

A- FONTES ECCLESIASTICI

I. CONCILIA

CONCILIUM FLORENTINUM, *Decretum pro Armenis*, in AA.Vv., *Conciliorum Œcumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, n. 546; anche in: H. DENZINGER, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, (P. HÜNERMANN, cur.) Bologna, 2009, n. 1320.

CONCILIUM TRIDENTINUM, *Sessio VII. Decretum de Sacramentis. Canones de Sacramentis in genere*, in AA.Vv., *Conciliorum Œcumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, n. 684; anche in: H. DENZINGER, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, (P. HÜNERMANN, cur.) Bologna, 2009, n. 1611.

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio de sacra Liturgia: Sacrosanctum Concilium*, in AAS, LVI (1964).

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Ecclesia: Lumen Gentium*, in AAS, LVII (1965).

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de Œcumenismo: Unitatis Redintegratio*, in AAS, LVII (1965).

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Divina Revelatione: Dei Verbum*, in AAS, LVIII (1966).

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis: Gaudium et Spes*, in AAS, LVIII (1966).

CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Decretum de accommodata renovatione vitæ religiosæ: Perfectæ Caritatis*, in AAS, LVIII (1966).

II. PONTIFICES

BENEDICTUS PP. XIV, Constitutio apostolica: *Sacramentum Pœnitentiæ*, 1 Iunii 1741, in BENEDICTUS PP. XIV, *Bullarium. In quo continentur Constitutiones, Epistolæ, aliaque edita ab initio pontificatus usque ad annum MDC-CXLVI*, I-1, Mechliniæ, 1826.

PIUS PP. IX, Epistola encyclica, qua rerum enarratione præmissa de iis quæ violentam captionem Urbis præcesserunt et subsequuta sunt, Censuræ iam latæ confirmantur: *Respicientes*, 1 novembre 1870, in *Acta Sanctæ Sedis*, VI (1870-1871).

PIUS PP. X, *Lex propria Sacræ Romanæ Rotæ et Signaturæ Apostolicæ*, in *AAS*, I (1909).

PIUS PP. XI, Sermo ad Parochos Urbis et Concionatores sacri temporis quadragesimalis: *Il Nostro*, 11 februarii 1929, in *AAS*, XXI (1929).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 1 octobris 1940, in *L'Osservatore romano*, LXXX (1940), n. 228 (24.422), 2 ottobre.

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 3 octobris 1941, in *AAS*, XXXIII (1941).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis S. Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 1 octobris 1942, in *AAS*, XXXIV, (1942).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis S. R. Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 2 octobris 1944, in *AAS*, XXXVI (1944).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 29 octobris 1947, in *AAS*, XXXIX (1947).

PIUS PP. XII, Constitutio apostolica de sacris Ordinibus Diaconatus, Presbyteratus et Episcopatus: *Sacramentum Ordinis*, in *AAS*, XXXX (1948).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Administratos Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores*, 13 novembris 1949, in *AAS*, XXXXI (1949).

PIUS PP. XII, Allocutio: *Iis qui interfuerunt VI Conventui nationali sodalium*

Consociationis ex Iuris peritis catholicis Italiae, 5 decembris 1954, in AAS, LXIV (1955).

IOANNES PP. XXIII, Allocutio: *Ad Prælatos auditores ceterosque Officiales et Procuratores Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ*, 13 decembris 1961, in AAS, LIII (1961).

PAULUS PP. VI, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quo normæ ad quædam exsequenda Ss. Concilii Vaticani II Decreta statuuntur: *Ecclesiæ Sanctæ*, in AAS, LIX (1966).

PAULUS PP. VI, *Discorso in occasione della visita al Campidoglio*, 16 aprile 1966, in *Insegnamenti di Paolo VI*, IV, Città del Vaticano, 1967.

PAULUS PP. VI, Constitutio apostolica qua novi ritus approbantur ad Ordinationem Diaconi, Presbyteri et Episcopi: *Pontificalis Romani*, in AAS, LX (1968).

PAULUS PP. VI, Motu proprio: *Legge che modifica la Legislazione penale e la Legislazione processuale penale*, n. L, 21 giugno 1969, in AAS *suppl.*, XLI (1969).

PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, in AAS, LXII (1970).

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).

PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores, Advocatos et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 31 ianuarii 1974, in AAS, LXVI (1974).

PAULUS PP. VI, Allocutio: *Ad Prælatos auditores et Officiales Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ, a Beatissimo Patre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos*, 30 ianuarii 1975, in AAS, LXVII (1975).

IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ encyclicæ: *Redemptor Hominis*, in AAS, LXXI (1979).

IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Tribunalis Sacræ Romanæ Rotæ Decanum, Prælatos auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno*, 4 februarii 1980, in AAS, LXXII (1980).

IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis Prælatos auditores, Officiales et Advocatos coram admissos*, 28 ianuarii 1982, in AAS, LXXIV (1982).

IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Prælatos auditores S. Romanæ Rotæ coram admissos*, 26 ianuarii 1984, in AAS, LXXVI (1984).

- IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio apostolica qua nova canonica ordinatio pro spirituali militum curæ datur: *Spirituali Militum Curæ*, in AAS, LXXVIII (1986).
- IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Romanæ Rotæ Auditores simul cum Officialibus et Advocatis, coram admissos, anno forensi ineunte*, 25 ianuarii 1988, in AAS, LXXX (1988).
- IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio apostolica de Romana Curia: *Pastor Bonus*, in AAS, LXXX (1988).
- IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Romanæ Rotæ Auditores, Officiales et Advocatos, coram admissos*, 26 ianuarii 1988 in AAS, LXXXI (1989).
- IOANNES PAULUS PP. II, Discorso ai partecipanti al Colloquio Internazionale su “Diritto naturale e diritti dell’uomo all’alba del XXI sec.”, Roma 10-13 gennaio 1991, organizzato dall’Unione Nazionale Giuristi Cattolici e patrocinato dall’*Union Internationale des Juristes Catholiques*, in *L’Osservatore romano*, traduz. dal francese, 12 gennaio 1991, 5, n. 3.
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Romanæ Rotæ Iudices et Administros, coram admissos*, 28 ianuarii 1994, in AAS, LXXXVI (1994).
- IOANNES PAULUS PP. II, Littera apostolica de Sacerdotali ordinatione viris tantum reservanda: *Ordinatio Sacerdotalis*, in AAS, LXXXVI (1994).
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Romanæ Rotæ Iudices*, 10 februarii 1995, in AAS, LXXXVII (1995).
- IOANNES PAULUS PP. II, Adhortatio apostolica post-synodalis: *Vita Consecrata*, in AAS, LXXXVIII (1996).
- IOANNES PAULUS PP. II, Litteræ encyclicæ de necessitudinis natura inter fidem et rationem: *Fides et Ratio*, in AAS, XCI (1999).
- IOANNES PAULUS PP. II, Motu proprio: *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, s. n., 26 novembre 2000, in AAS *Suppl.*, LXXI (2000).
- 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).
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *ad Romanæ Rotæ Tribunal*, 28 ianuarii 2002, in AAS, XCIV (2002).
- IOANNES PAULUS PP. II, Motu proprio: *Legge sul governo dello Stato della Città del Vaticano*, n. CCCLXXXIV, 16 luglio 2002, in AAS *suppl.*, LXXIII (2002).
- IOANNES PAULUS PP. II, Allocutio: *Ad Rotam Romanam habita*, 29 ianuarii 2004, in AAS, XCVI (2004).
- BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ*, 28 ianuarii 2006, in AAS, XCVIII (2006).

- BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Tribunal Rotæ Romanæ in inauguratione anni iudicialis*, 27 ianuarii 2007, in AAS, IC (2007).
- BENEDICTUS PP. XVI, Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quibus Supremi Tribunalis Signaturæ Apostolicæ Lex propria promulgatur: *Antiqua ordinatione Tribunalium*, in AAS, C (2008).
- BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano*, n. XXLI, 1 ottobre 2008, in AAS suppl., LXXIX (2008).
- BENEDICTUS XVI, Constitutio apostolica qua personales Ordinariatus pro Anglicanis conduntur qui plenam communionem cum catholica Ecclesia in-eunt: *Anglicanorum Cætibus*, in AAS, CI (2009).
- BENEDICTUS PP. XVI Allocutio: *Ad sodales Tribunalis Romanæ Rotæ*, 29 ianuarii 2010, in AAS, CII (2010).
- BENEDICTUS PP. XVI, Rescriptum ex audientia: *pro Congregatione pro Doctrina Fidei, die 21 Maii 2010*, in AAS, CII (2010).
- BENEDICTUS PP. XVI, Motu proprio: *Legge sulla Cittadinanza, la Residenza e l'Accesso nello Stato della Città del Vaticano*, n. CXXXI, 22 febbraio 2011, in AAS suppl., LXXXII (2011).
- BENEDICTUS PP. XVI, Allocutio: *Ad Plenariam Sessionem Supremi Tribunalis Signaturæ Apostolicæ*, in AAS, CIII (2011).

III. CURIA ROMANA ET TRIBUNALES¹

- SACRA CONGREGATIO CONCILII, *Instructio*, 22 augusti 1840, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, VI, Romæ, 1932, n. 4069.
- SACRA CONGREGATIO DE PROPAGANDA FIDE, *Instructio*, a. 1883, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, VII, Romæ, 1935, n. 4901.
- SACRA CONGREGATIO EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Instructio: Constitutio facultatem Ordinariis locorum*, 11 iunii 1880, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, IV, Romæ, 1926, n. 2005.
- SACRA CONGREGATIO EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Normæ secundum quas S. Congregatio Episcoporum et Regularium procedere solet in approbandis novis Institutis votorum simplicium*, Romæ, 1901.
- SACRA CONGREGATIO DE RELIGIOSIS, *De Regulis et Constitutionibus Religioso-*

1 Data l'insufficienza di un criterio di ordinamento solo cronologico delle Fonti relative alla complessa attività della Curia romana, le stesse verranno raggruppate (rispettando la cronologia 'relativa') per sostanziali settori d'interesse così da favorire una consultazione omogenea 'per materie', più utile allo scopo scientifico.

rum ad normam Canonis 489 Codicis Iuris canonici reformandis, in AAS, X (1918).

SACRA CONGREGATIO DE RELIGIOSIS, *Normæ secundum quas Sacra Congregatio de Religiosis in novis religiosis Congregationibus approbandis procedere solet*, in AAS, XIII (1921).

CONGREGATIO PRO RELIGIOSIS ET INSTITUTIS SÆCULARIBUS, *Instructio de accommodata renovatione institutionis ad vitam religiosam ducendam: Renovationis Causam*, in AAS, LXI (1969).

CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi: Apostolorum Successores*, Città del Vaticano, 2004.

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Litteræ circulares: Litteris Encyclicis*, in AAS, LXIII (1971).

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Normæ ad apparandas in Curiis diœcesanis et religiosis Causas reductionis ad statum laicalem cum Dispensatione ab obligationibus cum sacra Ordinatione conexas: Antequam causam reductionis*, in AAS, LXIII (1971).

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Declaratio: Die VIII Januari 1971, 26 giugno 1972*, in AAS, LXIV (1972).

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Un'interpretazione autentica della "Dichiarazione" del 23 marzo 1973*, in *L'Osservatore romano*, CXIII (1973), n. 69 (34.250), 25 marzo.

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Declaratio: De tuenda Sacramenti Pœnitentiæ dignitate*, in AAS, LXV (1973).

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Declaratio circa quæstionem admissionis mulierum ad sacerdotium ministeriale: Inter Insigniores*, in AAS, LXIX (1977).

SACRA CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Litteræ circulares: De modo procedendi in examine et resolutione petitionum quæ Dispensationem a cœlibatu respiciunt*, 14 ottobre 1980, in AAS, LXXII (1980).

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Decretum quo, ad Pœnitentiæ Sacramentum tuendum, excommunicatio latæ sententiæ illi quicumque ea quæ a confessario et a pœnitente dicuntur vel per instrumenta technica captat vel per communicationis socialis instrumenta evulgat, infertur: Congregatio pro Doctrina*, in AAS, LXXX (1988).

CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Lettera a tutti i Presidenti delle Conferenze episcopali sull'uso del pane con poca quantità di glutine e del mosto come materia eucaristica: Questo Dicastero*, in *Notitiæ*, XXXI (1995) [anche in: AA.VV., *Enchiridion vaticanum*, 14, Bologna, 2008].

- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Regulamentum: Agendi ratio in doctrinarum examine*, in AAS, LXXXIX (1997).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Decretum generale: De delicto attentatae sacrae Ordinationis mulieris*, in AAS, C (2008).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Breve relazione circa le modifiche introdotte nelle Normae de gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in AAS, CII (2010).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Complementary norms for the apostolic Constitution Anglicanorum Cætibus*, in AAS, CI (2010).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Normae: De gravioribus delictis*, in AAS, CII (2010).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Guida alla comprensione delle procedure di base della Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF) riguardo alle accuse di abusi sessuali*, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011).
- 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 *Apollinaris*, LXXXIV (2011).
- CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Lettera del Cardinale William Levada per la presentazione della circolare alle Conferenze episcopali sulle linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011).
- C.J. SCIACLUNA, *Recourse against singular or particular administrative acts of the diocesan bishop: Request for Revocation or amendment; Hierarchical recourse to the Holy See; Procedure before the Apostolic Signatura*, in *Forum*, XVI (2005).
- C.J. SCIACLUNA, *Clerical rights and duties in the jurisprudence and praxis of the Congregation for the Doctrine of Faith on graviora Delicta*, in *Folia canonica*, X (2007).
- C.J. SCIACLUNA (Promoter of Justice CDF), *The Procedure and Praxis of the Congregation for the Doctrine of the Faith regarding Graviora Delicta*, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011).
- SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Instructio servanda a Tribunalis diocesanis in pretractandis Causis de nullitate Matrimonium: Provida Mater Ecclesia*, in AAS, XXVIII (1936).
- SACRA CONGREGATIO RITUUM, *Instructio de cultu mysterii eucharistici: Eucharisticum mysterium*, in AAS, LVIV (1967).
- SACRA CONGREGATIO RITUUM, *Pontificale Romanum: De ordinatione Diaconi, Presbyteri et Episcopi*, Città del Vaticano, 1968.

CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Relatio Ecc.mi Secretarii: Relazione circa le Cause di Dispensa dalle obbligazioni annessa alla sacra Ordinazione (23 gennaio)*, in *Notitiæ*, XXVII (1991)*.

*VANN K.W. - JARREL L. (eds.), *Roman replies and CLSA advisory opinions 1991*, Washington (DC), 1991

CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Institutio generalis Missalis romani*, Città del Vaticano, 2002.

CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Instructio de quibusdam observandis et vitandis circa sanctissimam Eucharistiam: Redemptionis Sacramentum*, in *AAS*, XCVI, (2004).

SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio: ad Episcopos Rituum Orientalium*, anno 1883, in P. GASPARRI (cur.), *Codicis Iuris canonici Fontes*, IV, Romæ, 1926, n. 1076:

SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio: Naturalem et Divinam*, in *Il Monitore ecclesiastico*, XXIX (1917).

SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in Causis sollicitationis: Crimen Sollicitationis*, Città del Vaticano, 1962.

SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Litteræ circulares quibus mittuntur Normæ ad Processus de sacerdotibus lapsis apparandos: Sanctissimus*, in *AA.Vv., Enchiridion vaticanum*, Supplementum 1 (omissa 1962-1987), Bologna, 1990.

SECRETARIA STATUS, *Comunicazione*, in *AAS*, XXXII (1940).

SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex audientia: Quo Normæ rotales in forma specifica approbantur*, in *AAS*, LXXXVII (1995).

SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex audientia Ss.mi quo Ordinatio generalis Romanæ Curiae foras datur: Regolamento Generale Curia Romana*, in *AAS*, XCI (1999).

SECRETARIA STATUS, *Regolamento per il rilascio dei passaporti della Santa Sede, delle Tessere personali e dei documenti di identità*, approvato dal sommo Pontefice il 27 ottobre 2003 (documento inedito, ad uso interno).

SEGRETARIO DI STATO, *Legge che approva l'Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, n. CXIX, 21 novembre 1987, in *AAS Suppl.* LVIII (1987).

SEGRETARIO DI STATO, *Lettera del Cardinale Agostino Casaroli Segretario di Stato sulla competenza della Congregazione del Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti nei casi di Dispensa dagli obblighi assunti con la sacra Ordinazione al Diaconato ed al Presbiterato*, in *Notitiæ*, XXV (1989).

SEGRETARIO DI STATO, *Regolamento organico, disciplinare ed amministrativo della Guardia Svizzera Pontificia*, Città del Vaticano, 2006.

COMMISSIO INTERDICASTERALIS “PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI” (1996-1999), *Primum schema a Commissione approbatum*, (Reservatum).

COMMISSIO INTERDICASTERALIS “PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI” (1996-2000), *Vota et Animadversiones Conferentiarum Episcoporum una cum modorum expansione ex parte Commissionis Interdicasterialis*, (Reservatum) Romæ, 2000.

COMMISSIO INTERDICASTERALIS “PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI” (1996-2000), *Vota et Animadversiones*.

Brevis Præsentatio Primi Schematis Recogniti “De Processu ad nullitatem Matrimonii declarandam”, in COMMISSIO INTERDICASTERALIS “PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSI MATRIMONIALI” (1996-2000), *Primum schema “De Processu ad nullitatem Matrimonii declarandam” perspectis Episcoporum Conferentiarum animadversionibus recognitum* (Reservatum), Romæ, 2000.

NUOVA COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DEFINITIVO DI NORMATIVA SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2001-2002), *Novissimum schema*, (Reservatum) Romæ, 2002.

NUOVA COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DEFINITIVO DI NORMATIVA SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2001-2002), *Verbali delle riunioni* (Reservatum), Romæ, s.d.

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER LA REDAZIONE DI UN PROGETTO DI ISTRUZIONE SUI PROCESSI DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO (2003-2005), *Verbali delle riunioni* (Reservatum), Romæ s.d.

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a Tribunalibus diocesanis et interdiocesanis in pertractandis Causis nullitatis Matrimonii: Dignitas Connubii*, in *Communicationes*, XXXVII (2005).

CONSILIUM PRO PUBLICIS ECCLESIE NEGOTIIS, *Rescriptum: Novus modus procedendi in Causis nullitatis Matrimonii approbatur pro Statibus Fœderatis America Septentrionalis*, 28 aprilis 1970, in X. OCHOA, *Leges Ecclesie*, IV, Roma, 1974, n. 3848.

CONSILIUM PRO PUBLICIS ECCLESIE NEGOTIIS, *Rescriptum: Novus modus procedendi in Causis nullitatis Matrimonii approbatur pro Conferentiæ Episcopalis Australiae territorio*, 31 augusti 1970, in X. OCHOA, *Leges Ecclesie*, IV, Roma 1974, n. 3895.

PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema documenti quo disciplina sanctionum seu pœnarum*, in *Commuincationes*, VIII (1977).

Inter Sanctam Sedem et Italiam conventiones: *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, in AAS, LXXVII (1985).

SACRÆ ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, Normæ: *Regulæ servandæ in Iudiciis apud Sacræ Romanæ Rotæ Tribunal*, in AAS, II (1910).

SACRÆ ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL (ed.), *S. Romanæ Rotæ Decisiones seu Sententiæ*, I, Romæ, 1912.

SACRA ROMANA ROTA, *Normæ Sacræ Romanæ Rotæ Tribunalis*, in AAS, XXVI (1934).

ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, Normæ: *Quammaxime decet*, in AAS, LXXXVI (1994).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Bononien. Commissionis seu regularitatis Paræciæ*, in AAS, VIII (1916).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Salutiarum. Iurium*, in AAS, VIII (1916).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Vicentina. Exemptio-nis et funerum*, in AAS, VIII (1916).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Florentina. Iurium*, in AAS, IX (1917).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Ostiensis. Emphyteu-sis*, in AAS, IX (1917).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Mañilen. Circumscrip-tionis seu super decreto de interim exsequendo*, in AAS, X (1918).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Montisregalen. in Su-balpinis. Recursus pro restitutione in integrum*, in AAS, X (1918).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Paderbornen. Nullita-tis Matrimonii (De Laffert-Bartels)*, in AAS, XI (1919).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *De Manila. Nullitatis et restitutionis in integrum seu legati pii*, in AAS, XII (1920).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Tergestina. Recursus seu proventus et emolumentorum*, in AAS, XIII (1921).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decisio: *Romana. Sententiæ incidentalis in Causa nullitatis Matrimonii (Garcia-Stlos)*, in AAS, XV (1923).

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, *Decisio: Romana. Iurium*, in AAS, XVI (1924).

Coram BRUNO, decisio diei 30 maii 1986, in *RRDec.*, vol. LXXVIII.

Coram FIORE, decisio diei 30 octobris 1965, in *RRDec.*, vol. LVII.

Coram LÓPEZ ILLANA, decisio diei 10 martii 1998, in *RRDec.*, vol. XC.

Coram POMPEDDA, decisio diei 22 octobris 1996, in *RRDec.*, vol. LXXXVIII.

Coram STAFFA, decisio diei 3 iunii 1949, in *RRDec.*, vol. XLI.

IV. ALII

Catechismo della Chiesa cattolica, Città del Vaticano, 1999.

AA.Vv., *Annuario Pontificio* 2003.

J.I. ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari commentato*, 1 ed., Roma, 2004.

J.I. ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari commentato*, 3 ed., Roma, 2010.

J.I. ARRIETA, *Codice di norme vaticane*, Venezia, 2006.

CARDINALE PRESIDENTE DELLA PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Principi di tecnica legislativa*, Città del Vaticano, 2001

CARDINALE PRESIDENTE DELLA PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, Decreto n. 495.799, 1° luglio 2010 (non apparso negli ASS *suppl.* LXXXI [2010] entro il Num. 14 del 20 settembre 2010).

COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con il quale vengono modificate ed integrate le norme relative alla vidimazione annuale delle Licenze di circolazione ed al rilascio di Patenti di abilitazione per conducenti di autoveicoli*, n. CCLXV, 3 dicembre 1996, in AAS *suppl.*, LXVII (1996).

COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con il quale viene promulgato il Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, n. CCLXXVIII, 12 giugno 1997, in AAS *suppl.*, LXVIII (1997).

GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, n. XII, 31 gennaio 1930, in AAS *suppl.*, I (1929).

GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento per l'Accesso alla Città del Vaticano*, n. XXXVI, 27 dicembre 1932, in AAS *suppl.*, IV (1932).

- GOVERNATORE DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto con cui si apportano modificazioni al Regolamento per la circolazione degli autoveicoli*, 31 gennaio 1931, n. XII, n. X, 9 marzo 1949, in *AAS suppl.*, XII (1940).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Regolamento organico e di disciplina del Corpo della Gendarmeria Pontificia*, promulgato con Decreto 8 dicembre 1946, n. XXXIX (non pubblicato in *AAS Suppl.*, ma in un volumetto a parte, dalla Tipografia Poliglotta Vaticana).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Decreto concernente la navigazione marittima sotto la bandiera dello Stato della Città del Vaticano*, n. LXVII, 15 settembre 1951, in *AAS Suppl.*, XXIII (1951).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulla disciplina della circolazione stradale*, n. LXII, 22 giugno 1970, in *AAS Suppl.*, XLII (1970).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge sulle pene pecuniarie e sulla prescrizione in materia penale*, n. LII, 10 gennaio 1983, in *AAS Suppl.*, LIII (1983).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica la Legislazione sulle pene pecuniarie e la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CXLIV, 15 giugno 1989, in *AAS Suppl.*, LX (1989).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge in materia di modifiche al sistema penale*, n. CCXXVII, 14 dicembre 1994, in *AAS Suppl.*, LXV (1994).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CCXCVI, 3 giugno 1998, in *AAS Suppl.* LXIX (1998).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge che modifica ed integra la Legislazione sulla disciplina della circolazione stradale*, n. CCCXXXVI, 8 giugno 2000, in *AAS Suppl.*, LXXI (2000).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge con la quale vengono determinati alcuni adempimenti inerenti all'introduzione dell'Euro e alle modalità di repressione delle falsificazioni monetarie*, n. CCCLXXI, 28 dicembre 2001, in *AAS Suppl.*, LXXII (2001).
- PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge con la quale sono stabiliti divieti di fumo*, n. CCCLXXXII, 14 giugno 2002, in *AAS Suppl.*, LXXIII (2002).

