

IUS
ECCLESIAE

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

★

Direttore (Editor): Eduardo Baura

Comitato editoriale (Editorial Board): Geraldina Boni, Davide Cito, Giuseppe Comotti,
Carlos J. Errázuriz M., Joaquin Llobell, Jorge Otaduy, Thierry Sol (Segretario),
Petar Popović (Segretario aggiunto).

Comitato scientifico (Advisory Board): Jesús Miñambres (Decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce), Nicolás Álvarez de las Asturias (Università "San Dámaso", Madrid), Juan Ignacio Arrieta (Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi), Vincenzo Buonomo (Pontificia Università Lateranense), Louis-Léon Christians (Università Cattolica di Louvain-la-Neuve), Orazio Condorelli (Università di Catania), Gaetano Lo Castro (Emerito all'Università La Sapienza di Roma), Luis Navarro (Pontificia Università della Santa Croce), Francisca Pérez-Madrid (Università Centrale di Barcellona), Helmuth Pree (Università di Monaco di Baviera), Carlos Salinas (Università Cattolica di Valparaiso, Cile), Beatrice Serra (Università La Sapienza di Roma), Ilaria Zuanazzi (Università di Torino).

Indexes and Databases: ATLA Catholic Periodical and Literature Index® (CPLI®); «Ius Ecclesiae» is indexed in Canon Law Abstracts (<http://abstracts.clsghi.org/index.html>); Dialnet. Universidad de la Rioja: <http://dialnet.unirioja.es/>; Gruppo Italiano Docenti Diritto Canonico. Bibliografia canonistica: <http://www.giddc.org/bibliokeyword.asp>; Instituto Martín de Azpilcueta dell'Universidad de Navarra: <http://www.unav.es/ima/basesdatos/studia.html>;

Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose (OLIR): www.olir.it/.

Vedi alla fine della Rivista le *Indicazioni per i collaboratori*.

★

Via dei Farnesi 83, I 00186 Roma,
tel. +39 06 68164500, fax +39 06 68164600, iusecc@pusc.it

★

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

ISSN PRINT 1120-6462
e-issn 1972-5671

Rivista associata all'Unione Stampa Periodica Italiana.



★

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

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XXXIII · N. 1 · 2021

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

iuseccl.libraweb.net · www.libraweb.net

★

Rivista semestrale · A Semiannual Journal

★

Amministrazione e abbonamenti

FABRIZIO SERRA EDITORE S.r.l.

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

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

★

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

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

★

A norma del codice civile italiano, è vietata la riproduzione, totale o parziale
(compresi estratti, ecc.), di questa pubblicazione in qualsiasi forma e versione
(comprese bozze, ecc.), originale o derivata, e con qualsiasi mezzo a stampa o internet
(compresi siti web personali e istituzionali, academia.edu, ecc.), elettronico, digitale,
meccanico, per mezzo di fotocopie, pdf, microfilm, film, scanner o altro,
senza il permesso scritto della casa editrice.

*Under Italian civil law this publication cannot be reproduced, wholly or in part
(including offprints, etc.), in any form (including proofs, etc.), original or derived, or by any means:
print, internet (including personal and institutional web sites, academia.edu, etc.), electronic,
digital, mechanical, including photocopy, pdf, microfilm, film, scanner or any other medium,
without permission in writing from the publisher.*

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2021 by Fabrizio Serra editore, Pisa · Roma.

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

★

Stampato in Italia · Printed in Italy

SOMMARIO

JOAQUÍN LLOBELL, *In memoriam Antoni Stankiewicz* 9

DOTTRINA

Studi di diritto processuale

RICARDO BAZÁN, *La fórmula de las dudas en el sistema del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”* 11

FELIPE HEREDIA ESTEBAN, *La reintroduzione del dubbio generico nel Tribunale della Rota Romana: aspetti storici e prassi attuale* 37

PAOLO GIUSEPPE MARIA LOBIATI, *Qualificazione di fatto storico e caput nullitatis nel processo canonico* 67

Studi sull'esercizio del diritto al culto durante l'emergenza sanitaria

DANIELA MILANI, *Covid-19 e libertà religiosa in Italia: lo spirito di resilienza dello Stato e della Chiesa davanti alla sfida della pandemia* 89

STEFAN MÜCKL, *Libertà religiosa in tempo di pandemia di Covid-19. La situazione in Germania* 117