- PRESIDENTE DEL GOVERNATORATO DELLO S.C.V, *Ordinanza per il rilascio dei passaporti dello Stato della Città del Vaticano*, n. LV, 28 dicembre 2007, in *AAS suppl.*, LXXVIII (2007).
- PRESIDENTE DEL GOVERNATORATO, *Lettera del 4 dicembre 2008*, prot. 479.114 (in quanto Atti interni della Pubblica Amministrazione dello Stato, si trovano presso l'Archivio del Governatorato S.C.V).
- PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE, *Lettera del 16 giugno 2010*, n. 495355, con annesse note illustrative del progetto nonché il testo normativo).
- SYNODUS EPISCOPORUM, *Relatio: Principia quæ pro Codicis Iuris canonici recognitione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur (7-VI-1967)*, in *Communicationes*, I (1969).
- CONFERENZA EPISCOPALE STATUNITENSE, *Giustizia economica per tutti. L'insegnamento della Chiesa e l'economia statunitense*, (trad. it.) Roma, 1987.
- NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Canonical Delicts involving sexual misconduct and dismissal from the clerical state*, s.l., 1995.
- UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential norms for diocesan/eparchial policies with allegations of sexual abuse of minors by Priests or Deacons*, s.l., 2006 (URL: < http://home.catholicweb.com/DOSP_SE/files/2005_EssentialNorms.pdf > al 29 aprile 2010).

V. PATRES ET DOCTORES

- DEI GIROLAMI R., *De bono comuni*, in *Memorie domenicane*, nuova serie XVI (1985).
- HUGO DE S. VICTORE, *Commentariorium in hierarchiam cælestem S. Dionysii areopagite secundum interpretationem Joannis Scoti. Libri X*, in J.P. MIGNE (cur.), *Patrologiæ cursus completus. Series latina*, CLXXV, Paris 1841-1864.
- S. THOMAS, *Commentum in quattuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi*.
- S. THOMAS, *Summa Theologiæ*.

B- FONTES NON ECCLESIASTICI

I. PHILOSOPHICI

ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*.

EPICURO, *Massime capitali* (tramandateci da Diogene Laerzio).

PLATONE, *Il politico*.

PLATONE, *La Repubblica*.

CICERONE, *De Republica*.

DESCARTES R., *Les passions de l'âme*, (s.l., 1649), in DESCARTES R., *Opere*, II, Bari, 1967.

HOBBS T., *Leviathan. The matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, London, 1651.

KANT I., *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797.

KANT I., *Fondazione della Metafisica dei costumi*, (trad. it.) Milano, 1994.

KANT I., *Per la pace perpetua*, (trad. it.) Milano, 1995.

LEIBNIZ G.W., *Dissertatio de arte combinatoria*, Leipzig, 1666.

LOCKE J., *Two treatises of government*, Hanover, 1690.

LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, (trad. it.) Milano, 1998.

PUFENDORF S., *De Iure naturæ et gentium libri octo*, Londini Scanorum, 1672.

ROUSSEAU J.J., *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini*, (trad. it.) Roma, 1968.

ROUSSEAU J.J., *Du contrat social ou Principes du Droit politique*, Amsterdam, 1762.

ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, (trad. it.) Roma-Bari, 1987.

SCHOPENHAUER A., *Preisschrift über die Freiheit des menschlichen Willens*, s.l., 1839.

II. LEGALES

KRUEGER P. (ed.), *Corpus Iuris civilis. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, 15 ed., Dublin-Zürich, 1970.

ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo*, 10 dicembre 1948.

ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, 16 dicembre 1966.

C.E.D.U., *Affaire Pellegrini c. Italia* (ric. 30882/96), sent. 20 luglio 2001, in URL: < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=30882/96&sessionid=63864894&skin=hudoc-fr> > (al 22-12-2010).

C.E.D.U., *Affaire Lombardi Vallauri c. Italia* (ric. 39128/05), sent. 20 ottobre 2009, in URL: < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=39128/05&sessionid=63864894&skin=hudoc-fr> > (al 22-12-2010).

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, 22 dicembre 2003, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, n. L 013 del 20/01/2004, 44-48, in URL: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:IT:HTML> > (al 2 agosto 2010).

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1954, in URL: < http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0D3304D1-F396-414A-A6C1-97B316F9753A/0/ITA_CONV.pdf > (al 22-12-2010).

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 22 gennaio 1982, n. 18*, in *Il Foro italiano*, CVII (1982), I.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE QUINTA PENALE, *Sentenza 03 febbraio 2003, n. 4900*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA PENALE, *Sentenza 29 luglio 2008, n. 31456*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Sentenza 24 marzo 2006, n. 6572*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Ordinanza 25 febbraio 2008, n. 4712*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE - SEZIONI UNITE, *Sentenza 11 novembre 2008, n. 26972*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, *Sentenza 30 giugno 2011, n. 14402*.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 18 giugno 1987, n. 5354*, in *Giurisprudenza italiana*, CXL (1988), I.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 18 giugno 1987, n. 5358*, in *Giurisprudenza italiana*, CXL (1988), I.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 20 luglio 1988, n. 4700*, in *Il Foro italiano*, CXIV (1989) I.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 12 luglio 2002, n. 10143*, in *Famiglia e Diritto*, X (2003).

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 8 giugno 2005, n. 12010*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, XXII (2005), 3.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 10 maggio 2006, n. 10796*, in *Famiglia e Diritto*, XIV (2007).

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE PRIMA CIVILE, *Sentenza 18 luglio 2008, n. 19809*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII (2008).

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE DI CASSAZIONE, *Sentenza 22 marzo 1995, n. 3314*, in *Famiglia e Diritto*, II (1995).

REGNO D'ITALIA, *Il Trattato del Laterano*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXX (1929), n. 130, 5 giugno 1929 (Straordinario).

REGNO D'ITALIA. MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Nota*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, LXX (1929), n. 133, 8 giugno 1929.

REPUBBLICA ITALIANA, *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede. L. 25 marzo 1985, n. 121*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, CXXVI (1985), Serie generale, 10 aprile 1985 n. 85, Supplemento ordinario.

REPUBBLICA ITALIANA, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CLI (2010), Serie generale, 5 marzo, n. 53.

REPUBBLICA ITALIANA, *Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Attuazione dell'Articolo 44 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del Processo amministrativo*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, CLI (2010), Serie generale, 7 luglio n. 156, Supplemento ordinario n. 148/L.

BIBLIOGRAPHIA HUIUS VOLUMINIS

- AA.VV., *Bilancio canonistico*, in GHERRI P. (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007.
- AA.VV., *Comunità ecclesiale e devianza. Funzione della sanzione penale nell'Ordinamento canonico*. Atti del XX Congresso Nazionale ASCAI, Roma, 1998.
- AA.VV., *Studi di Diritto ecclesiastico e canonico*, n. 1, Napoli, 1978.
- AA.VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997.
- AA.VV., *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936.
- AA.VV., *Trattato di Diritto civile. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999.
- ABBAGNANO N., *Dizionario di Filosofia*, 3 ed. agg. e ampl. (FORNERO G., cur.) Torino, 1998.
- ABBAGNANO N., Voce: *Contrattualismo*, in ABBAGNANO N. (cur.), *Dizionario filosofico*, Torino, 2002.
- ABBAGNANO N., Voce: *Neocontrattualismo*, in ABBAGNANO N. (cur.), *Dizionario filosofico*, Torino, 2002.
- ABBAGNANO N., Voce: *Utilitarismo*, in ABBAGNANO N. (cur.), *Dizionario filosofico*, Torino, 2002.
- ACKERMAN B., *La giustizia sociale nello Stato liberale*, (trad. it.) Bologna, 1984.
- ACQUAVIVA G. (cur.), *La grande riforma del Concordato*, Venezia, 2006.
- ALBERGHI S. - CORTELLA L., Voce: *Giudizio pratico*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- ALLAM M., *A Londra i Tribunali islamici applicano la Sharia. Migliaia di Sentenze su Matrimoni, divorzi e eredità. Così la religione diventa Legge*, in *Il corriere della sera*, 133 (2008), n. 48, 26 febbraio.

- ALLEN W.F., *Moral certitude*, in *The Jurist*, XVII (1957).
- ALONSO MORÁN S. - CABREROS DE ANTA M. (curr.), *Comentarios al Código de Derecho canónico*, III, Madrid, 1964.
- ALPA G. - GALLETTO T., *Processo, Arbitrato e Conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario: commento al D. Lgs. 17 gennaio 2003*, n. 5, Milano, 2004.
- ALPA G. (curr.), *L'Arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999.
- ALPA G., *Il Diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004.
- AMATO C. - PONZANELLI G. (curr.), *Global Law v. local Law: problemi della globalizzazione*. 17° Colloquio biennale, Associazione italiana di Diritto comparato (Brescia, 12-14 maggio, 2005), Torino, 2006.
- ANDRÉS GUTIÉRREZ D., *Le forme di Vita Consacrata. Commentario teologico-giuridico al Codice di Diritto canonico*, 6 ed., Roma, 2008.
- ANSPERGER C. - VAN PARIJS P., *Quanta disuguaglianza possiamo accettare*, (trad. it.) Bologna, 2003.
- ARANGIO F., *La Transazione*, Torino, 2004.
- ARIAS J., *Book VI - Sanctions in the Church*, in AA.VV., *Code of Canon Law annotated*, Montreal, 1993.
- ARRIETA J.I., *La nuova Legge vaticana sulle Fonti del Diritto*, in *Ius Ecclesiae*, XXI (2009).
- ARROBA CONDE M.J., *Corresponsabilità e Diritto processuale canonico*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- ARROBA CONDE M.J., *Diritto processuale canonico*, 5 ed., Roma, 2006.
- ARROBA CONDE M.J., *La competenza di grazia in materia giudiziaria*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010.
- ARROBA CONDE M.J., *Prova e difesa nel Processo di nullità del Matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano, 2008.
- ATTERITANO A., *L'enforcement delle Sentenze arbitrali del commercio internazionale: il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009.
- AUBERT J.-M., *Legge divina. Leggi umane*, Roma, 1968.
- AUBY J.B., *La globalisation, le Droit et l'État*, Paris, 2010.
- AULARD A., *Histoire politique de la Révolution*, Paris, 1901.
- AULETTA F. (curr.), *Sull'Arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.
- BAKHUIZEN VAN DEN BRINK J.N., *Episcopalis Audientia*, Amsterdam, 1956.
- BALENA G., *Delibazione di Sentenze ecclesiastiche di nullità e processo di Divorzio, nota a Cass. 18 aprile 1997, n. 3345*, in *Il corriere giuridico*, XIV (1997).
- BARBERIS M., *Libertà*, Bologna, 1999.
- BARRY B., *Teorie della giustizia*, (trad. it.) Milano, 1996.

- BARTULUS A SAXOFERRATO, *Tractatus de Arbitris*, in BARTULUS A SAXOFERRATO, *Omnia quae extant Opera*, X, Venetiis 1602.
- BASIELLO U., Voce: *Istruzione del Processo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973.
- BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.
- BASTI G., *Logica aletica, deontica e Ontologia formale: dalla verità ontica all'obbligo deontico*, in BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.
- BAURA E. - CANOSA J. (curr.), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006.
- BAURA E., *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in BAURA E. - CANOSA J. (curr.), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006.
- BEAL J.P., *Administrative leave: Canon 1722 revisited*, in *Studia canonica*, XXVII (1993).
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.
- BEGUS C., *Ricezione e istituzionalizzazione del Personalismo nella Giurisprudenza canonica*, in *Apollinaris*, LXXX (2007).
- BEGUS C., *Ricezione ed istituzionalizzazione del Personalismo nella Giurisprudenza canonica*, in GHERRI P. (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008.
- BELLAVISTA A., *Difesa giudiziaria penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964.
- BELLINI P., *Transazione. Diritto canonico*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, 1994.
- BENAZZI A., *Note sulla Cittadinanza vaticana*, in *Lo Stato civile italiano*, LXIV (1964).
- BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morale and Legislation*, London, 1982.
- BENVENUTI F., *Autotutela (Dir. amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959.
- BERNARDINI P., *L'Arbitrato internazionale*, Milano, 1994.
- BERTOLINO R., *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di Diritto canonico*, Torino, 1983.
- BERTONE T., *Introduzione*, in *Lo Stato della Città del Vaticano*. Atti del convegno sugli 80 anni (12-14 febbraio 2009), Città del Vaticano, 2010.
- BESUSSI A., *Giustizia e comunità. Saggio sulla Filosofia politica contemporanea*, Napoli, 1996.
- BESUSSI A., *La Filosofia politica come fede ragionevole*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1.