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, *Culto religioso y Estado de Derecho en tiempos de pandemia: España y Estados Unidos* 143

EMMANUEL TAWIL, *Le libre exercice du culte en France durant les 11 premiers mois de l'épidémie de Covid-19 (14 mars 2020 - 15 février 2021)* 185

ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *Per una cura pastorale integrale dei fedeli in caso di pandemia. Profili canonici e pastorali* 199

Altri studi

JUSTIN M. ANDERSON, JÖRGEN VIJGEN, *Thomas Aquinas and Medieval Canon Law: Two Cases of Gratian's Influence in the Summa Theologiae* 219

GIURISPRUDENZA

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, 2 ottobre 2018, Prot. n. 52094/16 CA, Ordinariato Militare N. *Della soppressione della parrocchia X presso l'Accademia Militare Y* (Rev.do Z e altri – Congregazione per il Clero), con un commento di GIOVANNI PARISE, *Soppressione di una parrocchia e impossibilità di sanare un atto amministrativo illegittimo da parte del superiore gerarchico* 241

COUR D'APPEL D'AMSTERDAM, Arrêt de la chambre civile multiple du 30 juin 2020, N. de liste des affaires du Tribunal d'Amsterdam:

- C / 13/631678 / HA ZA 17-673, (Diocèse de Haarlem – Amsterdam contre la Fondation catholique romaine Maagdenhuis), con un commento di JEAN-PIERRE SCHOUPE, *La reconnaissance de la nature ecclésiastique d'une fondation catholique dans le diocèse de Haarlem (Amsterdam). L'affaire Stichting Het Roomsche Catholijk Maagdenhuis* 275

NOTE E COMMENTI

- MIGUEL DELGADO GALINDO, *Ordini equestri e diritto canonico: annotazioni per un inquadramento giuridico* 307

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Nota bibliografica

- CARLO CARDIA, *La memoria e la storia. Sul libro di Giuseppe Dalla Torre, Papi di famiglia. Un secolo di servizio alla Santa Sede* (Venezia, Marcianum Press, 2020) 333

Recensioni

- EDUARDO BAURA, FERNANDO PUIG (a cura di), *La responsabilità giuridica degli enti ecclesiastici* (Massimo del Pozzo) 343
- EDOARDO CHITI, *Il diritto di una comunità comunicativa. Un'indagine sul diritto amministrativo della Chiesa* (Eduardo Baura) 347
- CARLO FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico nella società postmoderna, Lezioni universitarie* (Rinaldo Bertolino) 350
- JAVIER HERVADA, *Critical Introduction to Natural Right* (Thierry Sol) 360
- ALICE DE LA ROCHEFOUCAULD, CARLO M. MARENGHI (eds.), *Education as a Driver to Integral Growth and Peace – Ethical Reflections on the Right to Education* (Fernando Chica Arellano) 362
- JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y Educación. Una perspectiva europea y latinoamericana* (Montserrat Gas-Aixendri) 366
- CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, Religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro* (P. Bruno Esposito, O.P.) 370
- BRUNO FABIO PIGHIN, *I Sacramenti. Dottrina e disciplina canonica* (Giovanni Parise) 372
- KEVIN SCHEMBRI, *Oikonomia, Divorce and Remarriage in the Eastern Orthodox Tradition* (Francesco Catozzella) 376

DOCUMENTI

- SEGRETERIA DI STATO, *Precisazioni in merito agli Ordini equestri* 381

IN MEMORIAM ANTONI STANKIEWICZ

JOAQUÍN LLOBELL

IL 4 gennaio 2021 è deceduto a Roma S.E.R. Mons. Antoni Stankiewicz, Decano emerito della Rota Romana. Le sue esequie, presiedute da S.Em.R. Pietro Parolin, Segretario di Stato, nell'altare della cattedra della Basilica di San Pietro, hanno messo in risalto l'apprezzamento del suo lungo e fecondo servizio alla Chiesa, specialmente alla Santa Sede, come giudice e come cultore della scienza canonica. È doveroso ricordarlo con commossa gratitudine in questa Rivista per i suoi molteplici contributi alla docenza e alla ricerca nell'ambito della nostra Facoltà, e soprattutto per il suo essere un vero Maestro nel diritto canonico.