- BESUSSI A., *Ragioni “fredde” e ragioni “calde”. Per una difesa della discontinuità*, in MAFFETTONE S. - VECA S. (curr.), *Filosofia, Politica, società*, Roma, 1995.
- BIANCHI M. - DELSIGNORE S. (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008.
- BIANCHI M., *La pedo-pornografia virtuale: Alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in BIANCHI M. - DELSIGNORE S. (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008.
- BIANCHI P., *La certezza morale e il libero convincimento del Giudice*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l’Istruzione “Dignitas Connubii”*. Parte I: i principi, coll. *Studi giuridici*, n. LXXV, Città del Vaticano, 2007.
- BIGINI C.A., *Storia inedita della Conciliazione*, Milano, 1942.
- BINDER P.M., *International commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL model Law jurisdictions*, London, 2005.
- BLANC L., *Historie de la Révolution française*, 12 voll. Paris, 1847-1862.
- BLONDEL M., *L’Action. Essai d’une critique de la vie et d’une science de la pratique*, Paris, 1893.
- BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (curr.), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, 1972.
- BOCHÈNSKI J.M., *La logica formale. La logica matematica*, (CONTE A., cur.) Torino, 1972.
- BONAIUTO P. - BIASI V., *Voce: Motivazione*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cassazione penale. Rivista mensile di Giurisprudenza*, XXVIII (2009), n. 5.
- BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l’Istruzione “Dignitas Connubii”*. Parte I: i principi, coll. *Studi giuridici*, n. LXXV, Città del Vaticano, 2007.
- BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l’Istruzione “Dignitas Connubii”*. Parte III: la parte dinamica del Processo, coll. *Studi giuridici*, n. LXXVII, parte terza, Città del Vaticano, 2008.
- BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *La Lex propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010.
- BONNET P.A. - LOSCHIAVO L. (curr.), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel Diritto comune e nel Diritto canonico*, Napoli, 2008.
- BONNET P.A., *Brevi annotazioni sul Matrimonio condizionato e sulla certezza morale in Giuseppe Dossetti*, in *Archivio giuridico*, CCXXV (2005).
- BONNET P.A., *De Iudicis Sententia ac de certitudine morali*, in *Periodica*, LXXV (1986).

- BONNET P.A., *Le Fonti normative e la funzione legislativa nello SCV*, in *Archivio giuridico*, CXXXXVIII (2009).
- BONNET P.A., *Le Fonti normative e la funzione legislativa*, in CAMMEO F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, (Appendice alla ristampa anastatica) Città del Vaticano, 2005.
- BORCHERT D.M. (ed. in Chief), *Encyclopedia of Philosophy*, 2 ed., 9, Detroit et alii, 2006.
- BORSARI L., *Il Codice italiano di Procedura civile commentato*, Torino, 1865.
- BOTTA R., *L'inutile Concordato*, in *Giurisprudenza italiana*, CXL (1988), I.
- BOURKE V.J., *Thomistic Bibliography*, Saint Louis, 1945.
- BOVE M., *La giustizia privata*, Padova, 2009.
- BRENA G.L., *Ricordando John Rawls*, in *La Civiltà Cattolica*, 154 (2003-II), n. 3669.
- BRIMO A., *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Parigi, 1967.
- BRUNI A., *La gestione positiva del conflitto attraverso la Mediazione*, in *Quaderni di Mediazione*, V (2007).
- BRUTUS S.J. [pseudonimo], *Vindicae contra tyrannos. Sive, de principis in populum, populiq[ue] in principem, legitima potestate*, Geneve, 1579.
- BUSELLI MONDIN P., *Il litisconsorzio nel Processo di nullità matrimoniale: rappresentanza e responsabilità*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- BUSELLI MONDIN P., *Il Personalismo cristiano di Giovanni Paolo II. Quale significato giuridico?*, in GHERRI P. (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Roma, 2008.
- BUSELLI MONDIN P., *L'assenza della forma canonica preclude l'operatività del Processo di nullità matrimoniale? Un'ipotesi*, in *Ius canonicum*, XLVII (2007).
- BUSELLI MONDIN P., *L'Uditore secondo la Dignitas Connubii: come esercita la sua potestà giudiziale?*, in *Apollinaris*, LXXXI (2008).
- CABREROS DE ANTA M., *Modos como puede terminar el Proceso*, in ALONSO MORÁN S. - CABREROS DE ANTA M. (curr.), *Comentarios al Código de Derecho canónico con el texto legal latino y castellano*, III, Madrid, 1964.
- CABREROS DE ANTA M., *Validez de las Sentencias de la Signatura sin alegación de razon*, in ALONSO MORÁN S. - CABREROS DE ANTA M. (curr.), *Comentarios al Código de Derecho canónico con el texto legal latino y castellano con el texto legal latino y castellano*, III, Madrid, 1964.
- CABREROS M. DE ANTA, *Comentario al Can. 1868*, in ALONSO MORÁN S. - CABREROS DE ANTA M. (curr.), *Comentarios al Código de Derecho canónico con el texto legal latino y castellano*, III, Madrid, 1964.
- CADOPPI A. (curr.), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della Legge contro la pedofilia*, Padova, 2006.

- CADOPPI A., *Commento Art. 600-ter, I e II comma c.p.*, in CADOPPI A. (cur.), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della Legge contro la pedofilia*, Padova, 2006.
- CALABRESE A., *Diritto penale canonico*, Roma, 2006.
- CALABRESE A., *La Procedura stragiudiziale penale*, in SUCHECKI Z. (cur.), *I Procedimenti speciali nel Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992.
- CALAMANDREI P., *Diritto ed equità nell'Arbitrato*, in CALAMANDREI P., *Studi sul Processo civile*, III, Padova, 1934.
- CALAMANDREI P., *La crisi della motivazione*, in CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
- CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
- CALAMANDREI P., *Studi sul Processo civile*, III, Padova, 1934.
- CALASSO F., *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Milano, 1954.
- CAMMEO F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, (ristampa anastatica) Città del Vaticano, 2005.
- CAMPITELLI A., *Processo civile, b) Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987.
- CANGIOTTI M., *Oltre Rawls: sul fondamento del "ragionevole"*, in *Hermeneutica. Annuario di Filosofia e Teologia* fondato da Italo Mancini, XXIV (2004).
- CANONICO M., *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni unite*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII (2008).
- CANOSA J. (cur.), *I principi per la revisione del Codice di Diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000.
- CANOSA J., *Il Procedimento amministrativo disciplinare previsto in alcuni regolamenti vigenti nella Curia Romana*, in CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005.
- CANTARELLA E., *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 2001.
- CAPOGRASSI G., *Intorno al Processo*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, XVIII (1938).
- CAPPELLO F.M., *Tractus canonico-moralis. De Sacramentis. De pœnitentis*, II, Taurini-Romæ, 1953.
- CARAMELLA S. - MÜLLER P., *Sillogismo*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010.
- CARAMELLA S., Voce: *Giudizi esistenziali*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- CARBONE C., *Lodo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV, Milano, 1975.
- CARDIA C., *La nuova Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano. Il Rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva*, in *Ius Ecclesiæ*, XIII (2001).
- CARLEVARIS A., *La tutela cautelare nell'Arbitrato internazionale*, Padova, 2006.
- CARLYLE T., *The French Revolution*, 3 voll., London, 1837.

- CARNELUTTI F., *Diritto e Processo*, Napoli, 1958.
- CARON P.G., *La giurisdizione vescovile di fronte allo Stato italiano*, Milano, 1958.
- CARRARO L., *La Mediazione*, Padova, 1960.
- CARULLI V., *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1981.
- CASORIA J., *De Matrimonio rato et non consummato*, Romæ, 1959.
- CASPANI V., *I consumatori e la giustizia. Conciliazione e Arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale*, Piacenza, 2002.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma, 2002.
- CATERINI E. - CHIAPPETTA G. (curr.), *L'Arbitrato. Fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995.
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984.
- CINNA M.R., *La 'episcopalis Audientia' nelle Costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989.
- CIPROTTI P., *Appunti di Diritto privato vaticano*, Roma, 1938.
- CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005.
- CLEMENTI F., *Città del Vaticano (Si governano così)*, Bologna, 2009.
- COCCHI G., *Commentarium in Codicem Iuris canonici*, I. 4, Torino, 1930.
- COLLURA G., *Contributo allo studio dell'Arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978.
- COLORIO A., *Diritto e cervello: verso le nuove frontiere del neurodiritto*, in *i-lex Scienze giuridiche, Scienze cognitive e Intelligenza artificiale*. Rivista on-line, Ottobre 2010, numero 10, in < URL: <http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue10/colorio.pdf> > (in data 22-12-2010).
- COMANDUCCI P., *Contrattualismo, Utilitarismo, garanzie*, Torino, 1984.
- COMOLLI G., *La Legge 218/1995 e il riconoscimento nello Stato delle Sentenze ecclesiastiche di nullità del Matrimonio a proposito di una recente Sentenza*, in *Famiglia e Diritto*, IV (1997) II.
- CONSO G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel Processo penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, IX (1966).
- CONTE A CORONATA M., *Compendium Iuris canonici*, III, Taurini, 1938.
- CONTE A CORONATA M., *Institutiones Iuris canonici*, IV, Taurini-Romæ, 1947.
- COPPOLA R., *Comentario al Can. 1722*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R. (dirr.), *Comentario exégetico al Código de Derecho canónico*, IV/2, Pamplona, 1996.
- CORBELLINI G., *Il governo dello Stato della Città del Vaticano e la nuova Legge Fondamentale*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004).
- CORBELLINI G., *Il Vaticano: territorio, aree esterne, istituzioni. Parte Prima: Territorio e Aree esterne, Appendice I: l'Organizzazione del Governatorato*, in *Lo Stato della Città del Vaticano. Atti del convegno sugli 80 anni (12-14 febbraio 2009)*, Città del Vaticano, 2010.

- CORBELLINI G., *Leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, III, Roma, 2007.
- CORBELLINI G., *Nuova Legge su Cittadinanza, Residenza e Accesso in Vaticano*, in *L'Osservatore romano*, CLI (2011), n. 50 (45.695), 2 marzo.
- CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000.
- COTESTA V., *Sociologia del mondo globale*, Roma-Bari, 2010.
- CRIFÒ G., *Arbitrato, a) Diritto romano*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958.
- CUENA BOY F.J., *La episcopalis Audientia*, Valladolid, 1985.
- D'AGOSTINO F., *Filosofia del Diritto*, Torino, 1996.
- D'AGOSTINO F., *Giustizia. Elementi per una teoria*, Torino, 2006.
- D'AVACK P.A., *Arbitrato, d) Diritto canonico*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958.
- DA RE A., *Il bene e il giusto, una panoramica delle attuali proposte etico-politiche*, in GAHL R.A. JR., *Etica e Politica nella società del Duemila*, Roma, 1998.
- DA S. MICHELE V., *La confessione delle parti nel Processo canonico. Storia e dottrina*, Milano, 1957.
- DAL SASSO G. - COGGI R. (curr.), *Compendio della Somma teologica di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1989.
- DALLA TORRE G. (cur.) *La revisione del Concordato*, coll. *Quaderni dell'Osservatore romano*, Città del Vaticano, 1985.
- DALLA TORRE G., *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma, 2002.
- DAVID R. - JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5 ed. it. (SACCO R., cur.), Padova, 2004.
- DE CRUZ P., *Comparative Law in a changing world*, 3 ed., London-New York, 2007.
- DE DIEGO-LORA C. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R., *Lecciones de Derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona, 2003.
- DE DIEGO-LORA C., *Comentario al Can. 1611*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R. (dir.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, 2 ed., Pamplona, 1997.
- DE DIEGO-LORA C., *Prólogo*, in LLOBELL J., *Historia de la motivación de la Sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.
- DE DIEGO-LORA C., Sub: *Can. 1611*, in ARRIETA J.I. (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari commentato*, 3 ed., Roma, 2010.
- DE DIEGO-LORA C., Sub: *Can. 1622*, in ARRIETA J.I. (dir.), *Codice di Diritto canonico e Leggi complementari commentato*, 3 ed., Roma, 2010.
- DE FEIS E., *Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: rispetto del diritto di difesa e ordine pubblico*, in *Famiglia e Diritto*, XIV (2007).
- DE FILIPPIS B., *Il problema della giustizia in Rawls*, Napoli, 1992.
- DE FRANCHIS F., Voce: *Giurisprudenza*, in *Dizionario Giuridico - Law Dictionary, Italiano-Inglese*, 2, Milano, 1996.