Dalla sua Polonia, dove nacque il 1° ottobre 1935 e alla quale restò sempre molto legato, egli si trasferì a Roma nel 1967, cominciò a lavorare nella Cancelleria della Rota Romana nel 1969, fu nominato Uditore da San Paolo VI nel 1978, e divenne Decano dal 2004 al 2012, avendo ricevuto l'ordinazione episcopale nel 2006. Percorrendo le notizie biografiche, l'elenco delle sue pubblicazioni e delle sue sentenze e decreti, nel primo dei quattro volumi in suo onore, promossi dalle Pontificie Università Gregoriana e della Santa Croce (Libreria Editrice Vaticana, 2010), si rimane davvero impressionati dinanzi alla mole del suo lavoro presso la Rota e in altri dicasteri della Curia Romana, nonché davanti all'ampiezza della sua attività scientifica. Il suo prestigio viene nel contempo evidenziato dalla partecipazione di tanti canonisti a quell'omaggio. La sua operosità continuò negli ultimi anni della sua vita, specialmente come giudice del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, della Congregazione per la Dottrina della Fede e come membro della Congregazione per le Cause dei Santi.

In questa sede è giusto anzitutto ringraziare il Signore per il suo generoso apporto, nel suo stile amichevole e discreto, alla vita di questa Facoltà di Diritto Canonico. Il campo precipuo dei suoi corsi come Professore Visitante è stato quello della giurisprudenza rotale sul matrimonio. La sua partecipazione ai Convegni e ai Corsi di aggiornamento da noi promossi, e i suoi articoli in «*Ius Ecclesiae*», testimoniano la sua costante disponibilità a mettere al servizio dei colleghi e degli studenti la sua dimestichezza nei temi di diritto matrimoniale e processuale canonico. Non va dimenticato il suo insegnamento del diritto romano nelle nostre aule, il quale, insieme alla sua conoscenza approfondita del latino e delle fonti storiche del diritto canonico, completano la sua figura di autentico giurista.

Ma quello che mi preme di più è mettere in risalto il suo amore per la giustizia, caratteristica essenziale del vero giurista. Nell'intrecciarsi del suo lavoro nell'arte del diritto, soprattutto nelle cause di nullità matrimoniale, e della sua riflessione teoretica, egli si calava nella realtà del matrimonio con spirito sempre attento a coglierne e tutelarne la verità. Non pretendeva di elaborare un discorso chiuso in un sistema aprioristico, ma sempre con l'intento realistico di far giustizia nei casi concreti, non cessava di interrogarsi sul senso e portata dei capi di nullità, accogliendo anche i contributi interdisciplinari, come quelli provenienti dalle scienze sulla psiche umana. L'indissolubilità del matrimonio è stata per lui non un'affermazione teorica ma il retroterra di un operato che ha difeso sempre la possibilità di sposarsi per sempre da parte della generalità delle persone. In questo modo, dalla sua prospettiva di giurista, egli ha lavorato efficacemente in favore del matrimonio e della famiglia, in sintonia con il magistero della Chiesa, e con quel rinnovamento nella continuità di cui parlò Benedetto XVI a proposito del Concilio Vaticano II, applicabile anche alla codificazione canonica postconciliare.

Mons. Stankiewicz coltivò anche altri campi del sapere giuridico, in particolare quello del diritto processuale. Da vero giurista egli ha percepito la rilevanza decisiva del processo per la vita del diritto. La stima del processo quale strumento di giustizia gli ha consentito di scoprire che le questioni processuali, giudicate spesso come di mera tecnica, sono invece intrinsecamente legate alla sostanza dell'effettiva amministrazione della giustizia anche nel Popolo di Dio.

Alla base della vita e dell'agire di Mons. Stankiewicz vi è stata una fede salda, un amore vivo per la Chiesa, un attaccamento di tutto cuore al Successore di Pietro, uno spirito profondamente sacerdotale. Il suo radicamento nella migliore tradizione cattolica della sua amata Polonia lo ha portato ad essere veramente romano, con quella dimensione universale che caratterizza la vera romanità. Abbiamo perciò la sicura speranza di poter contare su di lui come un nuovo efficace intercessore per il servizio alla verità sulla giustizia come anima del lavoro canonistico.