- DE FRANCHIS F., Voce: *Jurisprudence*, in *Dizionario Giuridico - Law Dictionary, Inglese-Italiano*, 1, Milano, 1984.
- DE FRANCHIS F., Voce: *Practice*, in *Dizionario Giuridico - Law Dictionary, Inglese-Italiano*, 1, Milano, 1984.
- DE LANVERSIN B., *De momento Peritiæ instituendæ in Processibus matrimonialibus recentioribus*, in *Periodica*, LXXIII (1984).
- DE LANVERSIN B., *L'importance du Can. 1578 §3 dans les Proces matrimoniaux ("Judex peritus Peritorum")*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, IV (1989).
- DE LUCA L., *La Transazione nel Diritto canonico*, Roma, 1942.
- DE LUCA L., *La tutela giurisdizionale nella Giurisprudenza successiva alla Sentenza 18/1982 della Corte Costituzionale*, in *Rivista di Diritto civile*, XXXIII (1987), I.
- DE LUCA L., *Revoca di dichiarazione di nullità matrimoniale e suoi effetti civili (pensamenti e ripensamenti della Cassazione)*, in *Il Diritto ecclesiastico*, XCI (1980).
- DE PAOLIS V. - CITO D., *Le Sanzioni nella Chiesa: Commento al Codice di Diritto canonico, Libro VI*, Città del Vaticano, 2008.
- DE PAOLIS V., *Comentario al Can. 1342*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R., *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, IV/1, Montreal, 2004.
- DE PAOLIS V., *Commento al Can. 1473*, in PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001.
- DE PAOLIS V., *Il contenzioso amministrativo via amministrativa e via giudiziale controllo di merito e controllo di legittimità*, in *Periodica*, 97 (2008).
- DE PAOLIS V., *Il Processo penale amministrativo*, in SUCHECKI Z., *Il Processo penale canonico*, Roma, 2003.
- DE PAOLIS V., *Il Sacramento della Penitenza (Cann. 959-997)*, in G.I.D.D.C. (cur.), *La funzione di santificare della Chiesa*, Milano, 2002.
- DEL PRATO E., *La Transazione*, Milano, 1992.
- DELLA ROCCA F., *Appunti sul Processo canonico*, Milano, 1960.
- DELLA ROCCA F., *De morali certitudine in Sententia canonica*, in *Apollinaris*, XXXIII (1960).
- DELSIGNORE S., *La detenzione di materiale pornografico minorile. Un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in BIANCHI M. - DELSIGNORE S. (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008.
- DELSIGNORE S., *Mercificazione della persona e Delitti di pornografia minorile: Una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore*, in BIANCHI M. - DELSIGNORE S. (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008.
- DI BERNARDO E., *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, coll. *Corona Lateranensis*, n. 18, Roma, 2002.

- DI BERNARDO E., *Conformità delle Sentenze come 'responsabilità' condivisa*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- DI BERNARDO E., *Il Cardinal Roberti e la teoria del "rapporto giuridico processuale". Linee evolutive*, Città del Vaticano, 2008.
- DI BERNARDO E., *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, LXXXIII (2010).
- DI BERNARDO E., *Il sillogismo giudiziale. Prerogative e limiti di applicabilità nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004).
- DI CARLO A.M., *La Rivoluzione francese. Una rivoluzione da completare*, Roma, 2009.
- DI GIOVINE O., *Sub Art. 600-quater, I c.p.*, in PADOVANI T. (cur.), *Codice penale*, Milano, 2007.
- DI GRAVIO L., *La Mediazione in Italia*, Roma, 1957.
- DI MARZIO P., *Diritto giurisprudenziale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, nota a Cass. Sez. I civ. 6 marzo 2003, n. 3339*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CXV (2004).
- DI MATTIA G., *Diritto alla difesa e procedura penale amministrativa in diritto canonico*, in *Fidelium iura*, III (1993).
- DI MATTIA G., *La Procedura penale giudiziaria e amministrativa nel CCEO e nel CIC riflessioni comparative*, in *Apollinaris*, LXIX (1996).
- DI MATTIA G., *Pena e azione pastorale nel Diritto penale della Chiesa*, in AA.VV., *Comunità ecclesiale e devianza. Funzione della sanzione penale nell'Ordinamento canonico*. Atti del XX Congresso Nazionale A.S.C.A.I., Roma, 1998.
- DI ROBILANT E., *Significato del Diritto naturale nell'Ordinamento canonico*, Torino, 1954.
- DIURNI G. - MARI P. - TREGGIARI F. (curr.), *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, 2008.
- DOMINIONI O., "Parte (Diritto processuale penale)", in *Enciclopedia del Diritto*, XXXI, Milano, 1981.
- DONATI D., *La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato*, Padova, 1930.
- DOSSETTI G., *Processo matrimoniale canonico e Logica giuridica (A proposito del discorso di Sua Santità alla S.R. Rota)*, in *Ius*, III (1942).
- DUCHESNE L., *I primi tempi dello Stato Pontificio*, (tr. it.) Torino, 1970.
- DWORKIN R. - MAFFETTONE S., *I fondamenti del Liberalismo*, Roma-Bari, 1996.
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, London, 1977.
- DWORKIN R., *What is equality? Part 1: equality of welfare*, in *Philosophy and Public Affairs*, X (1981), n. 3.
- DWORKIN R., *What is equality? Part 2: Equality of resources*, in *Philosophy and Public Affairs*, X (1981), n. 4.
- ERDŐ P., *La certezza morale nella pronuncia del Giudice. Problemi attuali*, in *Periodica*, LXXXVII (1998).

- ERRÁZURIZ C.J., *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di Diritto*, Milano, 2009.
- ERRÁZURIZ C.J., *Metodo giuridico e metodo teologico nello studio del munus docendi Ecclesiae*, in CITO D. - PUIG F. (curr.), *Parola di Dio e missione della Chiesa. Aspetti giuridici*, Milano, 2009.
- ESCANDE R. (dir.), *Le livre noir de la Révolution française*, Paris, 2008.
- EULER L., *Lettres à une Princesse d'Allemagne sur divers sujets de Phisique et de Philosophie*, II, S. Petersburg, 1768-1772.
- FALCHI G.L. (ed.), *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale - 9/10 marzo 2010, Città del Vaticano, 2011.
- FALCHI G.L., *Introduzione ai fondamenti del Diritto europeo*, Roma, 2007.
- FAMULARO N., *Stima*, in AZARA A. - EULA E. (dirr.), *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1971.
- FANCIULLACCI R., *Voce: Giudizio morale*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- FAZZALARI E., *Procedimento e Processo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986.
- FERRABOSCHI F., *Una Sentenza anomala o una svolta della Cassazione*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XVII (1988), I.
- FERRARA A. (cur.), *Comunitarismo e Liberalismo*, Roma, 2000.
- FERRARA M. - GASTALDO P., *Leggere Rawls*, in *Biblioteca della libertà*, XIV (1977), n. 65/66.
- FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2006.
- FERRERES J.B., *Compendium Theoligæ moralis*, II, Barcinone, 1925.
- FERRERO L., *Il principio di differenza: incentivi o eguaglianza?*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale parte speciale. I Delitti contro la persona*, II, t. 1, Bologna, 2007.
- FIANDACA G., *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI A. - ORLANDI R. (curr.), *Delitto politico e Diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.
- FILIPAZZI A., *Cittadinanza vaticana e Cittadinanza italiana: un accordo bilaterale fra la Santa Sede e la Repubblica Italiana*, in *Ius Ecclesiae*, VI (1995).
- FORCELLINI Æ., *Lexicon totius Latinitatis*, II, Patavii, 1940.
- FRANCESCHI F., *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo e ordine pubblico. Nota in margine a una recente Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Rivista di Diritto civile*, LV (2009).
- FRANCESCHI H. - LLOBELL J. - ORTIZ M.A. (curr.), *La nullità del Matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma, 2005.

- FRANKENA W.K., *Value and valuation*, in BORCHERT D.M. (ed. in Chief), *Encyclopedia of Philosophy*, 2 ed., 9, Detroit et alii, 2006.
- FRANZONI M., *La Transazione*, Padova, 2001.
- FRIGNANI A., *L'Arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Padova, 2004.
- FULLER L., *The morality of Law*, New Haven, 1964.
- G.I.D.D.C. (cur.), *I Giudizi nella Chiesa. Il Processo contenzioso e il Processo matrimoniale*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 6, Milano, 1998.
- G.I.D.D.C. (cur.), *I Giudizi nella Chiesa: Processi e Procedure speciali*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 7, Milano, 1999.
- G.I.D.D.C. (cur.), *La funzione di santificare della Chiesa*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 2, Milano, 1995.
- G.I.D.D.C. (cur.), *Le Sanzioni nella Chiesa*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 5, Milano, 1997.
- GAHL R.A. JR., *Etica e Politica nella società del Duemila*, Roma, 1998.
- GALAN Y GUTIERREZ E., *Ius naturæ*, 2 voll., Madrid, 1961.
- GALEOTTI E., *Questioni di giustizia e questioni di tolleranza*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I (1995), n. 1.
- GALGANO F., *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del Diritto*, XXX (2003).
- GALVAN S., *Logica deontica e sue applicazioni*, in BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.
- GAMBARO A. - SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002.
- GAMBERINI A. - ORLANDI R. (curr.), *Delitto politico e Diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.
- GARCÍA FAILDE J.J., *La Instrucción "Dignitas Connubii" ad examen*, Salamanca, 2006.
- GARCÍA FAILDE J.J., *Tratado de Derecho procesal canónico*, Salamanca, 2005.
- GARELLI G., *Voce: Giudizio estetico*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- GAUDEMET J., *Storia del Diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo (MI), 1998.
- GERALDO A., *Commento alla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, Art. 63*, in PINTO P.V. (cur.), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, Città del Vaticano, 2003.
- GHERRI P. (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007.
- GHERRI P. (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008.

- 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., *Bilancio canonistico*, in *Apollinaris*, LXXX (2007).
- GHERRI P., *Bilancio canonistico*, in GHERRI P. (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2008.
- GHERRI P., *Canonistica, Codificazione e metodo*, Città del Vaticano, 2007.
- GHERRI P., *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009).
- GHERRI P., *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- GHERRI P., *Decidere e giudicare nella Chiesa*, in *Apollinaris*, LXXXIV (2011).
- GHERRI P., *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici tra giuridicità e Diritto*, in G.L. FALCHI (ed.), *Legittimazione e limiti degli Ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale - 9/10 marzo 2010, Città del Vaticano, 2011.
- GHERRI P., *Norme e regole nella vita e nel Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXI (2008).
- GHERRI P., *Norme e regole nella vita e nel Diritto*, in GHERRI P. (ed.), *Norme e regole nella vita e nel Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2009.
- GHERRI P., *Premessa metodologica alla Giornata canonistica interdisciplinare*, in GHERRI P. (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2007.
- GHERRI P., *Ricerca scientifica umanistica. Introduzione pratica*, Reggio Emilia, 2011.
- GHETTI G., *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4 ed., II, Torino, 1987.
- GIACCHI O., *La certezza morale nella pronuncia del Giudice ecclesiastico*, in AA.VV., *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma, 1972.
- GIACON C., *Itinerario tomistico*, Roma, 1983.
- GIACON C., *Le grandi tesi del Tomismo*, Milano, 1948.
- GIADROSSI G., *Giustificazione e realtà nella teoria della giustizia di Rawls*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, LVI (1979).
- GIANFREDA A., *La Legge sulle Fonti del Diritto dello SCV del 1 ottobre 2008: prime note*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, XVII (2009).
- GIARDINA A., *Arbitrato, IX) Diritto internazionale*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995.
- GIL DE LAS HERAS F., *Comentario al Can. 1572*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R. (dir.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, 2 ed., Pamplona, 1997.

- GIOMMI R., *La Mediazione nei conflitti familiari: come diventare un mediatore dilettante ovvero affrontare e risolvere i conflitti all'interno della famiglia, nella Separazione e nel Divorzio*, Firenze, 2002.
- GORDON I., *De Iudiciis in genere*, II. *Pars dinamica*, Romæ, 1972.
- GORDON I., *De Processu super rato*, I, Romæ, 1977.
- GRABMANN M., *San Tommaso. Una introduzione alla sua personalità e al suo pensiero*, Milano, 1920.
- GRAMUNT I. - WAUCK L.A., *Moral certitude and the collaboration of the Court expert in cases of consensual incapacity*, in *Studia canonica*, XX (1986).
- GRATSCH J.E., *Manuale introduttivo alla Summa teologica di Tommaso*, Casale Monferrato (AL), 1988.
- GRAZIANI E., *La certezza morale oggettivamente fondata*, in *Il Diritto ecclesiastico*, LIII (1942).
- GRAZIANO L., *La convivenza e il riconoscimento delle Sentenze ecclesiastiche di nullità di Matrimonio, nota a Cass. Sez. I civ. 12 luglio 2002, n. 10143*, in *Famiglia e Diritto*, X (2003).
- GRIFFIN B.F., *Canon 1722: Imposition of administrative leave against an accused*, in SCHUMACHER W.A. - CUNEO J.J. (eds.), *Roman replies and CLSA Advisory opinions 1988*, Washington (DC), 1988.
- GRIFFIN E.F., *The reassignment of a cleric who has been professionally evaluated and treated for sexual misconduct with minors: Canonical considerations*, in *The Jurist*, LI (1991).
- GROCHOLEWSKI Z., *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiæ*, IX (1997).
- GROCHOLEWSKI Z., *Le esigenze della verità nell'amministrazione della giustizia*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXXI (1996).
- GROCHOLEWSKI Z., *Presentazione*, in SUCHECKI Z. (cur.), *Il Processo penale canonico*, Roma, 2003.
- GROSSI P., *Ancora sull'assolutismo giuridico*, in GROSSI P., *Società, Diritto, Stato. Per un recupero del Diritto*, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 70, Milano, 2006.
- GROSSI P., *Assolutismo giuridico e Diritto privato*, Milano, 1998.
- GROSSI P., *Il ruolo del giurista, oggi*, in *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, LXXVI (2010).
- GROSSI P., *L'Europa del Diritto*, Bari, 2007.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997.
- GROSSI P., *Modernità politica e ordine giuridico*, in GROSSI P., *Assolutismo giuridico e Diritto privato*, Milano, 1998.
- GROSSI P., *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1998).
- GROSSI P., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, LX (2006).

- GROSSI P., *Società, Diritto, Stato. Per un recupero del Diritto*, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 70, Milano, 2006.
- GULLO C., *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, in CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005.
- HABERMAS J., *Etica del discorso*, (trad. it.) Roma-Bari, 1985.
- HAMEL E., *Epicheia*, in ROSSI L. - VALSECCHI A. (curr.), *Dizionario di Teologia morale*, 5 ed., Roma, 1981.
- HARMAN F., *Certitudo moralis præsупposita in normis processualibus Tribunalibus Statuum Fæderatorum Americæ necnon Australiæ concessis*, in *Periodica*, LXI (1972).
- HART H. - RAWLS J., *Le libertà fondamentali*, Torino, 1994.
- HART H., *Il concetto di Diritto*, Torino, 1965.
- HERVADA J., *Introduzione critica al Diritto naturale*, Milano, 1990.
- HILBERT M., *Le decisioni del Giudice (Artt. 246-262)*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii"*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXVII, Città del Vaticano, 2008.
- HILGEMAN W., *Il governo dello Stato della Città del Vaticano e la nuova Legge Fondamentale*, (dissertazione dottorale in Diritto canonico - Pontificia Università Lateranense) Roma, 2007.
- HILGEMAN W., *L'Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, in *Dadaskalia* [Rivista della Facoltà di Teologia dell'Università Cattolica di Lisbona], XLI (2011).
- HILGEMAN W., *La nuova Legge sulle Fonti del Diritto dello Stato della Città del Vaticano. Prime note ed osservazioni*, in *Apollinaris*, LXXXIII (2010).
- HOFMANN H., *Introduzione alla Filosofia del Diritto*, Roma-Bari, 2006.
- HUNT L., *La Rivoluzione francese. Politica, cultura, classi sociali*, Bologna, 2007.
- HUSSERL E., *La Filosofia come scienza rigorosa*, Roma-Bari, 2010.
- IANNELLI D., *La Mediazione*, Torino, 2007.
- IGLESIAS F., *Orientamenti conciliari e del Magistero*, in *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983).
- INGINO L., *Equità come criterio di giudizio nell'Arbitrato*, Milano, 1990.
- INTROVIGNE M., *I due principi di giustizia nella Teoria di Rawls*, Milano, 1983.
- IORIO V., *Istituzioni pubbliche e consenso in John Rawls*, Napoli, 1995.
- ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Treccani Filosofia*, Roma, 2008.
- IZZI C., *Corresponsabilità e Tribunali collegiali*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009).
- IZZI C., *Corresponsabilità e Tribunali collegiali*, in GHERRI P. (ed.), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2010.
- IZZI C., *I Ministri di giustizia in genere (Artt. 33-37)*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte*

- II: la parte statica del Processo*, coll. *Studi giuridici*, n. LXXVI, Città del Vaticano, 2007.
- IZZI C., *Valutazione del fondamento antropologico della perizia. Studio sulla recente Giurisprudenza rotale in tema d'incapacità consensuale*, Roma, 2004.
- JACUZIO R., *Commento della nuova Legislazione in materia ecclesiastica*, Torino, 1932.
- JEMOLO A.C., *Carattere dello Stato della Città del Vaticano*, in *Rivista di Diritto internazionale*, XXI (1929).
- JEMOLO A.C., *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1971.
- JULIEN A.R., *Compromissum in Arbitros iuxta Codicem Iuris canonici*, in *Apollinaris*, X (1937).
- JULIEN A.R., *Evolutio historica Compromissi in Arbitros in Iure canonico*, in *Apollinaris*, X (1937).
- JULLIEN A.R., *Juges et Avocats des Tribunaux de l'Église*, Roma, 1970.
- KELLY D., *Decree Imposing latae sententiae Excommunication on anyone who records a sacramental confession [Congregation for the Doctrine of the Faith] (23rd September, 1988) and Comment*, in *Newsletter of The Canon Law Society of Great Britain and Ireland*, XXI (1989), n. 80, December 1989.
- KOWAL W., *Moral certainty and truth justification*, in *The Jurist*, LXV (2005).
- KUPPERMAN J.J., *Value and valuation [addendum]*, in BORCHERT D.M. (ed. in Chief), *Encyclopedia of Philosophy*, 2 ed., 9, Detroit et alii, 2006.
- KYMLICKA W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcellona, 1995.
- KYMLICKA W., *Introduzione alla Filosofia politica contemporanea*, (trad. it.) Milano, 1996.
- LA CHINA S., *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007.
- LA G. PIRA, *'Compromissum' e 'Litis contestatio' formulare*, in AA.VV., *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936.
- LA SPINA A., Voce: *Decisione*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- LA SPISA M., *San Tommaso e il pensiero post-moderno*, Milano, 1983.
- LAGGES P., *The penal Process: The preliminary investigation in the light of the "Essential norms" of the United States*, in *Studia canonica*, XXXVIII (2004).
- LAGOMARSINO G., *Libertà matrimoniale e Matrimonio religioso ad effetti civili differenti*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998).
- LAGOMARSINO G., *Ordine pubblico e aspetti patrimoniali nella Delibazione delle Sentenze di nullità del Matrimonio concordatario per simulazione*, in *Giurisprudenza di merito*, XXXIV (2002).
- LARICCIA S., *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Milano, 1974.
- LEFEBVRE C., *De Procedura in Causis matrimonialibus concessa Conferentiae Episcopali U.S.A.*, in *Periodica*, LIX (1970).

- LEFEBVRE CH., *Les pouvoirs du Juge en Droit canonique*, Paris, 1938.
- LEFEBVRE L., *Études sur la Révolution française*, Paris, 1954.
- LEGA M., *Commentarius in Iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris canonici*, (BARTOCETTI V., cur.) Roma, 1950.
- LEGA M., *Commentarius in Iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris canonici*, (BARTOCETTI V., cur.) II, Romæ, 1939.
- LEGA M., *Præfatio*, in S. ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL (ed.), *S. Romanæ Rotæ Decisiones seu Sententiæ*, I, Romæ, 1912.
- LEGA M., *Prælectiones in textum Iuris canonici, De Iudiciis ecclesiasticis in scholis Pont. Sem. Rom. habitæ*, Romæ 1896.
- LEGRENI P., Voce: *Decisione, teoria della*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- LIVI A., *Metafisica del Diritto e costruzione dei rapporti giuridici*, in GHERRI P. (ed.), *Categorialità e trascendentalità del Diritto*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Roma, 2007.
- LLOBEL J., *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato. Diritto all'equo Processo*, in CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005.
- LLOBEL J., *Historia de la motivación de la Sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.
- LLOBEL J., *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal Sinodo del 1967*, in CANOSA J. (cur.), *I principi per la revisione del Codice di Diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000.
- LLOBEL J., *La certezza morale nel Processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998).
- LLOBEL J., *La genesi della Sentenza canonica* in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Processo matrimoniale canonico*, nuova ed. aggiornata e ampliata, coll. *Studi giuridici*, n. XXIX, Città del Vaticano, 1994.
- LLOBEL J., *La modificación "ex officio" de la fórmula de la duda, la certezza moral y la conformidad de las Sentencias en la Instrucción Dignitas Connubii*, in *Ius canonicum*, XLVI (2006).
- LLOBEL J., *Oggettività e soggettività nella valutazione giudiziaria delle Prove*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 14 (2001).
- LLOBEL J., *Sentenza: decisione motivazione*, in BONNET P.A. - GULLO C. (curr.), *Il Processo matrimoniale canonico*, coll. *Studi giuridici*, n. XVII, Città del Vaticano, 1988.
- LONERGAN B., *Insight. Uno studio del comprendere umano*, Roma, 2007.
- LOPEZ-GALLO P., *Are confidential communications protected by common law privilege? The seal of sacramental confession in the Catholic Church*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXXI (1996).
- LOTTIN O., *La Morale naturel et la Loi positive d'après St-Thomas d'Aquin*, Lovanio-Bruxelles, 1920.