DOTTRINA

Studi di diritto processuale

LA FÓRMULA DE LAS DUDAS EN EL SISTEMA DEL M.P. “MITIS IUDEX DOMINUS IESUS”

THE FORMULA OF DOUBT IN THE SYSTEM OF THE M.P. “MITIS IUDEX DOMINUS IESUS”

RICARDO BAZÁN*

RESUMEN · El M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus” ha introducido importantes cambios en el proceso de nulidad matrimonial en la Iglesia latina, con miras a determinar la nulidad o validez del vínculo matrimonial de modo ágil y más accesible. El autor de este artículo se detiene en la nueva dinámica del proceso, concretamente, en la determinación de la fórmula de las dudas a cargo del vicario judicial para los tres tipos de procesos. Esta importante modificación plantea algunas cuestiones prácticas al momento de aplicarlo, sea en ámbito diocesano como ante la Rota Romana.

PALABRAS CLAVE · Nulidad Matrimonial, Fórmula de las Dudas, Vicario Judicial, Rota Romana.

ABSTRACT · The M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus” has introduced significant modifications to the marriage nullity process for the Latin Church, in order to declare the nullity or validity of the marriage in a more accessible and less time-consuming way. The author of this work has focused on the new process dynamic, specifically, on the formula of doubt run by the judicial vicar for the three type of processes. This important modification raises some practical questions when this norm is applied whether in the diocesan tribunal or the Roman Rota.

KEYWORDS · Marriage Nullity, Formula of Doubt, Judicial Vicar, Roman Rota.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las motivaciones del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”. – 3. El vicario judicial como juez único de la fase introductoria. – 4. La regulación de la fórmula de las dudas y el sistema del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”. – 5. La fórmula de las dudas en el sistema del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”.

* ricardobazanm@gmail.com, Profesor de Teología y Derecho matrimonial canónico de la Universidad de Piura.

– 5.1. El proceso ordinario. – 5.2. El proceso más breve frente al obispo. – 5.2.1. La fase introductoria del “processus brevior”. – 5.2.2. El decreto de la fórmula de las dudas. – 5.3. El proceso documental. – 5.4. La impugnación de la fórmula de las dudas. – 5.5. El rescripto del 7-12-2015 n. II § 1: la fijación de la duda según la antigua fórmula “An constet de matrimonii nullitate in casu”. – 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

CON la promulgación del M.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* (MI) se ha realizado una significativa modificación del proceso de nulidad matrimonial. Desde que se hizo público el texto del MI (8-09-2015) hasta su entrada en vigor (8-12-2015), muchos interrogantes fueron planteados por obispos y canonistas. Habiendo pasado cinco años desde entonces, se han dado varias intervenciones del Romano Pontífice, de diversa y compleja naturaleza, para aclarar algunos puntos de la reforma. Así mismo, la doctrina y la praxis judicial han salido al paso de esos interrogantes dando algunos criterios y propuestas. Aun ahora es muy pronto para valorar el conjunto de la reforma de Papa Francisco, reforma que, muy probablemente, no se haya concluido. No obstante, en este trabajo hemos tratado de analizar, sin pretensiones de exhaustividad, el *status quaestionis* de una de las principales instituciones del proceso de nulidad del matrimonio (la fórmula de las dudas) para intentar contribuir al examen de lo que denominamos “el sistema del M.p. *Mitis Iudex*”, siguiendo a Llobell.¹

2. LAS MOTIVACIONES DEL M.P. “MITIS IUDEX DOMINUS IESUS”

El 20 de septiembre de 2014, un comunicado de la Oficina de Prensa de la Santa Sede hizo pública la creación de una comisión especial² para el estudio de la reforma del proceso matrimonial canónico, cuyo objetivo sería preparar una propuesta de reforma de dicho proceso, con miras a simplificarlo y hacerlo más ágil, salvaguardando el principio de indisolubilidad del matrimonio.³ La creación de esta comisión⁴ es la respuesta del Papa a la solicitud de

¹ J. LLOBELL, *El ejercicio personal de la potestad judicial del Obispo diocesano. Algunas consideraciones preliminares al M.p. «Mitis Iudex» y al M.p. «Mitis et Misericors»*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 41 (2016), pp. 1-27 *passim*.

² Según el comunicado, la comisión especial fue instituida el 27 de agosto de 2014.

³ Comunicado de la Oficina de Prensa de la Santa Sede, 20 de septiembre de 2014. Puede consultarse en: <http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/09/20/0651/01463.html>.