- LOTTIN O., *Le Droit naturel chez St-Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931.
- LOWENFELD A.F., *International litigation and Arbitration*, St. Paul (Minn.), 2006.
- LOZA F., *Comento al Can. 983*, in MARZOA A. - MIRAS J. - RODRÍGUEZ-OCAÑA R. (edd.), *Exegetical commentary on the Code of Canon Law*, III, Montreal, 2005.
- LÜDICKE K., Sub: *Can. 1388*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris canonici*, Essen, 1988-1998.
- LUISON L. (cur.), *La Mediazione come strumento di intervento sociale: problemi e prospettive internazionali*, Milano, 2006.
- MACCA V., *Le Costituzioni, tra Teologia e Diritto*, in *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983).
- MACINTYRE A., *Whose justice? Which rationality?*, Notre Dame (IN), 1988.
- MAFFETTONE S. - VECA S. (curr.), *Filosofia, Politica, società*, Roma, 1995.
- MAFFETTONE S., *Ci ha insegnato a mettere il giusto prima del bene*, in *Reset. Un mese di idee*, XI (2003), n. 75 - gennaio/febbraio.
- MAFFETTONE S., *Introduzione a Rawls*, Bologna, 2010.
- MAFFETTONE S., *Le ragioni degli altri*, Milano, 1992.
- MAFFETTONE S., *Liberalismo filosofico contemporaneo*, in MAFFETTONE S. - VECA S. (curr.), *Filosofia, Politica, società*, Roma, 1995.
- MAFFETTONE S., *Rawls, orizzonte di tolleranza*, in *Il Sole 24 Ore*, XXXVIII (2002), n. 324, 27 novembre.
- MANCUSO F., *Exprimere causam in Sententia. Ricerche sul principio di motivazione della Sentenza nell'età del Diritto comune classico*, Milano, 1999.
- MANDONNET P. - DESTREZ H., *Bibliographie thomiste*, Paris, 1921.
- MANGANARO P., *La via nordamericana a giustizia e libertà*, in *Nuntium*, XV (2003).
- MANZINI V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1968.
- MARI S., *J. Rawls: una proposta sulla giustizia distributiva*, in *Bollettino della Società filosofica italiana*, IC (2003), n. 178.
- MARKESINIS B., *Comparative Law in the Courtroom and in the Classroom, the story of the last Thirty-Five years*, Oxford - Portland, 2003.
- MAROTTA S., *Le nuove feudalità: società e Diritto nell'epoca della globalizzazione*, Napoli, 2007.
- MARRONE P., *Introduzione*, in HART H. - RAWLS J., *Le libertà fondamentali*, Torino, 1994.
- MARTENS K., *Protection of rights: Experiences with hierarchical recourse and possibilities for the future*, in *The Jurist*, LXIX (2009).
- MARTENS K., *The law that never was: The "motu proprio administrative potestatis" on administrative procedures (The law that never was)*, in *The Jurist*, LXVIII (2008).
- MARTÍN DE AGAR J.T., *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, Milano, 1990.

- MARTIN E.A. - LAW J., *A dictionary of Law*, 6 ed., London, 2006.
- MARTIN J., *The english legal system*, 6 ed., London, 2010.
- MARTONE L., *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del Diritto comune*, Napoli, 1984.
- MARZOA A., *Protección penal del Sacramento de la Penitencia y de los derechos de los fieles*, in *Ius canonicum*, LIX (1990).
- MARZOTTO C. - TELLESCHI R., *Comporre il conflitto genitoriale. La Mediazione familiare: metodi e strumenti*, Milano, 1999.
- MATERNINI M.F., *Ancora sulla Delibazione di Sentenze ecclesiastiche*, in *Famiglia e Diritto*, II (1995).
- MATERNINI M.F., *Elementi di Diritto amministrativo canonico*, Torino, 2005.
- MATERNINI M.F., *Il Giudizio per Arbitri*, in BONNET P.A. - LOSCHIAVO L. (curr.), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel Diritto comune e nel Diritto canonico*, Napoli, 2008.
- MATTEUCCI N., Voce: *Contrattualismo*, in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (curr.), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004.
- MCCARTHY E.A., *De certitudine morali quæ in Iudicis animo ad Sententiæ pronuntiationem requiritur. Animadversiones historico-criticæ ad Allocutionem S.P. Pii XII habitam d. 1^a mensis octobris a. 1942 coram Auditoribus et Officialibus S R. Rotæ*, Romæ, 1948.
- MENCHINI S. (cur.), *La nuova disciplina dell'Arbitrato: commentario agli Artt. 806-840 del C.P.c., aggiornato alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2010.
- MERRYMAN J.H., Voce: *common Law (Paesi di)*, III) *Diritto degli Stati Uniti d'America*, 4, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia Giuridica*, VII, Roma, 1988.
- MILL J.S., *On liberty*, London, 1869.
- MILLER R.W., *Globalizing justice: the ethics of poverty and power*, Oxford, 2010.
- MINETTI M.N., *Un Processo per la terza Italia. Il Codice di Procedura penale del 1913*, 2 voll., Milano, 2002 - 2003.
- MIRABELLI G. - GIACOBBE D., *Diritto dell'Arbitrato*, Napoli, 1994.
- MIRAS J. - CANOSA J. - BAURA E., *Compendio di Diritto amministrativo canonico*, 2 ed., Roma, 2009.
- MOCCIA S. (cur.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999.
- MOÈ A., *La motivazione*, Bologna, 2010.
- MOGAVERO D., *I pronunciamenti del Giudice*, in G.I.D.D.C. (curr.), *I Giudizi nella Chiesa. Il Processo contenzioso e il Processo matrimoniale*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 6, Milano, 1998.
- MONATERI P.G., *Giurisprudenza*, in AA.VV., *Trattato di Diritto civile. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999.
- MONDIN B., *Il sistema filosofico di Tommaso*, Roma, 1985.

- MONETA P., *La Transazione nel Diritto canonico*, in BONNET P.A. - LOSCHIAVO L. (curr.), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel Diritto comune e nel Diritto canonico*, Napoli, 2008.
- MONETA P., *Matrimonio religioso e Ordinamento civile*, 3 ed., Torino, 2002.
- MONTINI G.P., *De Iudicio contentioso ordinario. De Processibus matrimonialibus*, ad usum auditorum, Roma, 2004.
- MONTINI G.P., *La tutela penale del Sacramento della Penitenza. I Delitti nella celebrazione del Sacramento (Cann. 1378, 1387, 1388)*, in G.I.D.D.C. (cur.), *Le Sanzioni nella Chiesa*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 5, Milano, 1997.
- MONTINI G.P., *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti di ministri sacri: Nota sui Canonici 1044 e 1722*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 12 (1999).
- MORANDO D. - SEVERINO E. - PAGANI P., Voce: *Decisione*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- MORELLI G., *Il Trattato fra l'Italia e la Santa Sede*, in *Rivista di Diritto internazionale*, XXI (1929).
- MORIARTY R.T., *Violation of the confessional seal and the associated penalties*, in *The Jurist*, LVIII (1998).
- MORINEAU J., *Lo spirito della Mediazione*, Milano, 2003.
- MORTARA L., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, 5 voll., Milano, 1923.
- MOSCARINI L.V. - CORBO N., *Transazione, I) Diritto civile*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, 1994.
- MOSCONI M., *L'Indagine previa e l'applicazione della pena in via amministrativa*, in G.I.D.D.C. (cur.), *I Giudizi nella Chiesa: Processi e Procedure speciali*, coll. *Quaderni della Mendola*, n. 7, Milano, 1999.
- MULLANEY M., "Graviora Delicta": *The duty to report clerical sexual abuse to the Congregation for the Doctrine of Faith*, in *Irish theological Quarterly*, LXVIII (2003).
- MÜLLER P., *Logica minor*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010.
- MÜLLER P., *Pietro Ispano*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2010.
- NAGEL T., *Rawls on justice*, in DANIELS N., *Reading Rawls. Critical studies of A Theory of justice*, Oxford, 1975.
- NAGEL T., *Una brevissima introduzione alla Filosofia*, (trad. it.) Cles (TN), 2002.
- NATALE M.S., *Londra, Tribunali della sharia anche per i non musulmani. Le corti islamiche scelte perché più funzionali*, in *Il corriere della sera*, 134 (2009), n. 172, 22 luglio.
- NAUS J.E., *The nature of the practical intellect according to St-Thomas d'Aquin*, Roma, 1959.

- NIGRO F., *Commento al Can. 1387*, in PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano, 2001.
- NOLDIN H. - SCHIMITT A., *Summa Theologiae moralis iuxta Codicem Iuris canonici*, III, Barcelona, 1951.
- NOLET C., Voce: *Giudizi estetici*, in FONDAZIONE CENTRO STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE, *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006.
- NUSSBAUM M.C., *Diventare persone*, Bologna, 2001.
- NUSSBAUM M.C., *Le nuove frontiere della giustizia*, (trad. it.) Bologna, 2007.
- OCONE C., *John Rawls e la sinistra liberale*, in *Le ragioni del Socialismo*, VII (2002), n. 69.
- OLIVER R.W., “*Sacramentorum sanctitatis tutela*”: *Overview and implementation of the norms concerning the more grave Delicts reserved to the Congregation for Doctrine of Faith*, in *Proceedings of the sixty-fifth annual convention*, Portland, 2003.
- OPOCHER E., *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova, 1983.
- ORTIZ M.A., *Le Dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, in *Ius Ecclesiae*, XVIII (2006).
- ORTOLEVA P. - RIVELLI M., *Storia dell’età contemporanea*, Milano, 1983.
- PACELLI F., *Diario della Conciliazione, con Verbali e appendice di documenti*, (MACCARRONE M., cur.) Città del Vaticano, 1959.
- PADOVANI T. (cur.), *Codice penale*, Milano, 2007.
- PALESTRO V., *Le Perizie*, in AA.VV., *I mezzi di prova nelle Cause matrimoniali secondo la Giurisprudenza rotale*, coll. *Studi giuridici*, n. XXXVIII, Città del Vaticano, 1995.
- PARKINSON L., *La Mediazione familiare*, (trad. it. di *Family mediation*, London, 1997) Trento, 2003.
- PARMIGGIANI M., *La disciplina normativa in tema di pedopornografia in Inghilterra*, in BIANCHI M. - DELSIGNORE S. (cur.), *I Delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008.
- PASSERIN D’ENTRÈVES A., *La dottrina del Diritto naturale*, Milano, 1980.
- PAULSON J.E., *The clinical and canonical considerations in cases of pedophilia: The bishop’s role*, in *Studia canonica*, XXII (1988).
- PETERMAN C., *The problem of political obligation. A critical analysis of Liberal Theory*, Chichester, 1979.
- PETRONCELLI M., *Problemi aperti sulla Cittadinanza vaticana*, in AA.VV., *Studi di Diritto ecclesiastico e canonico*, n. 1, Napoli, 1978.
- PETRUCCIANI S., *Modelli di Filosofia politica*, Torino, 2003.
- PH. CAPPER, *International Arbitration: a handbook*, London, 2004.
- PIANO MORTARI V., *Arbitrato, b) Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958.

- PICARDI N., *Processo civile, c) Diritto moderno*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987.
- PIGHIN F.B., *Diritto penale canonico*, Venezia, 2008.
- PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001.
- PINTO P.V. (cur.), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, Città del Vaticano, 2003.
- PINTO P.V., *I Processi nel Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1993.
- PINTO P.V., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Milano, 1977.
- PIRHING E., *Ius canonicum nova metodo explicatum, omnibus capitulis titulorum promiscue et confuse positis, in ordinem doctrinae digestis*, Dilingæ, 1675.
- PIRONIO E., *Constituciones renovadas*, in *Informationes S.C.R.I.S.*, IX (1983).
- PIZZOLI F., *Il pensiero politico di John Rawls e le sue ascendenze kantiane*, in *Filosofia politica*, XVIII (2004), n. 2.
- POLLOCK F., *The History of the Law of Nature*, in *Jurisprudence and Legal Essays*, Londra, 1961.
- POMPEDDA M.F., *Studi di Diritto processuale canonico*, Milano, 1995.
- PONTARA G., Voce: *Utilitarismo*, in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (curr.), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004.
- POSSENTI V., *Le società liberali al bivio. Lineamenti di Filosofia della società*, Genova, 1992.
- POZZATO M.P., *Semiotica del testo*, Roma, 2001.
- PROVERA G., *Diritto ed azione nella esperienza giuridica romana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Arnaldo Biscardi*, coll. *Acta et studia*, IV, Milano, 1983.
- PUIG F., *La esencia del Matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona, 2004.
- PUNTILLO G., *Decreto penale extragiudiziale canonico e diritto di difesa: contributi dalla comparazione con l'Ordinamento italiano*, Città del Vaticano, 2010.
- PUNZI C., *Arbitrato, I) Arbitrato rituale e irrituale*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995.
- PUNZI C., *I procedimenti speciali e l'Arbitrato*, Torino, 2010.
- QUADRI E., *Convivenza coniugale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: le nuove prospettive giurisprudenziali*, in *Il Foro italiano*, CXIII (1988) I.
- QUADRI E., *Impressioni sulla nuova Giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di convivenza coniugale e Delibazione delle Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Il Foro italiano*, CXIV (1989) I.
- RAMOS F.J., *I Tribunali ecclesiastici*, 2 ed., Roma, 2000.
- RAWLS J., *Collected papers*, Cambridge (MA), 1999.
- RAWLS J., *Giustizia come equità*, (trad. it.) in *Biblioteca della libertà*, XIV (1977), n. 65/66.
- RAWLS J., *Il Diritto dei popoli*, (trad. it.) Milano, 2001.