⁴ La comisión, señala el comunicado de la Oficina de Prensa de la Santa Sede, estaba presidida por S.E. Mons. Pio Vito Pinto, Decano del Tribunal de la Rota Romana, y compuesta por los siguientes miembros: S. Em. Rev.ma Card. Francesco Coccopalmerio, Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos; S.E.Rev. Mons. Luis Francisco Ladaria Ferrer, S.I., Secretario de la Congregación para la Doctrina de la Fe; S. E.Rev. Mons. Dimitrios Salachas, Exarca Apostólico para los católicos griegos de rito bizantino; los Rev. Monseñores Maurice Monier, Leo Xavier Michael Arokjaraj y Alejandro W. Bunge, Prelados Auditores

un gran número de Padres sinodales de la XIV Asamblea General Ordinaria que subrayaban la «necesidad de hacer más accesibles y ágiles, posiblemente totalmente gratuitos, los procedimientos para el reconocimiento de los casos de nulidad».⁵ Al mismo tiempo, el Romano Pontífice parece tener en mente la importancia de la tutela de los derechos de los fieles, que en este caso sería el derecho a conocer la verdad sobre el propio estado, así como la validez o no de su propio matrimonio.⁶ Esta función, afirma el Papa en el Proemio de la norma, es una obra de justicia y de verdad⁷ y, al mismo tiempo, «esta suprema y universal potestad de atar y desatar aquí en la tierra afirma, corrobora y reivindica la de los Pastores de las Iglesias particulares, en fuerza de la cual éstos tienen el sagrado derecho y el deber delante del Señor de juzgar a sus propios súbditos» (MI Proemio § 1).⁸ Por tanto, frente a la lentitud de los procesos de nulidad matrimonial, el Papa y los pastores de la Iglesia universal han visto la importancia de agilizar los procesos para que los fieles puedan tener una justicia que no tarde y que, sobre todo, los lleve a conocer la verdad.

En conclusión, podemos decir que el Papa Francisco ha optado por una reforma del proceso de declaración de nulidad del matrimonio haciéndolo más ágil para que pueda cumplir con la finalidad de todo proceso judicial:

del Tribunal de la Rota Romana; el Rev. P. Nikolaus Schöch, O.F.M., Promotor de Justicia Sustituto del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica; el Rev. P. Konštanc Miroslav Adam, O.P., Rector Magnífico de la Pontificia Universidad Santo Tomás de Aquino (*Angelicum*); el Rev. P. Jorge Horta Espinoza, O.F.M., Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad *Antoniamum*; y el Prof. Paolo Moneta, docente de Derecho Canónico de la Universidad de Pisa. El Rev. P. Francis Morrissey, O.M.I., profesor emérito de la Facultad de Derecho canónico de la Saint Paul University de Canadá, fue posteriormente incorporado a la comisión especial, poco después del comunicado de la Oficina de Prensa de la Santa Sede (cfr. nota 9 en G. BONI, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative (parte prima)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 3 [2018], pp. 4-5; *Carta del Secretario de Estado Card. Pietro Parolin al Decano del Tribunal de la Rota Romana*, de 11 de septiembre de 2014, «Quaderni dello Studio Rotale» 23 [2016], pp. 55-56).

⁵ SÍNODO DE OBISPOS, XIV ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA (4-25 octubre 2015), La vocación y la misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo, Lineamenta, n. 48, en www.vatican.va.

⁶ Cfr. FRANCISCO, *Discurso a los participantes en un curso organizado por el Tribunal de la Rota Romana* de 12 de marzo de 2016, «AAS» 108 (2016), pp. 484-485.

⁷ S. Juan Pablo II había afirmado sobre la función judicial: «La actividad judicial de los tribunales eclesiásticos matrimoniales, al igual que la actividad legislativa, deberá ayudar a la persona humana en la búsqueda de la verdad objetiva y, consiguientemente, también en la afirmación de esta verdad, a fin de que la misma persona esté en grado de conocer, vivir y realizar el proyecto de amor que Dios le ha asignado» (S. JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana* de 24 de enero de 1981, «AAS» 73 [1981], pp. 233-234).