- RAWLS J., *Liberalismo politico*, (trad. it.) Milano, 1994.
- RAWLS J., *The sense of justice*, in *The philosophical Review*, LXXII (1963), n. 3.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, (trad. it.) Milano, 1982.
- REIMANN M. - ZIMMERMANN R., *The Handbook of Comparative Law*, London, 2006.
- REINSTADLER S., *Elementa Philosophiæ scholasticæ*, I, 11-12 ed., Friburgi Brisgoviciæ, 1933.
- RICCI F., *Commentario al Codice di Procedura civile*, 4 voll., Firenze, 1895.
- RICOEUR P., *È possibile una teoria semplicemente procedurale della giustizia?*, in RICOEUR P., *Il giusto-I*, Cantalupa (TO), 2005.
- RICOEUR P., *Le Volontaire et l'involontaire*, III, Paris, 1964.
- RIONDINO M., *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011.
- RIONDINO M., *Giustizia ripartiva e Mediazione minorile*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009).
- RIONDINO M., *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di Diritto comparato*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, IV (2010).
- RIONDINO M., *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di Diritto comparato*, in RIONDINO M., *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011.
- RIONDINO M., *Profili comparatistici della Mediazione familiare in Europa*, in *Apollinaris*, LXXIX (2006).
- RIPA A., *La novità mancata. Il valore probativo delle Dichiarazioni delle parti dal Codice del 1983 alla "Dignitas Connubii": il contributo della Giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 2010.
- ROBERTI F., *De Processibus*, II, Romæ, 1926.
- RODRÍGUEZ LUÑO A., *Etica*, (tr. it.) Firenze, 1992.
- ROMANO S., *L'Ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (rist. 1962).
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto costituzionale*, Milano, 1969.
- RUBINO-SAMMARTANO M., *Il Diritto dell'Arbitrato: disciplina e regimi speciali*, Padova, 2010.
- RUBINO-SAMMARTANO M., *L'Arbitrato internazionale*, Padova, 1989.
- RUFFINI G., *Il Giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997.
- RUFFINI G., *La divisibilità del Lodo arbitrale*, Padova, 1993.
- RUSSELL B., *La visione scientifica del mondo*, Bari, 1988.
- SAGNAC P., *La Révolution, 1789-92*, Paris, 1920.
- SALACHAS D., *Commento al Titolo IV. Le Chiese patriarcali*, in PINTO P.V. (cur.), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001.
- SALERNO F., *Transactio e Compromissum in Arbitros (seu Arbitrium) dal Ius canonicum vetus al Codex '17*, in BONNET P.A. - LOSCHIAVO L. (curr.), *Forme stragiu-*

- diziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel Diritto comune e nel Diritto canonico*, Napoli, 2008.
- SALERNO F., *Transactio e Compromissum in Arbitros (seu Arbitrium) nel Ius canonicum vetus*, in DIURNI G. - MARI P. - TREGGIARI F. (curr.), *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, 2008.
- SALUCCI R., *Il Diritto penale secondo il Codice di Diritto canonico*, Subiaco, 1930.
- SÁNCHEZ T., *De sancto Matrimonii Sacramento*, I, Norimbergæ, 1706.
- SANDEL M.J., *La giustizia e il bene*, in FERRARA A. (cur.), *Comunitarismo e Liberalismo*, Roma, 2000.
- SANDEL M.J., *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, 1998.
- SANTORO-PASSARELLI F., *La Transazione*, Napoli, 1986.
- SARAI A., *Le Fonti del Diritto vaticano*, Roma, 2011.
- SASSEN S., *Una Sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008.
- SCHMALZGRUEBER F., *Jus ecclesiasticum universum brevi methodo ad discentium utilitatem explicatum seu lucubrationes canonicae in quinque libros decretalium Gregorii IX Pontificis Maximi*, II, pars prima, Romæ, 1844.
- SCHOUPPE J.P., *Le réalisme juridique*, Bruxelles, 1987.
- SCHULZ W., *Leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, I-II, Roma, 1981-1982.
- SCHUMACHER W.A. - CUNEO J.J. (eds.), *Roman replies and CLSA Advisory opinions 1988*, Washington (DC), 1988.
- SCICLUNA C.J., *Procedura e Prassi presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai "Delicta graviora"*, in CITO D. (cur.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'Ordinamento canonico*, Milano, 2005, 286.
- SCIVOLETTO C., *La Mediazione penale minorile: rappresentazioni e pratiche*, Milano, 2009.
- SELVA A. - CENTI T.S. (curr.), *Compendio di Teologia e altri scritti di San Tommaso d'Aquino*, Torino, 2001.
- SEN A., *La diseguaglianza*, (trad. it.) Bologna, 1994.
- SERRANO RUIZ J.M., *Logica decisionale*, in BASTI G. - GHERRI P. (edd.), *Logica e Diritto: tra scoperta ed argomentazione*. Atti della Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2011.
- SERTILLANGES A.D., *La Philosophie morale de St-Thomas d'Aquin*, Paris, 1947.
- SIMMONS A.J., *Moral principles and political obligations*, Princeton, 1979.
- SIMON H.A., *The Sciences of the Artificial*, Cambridge, 1969.
- SOLARI G., *La dottrina del Diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Torino, 1904.
- SOLDATI N., *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Asago (MI), 2005.
- SOLERO S., Sub: *Giovanni XXI*, in MERCATI A. - PELZER A. (dir.), *Dizionario ecclesiastico*, II, Torino, 1955.

- SPINOZA B., *Tractatus theologico-politicus*, Amsterdam, 1670.
- STANKIEWICZ A., *La certezza morale e la motivazione della Sentenza*, in FRANCESCHI H. - LLOBELL J. - ORTIZ M.A. (curr.), *La nullità del Matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma, 2005.
- STANKIEWICZ A., *La convertibilità delle conclusioni peritali nelle categorie canoniche*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994).
- STANKIEWICZ A., *La valutazione delle perizie nelle cause matrimoniali per incapacità psichica*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVIII (1993).
- STANKIEWICZ A., *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in *Apollinaris*, LXVII (1994).
- STEIN P., Voce: *common Law (Paesi di)*, I) *Diritto Inglese*, 4.4, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988.
- STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: Il problema delle garanzie*, in MOCCIA S. (cur.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999.
- STRAUSS L., *Diritto naturale e storia*, Venezia, 1957.
- SUCHECKI Z. (cur.), *I Procedimenti speciali nel Diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992.
- SUCHECKI Z. (cur.), *Il Processo penale canonico*, Roma, 2003.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990.
- TALAMANCA M., *Ricerche in tema di Compromissum*, Milano, 1958.
- TASSINARI G., *Globalizzazione*, Milano, 2009.
- TAYLOR C., *Sources of the Self. The making of the Modern Identity*, Cambridge, 1989, (88-89).
- TENELLA SILLANI C., *L'Arbitrato di equità: modelli, regole, prassi*, Milano, 2006.
- THOMPSON J., *The French Revolution*, Oxford, 1944.
- TORRESETTI G. (cur.), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*. Atti del 23° congresso nazionale della società italiana di Filosofia giuridica e politica (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, 2008.
- TOSCANO M., *La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CXX (2009).
- TRABUCCHI A., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi* (CIAN G. - PESCARA R., edd.), Padova, 1988.
- TRABUCCHI A., *Il nuovo Diritto onorario*, in TRABUCCHI A., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi* (CIAN G. - PESCARA R., edd.), Padova, 1988.
- TRUJILLO I., *Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007.
- VACCÀ C., *L'Arbitrato negli Appalti, pubblici, privati, internazionali*, Milano, 2007
- VACCÀ C., *La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra Conciliazione, Arbitrato e Giurisdizioni speciali*, Milano, 1998.
- VALENTINI N. - DI MEGLIO C., *Il sesso in confessionale*, Padova, 1974.

- VAN HOVE A., *De Legibus ecclesiasticis*, Mechliniæ - Romæ, 1930.
- VANNI ROVIGHI S., *Elementi di Filosofia*, I, ristampa, Brescia, 2008.
- VANNINI O. - COCCIARDI G., *Manuale di Diritto processuale penale italiano*, Milano, 1968.
- VARUVEL GNANADHASAN M.S., *I Graviores Delicta riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, discussa nella Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università Lateranense nell'Anno Accademico 2010-2011.
- VECA S., *Introduzione*, in RAWLS J., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, trad. it., Milano, 2002.
- VECA S., *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Milano, 2002.
- VECA S., *La Filosofia politica*, Roma-Bari, 1998.
- VECA S., *La società giusta*, Milano, 1982.
- VECA S., *Prefazione*, in NAGEL T., *Una brevissima introduzione alla Filosofia*, (trad. it.) Cles (TN), 2002.
- VECA S., *Una Filosofia pubblica*, Milano, 1986.
- VECA S., *La prospettiva contrattualista in John Rawls*, in AA.VV., *Ricerche politiche*, Milano, 1992.
- VERDE G. (cur.), *Diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2005.
- VERDE G., *Lineamenti di Diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2004.
- VERSALDI G., *Animadversiones quaedam relate ad allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica*, LXXVIII (1989).
- VERSALDI G., *Momentum et consecraria allocutionis Ioannis Pauli II ad Auditores Romanæ Rotæ diei 5 februarii 1987*, in *Periodica*, LXXVII (1988).
- VINNEN A., *Arnoldi Vinnii J.C. Tractatus quinque de pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et questionibus Iuris selectis*, Rotterodami, 1664,
- VISMARA G., *Episcopalis Audientia: l'attività giurisdizionale del Vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel Diritto romano e nella storia del Diritto italiano fino al secolo nono*, Milano, 1937.
- VISMARA G., *La giurisdizione civile dei Vescovi (secoli I-IX)*, Milano, 1995.
- Voce: *Equity* in MARTIN E.A. - LAW J., *A dictionary of Law*, 6 ed., London, 2006.
- Voce: *Hansard*, in MARTIN E.A. - LAW J., *A dictionary of Law*, 6 ed., London, 2006.
- Voce: *Judicial Committee of the Privy Council*, in MARTIN E.A. - LAW J., *A dictionary of Law*, 6 ed., London, 2006.
- VOGENAUER S., *Sources of Law and legal method*, in REIMANN M. - ZIMMERMANN R., *The Handbook of Comparative Law*, London, 2006.
- VOVELLE M. (dir.), *Les images de la Révolution française*. Actes du colloque dès 25-26-27 octobre 1985 tenu en Sorbonne, Paris, 1988.
- VOVELLE M., *Le mots de la Révolution*, Toulouse, 2004.
- WELZEL H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Gottingen, 1951.
- WERNZ F.X. - VIDAL P., *Ius Canonicum*, VI, 2 ed., Romæ, 1949.

- WOLFE R., *Understanding Rawls. A reconstruction and critique of "A theory of justice"*, Princeton, 1977.
- ZIFCAK S. (ed.), *Globalisation and the rule of Law*, London, 2005.
- ZUANAZZI I., *La possibilità dei Tribunali amministrativi a livello particolare*, in BAURA E. - CANOSA J. (curr.), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006.
- ZUCCOTTI F., 'Bellum iustum', o del buon uso del Diritto romano, in *Rivista di Diritto romano*, IV (2004).

URL: < <http://rudimatematici-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it/tag/eulero/> >