⁸ Los siete primeros parágrafos del Proemio del MI serán citados del siguiente modo: MI Proemio §§ 1-7. Del mismo modo, las Reglas de procedimiento del MI serán citadas como MI RP.

tutelar los derechos de los fieles y conocer la verdad de las cosas, la validez o nulidad del vínculo matrimonial, dentro del enfoque de la misión de la Iglesia, la *salus animarum*.⁹

3. EL VICARIO JUDICIAL COMO JUEZ ÚNICO DE LA FASE INTRODUCTORIA

El MI presenta una novedad estructural del proceso matrimonial que tiene mucha importancia para nuestro estudio, pues la fase introductoria queda ahora en manos del vicario judicial, desde la introducción del escrito de la demanda hasta el decreto de la fórmula de las dudas, momento en el que la causa pasa a ser conocida por el tribunal colegial (o el juez único) o por el obispo en el caso del *processus brevior*. Este cambio, que si bien no es mencionado como uno de los criterios o de las grandes reformas, debe ser especialmente observado porque pone en manos del vicario judicial la determinación del objeto del proceso, tal como lo expresa el MI can. 1676: «§ 5. La fórmula de la duda debe determinar por qué capítulo o capítulos se impugna la validez de las nupcias».

Este canon, que recoge de manera íntegra el art. 135 § 3 de la Instrucción *Dignitas connubii* (DC), expresa de manera sintética¹⁰ la necesidad de que la fórmula de las dudas determine, delimite, defina, cuál es el objeto del proceso, en qué se fundamenta la pretensión, en qué elementos de hecho y de derecho se basa y que tradicionalmente se expresan por el capítulo o los capítulos de nulidad por el que se solicita la declaración de nulidad del matrimonio. Por eso, consideramos que la nueva estructura del proceso de nulidad matrimonial, cuya fase introductoria es conocida por el vicario judicial, es un cambio notable introducido por el MI que plantea algunas dudas prácticas que trataremos de resolver.

4. LA REGULACIÓN DE LA FÓRMULA DE LAS DUDAS Y EL SISTEMA DEL M.P. “MITIS IUDEX DOMINUS IESUS”

La vigente regulación de la fórmula de las dudas la encontramos en el Capítulo I del Título I de la Parte III del Libro VII del CIC, modificado por el *M.p. Mitis Iudex Dominus Iesus*. El nuevo can. 1676 es mucho más breve al tratar la fórmula de las dudas, y señala en su § 2: «Transcurrido el plazo predicho, después de haber amonestado nuevamente a la otra parte, si lo ve oportu-

⁹ Cfr. BENEDICTO XVI, *Discurso a la Rota Romana* de 27 de enero de 2007, en www.vatican.va; texto italiano en «AAS» 99 (2007), pp. 86-91.

¹⁰ En efecto, resulta una declaración sintética en tanto que no conviene identificar la *causa petendi* con el *caput nullitatis*, pues la *causa petendi* va más allá y trata de los hechos que sustentan la pretensión y que encuentran protección en el ordenamiento jurídico (cfr. R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”*, Roma, EDUSC, 2019, pp. 105-117).

no y en la medida que así lo estime, para que manifieste su posición, oído el defensor del vínculo, el Vicario judicial con un decreto suyo determine la fórmula de dudas y establezca si la causa debe tratarse con el proceso más breve conforme a los cánones 1683-1687. Este decreto debe ser notificado enseguida a las partes y al defensor del vínculo».

A esto debemos añadir la norma que regula la fórmula de las dudas en el *processus brevior*: MI can. 1685: «El Vicario judicial, con el mismo decreto con el que determina la fórmula de dudas, nombre el instructor y el asesor, y cite para la sesión, que deberá celebrarse conforme el can. 1686, no más allá de treinta días, a todos aquellos que deben participar».

Sin embargo, la regulación de la fórmula de las dudas no se agota en los cánones antes señalados, sino que se trata de un sistema. En efecto, el sistema del MI no está únicamente compuesto por los dos *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* y *Mitis et Misericors Iesus*, sino que además rigen algunos documentos papales que han sido promulgados desde el año 2015 hasta la fecha de presentación de este estudio.¹¹ Tales documentos son:

- El rescripto de 4 de noviembre de 2015 que contiene la *mens* del Pontífice sobre la reforma de los procesos matrimoniales;
- El rescripto de 7 de diciembre de 2015 sobre el cumplimiento y la observancia de la nueva ley del proceso matrimonial canónico;
- El rescripto *ex audientia Sanctissimi* de 22 de enero de 2016 sobre el servicio informativo de la Rota Romana;
- El discurso leído en un curso organizado por la Rota Romana de 12 de marzo de 2016 y dado *a braccio* (sin ayuda de un texto escrito), cuya publicación en «Quaderni dello Studio Rotale» 23 (2016) contiene la *mens legislatoris*;¹²
- El discurso leído en un curso organizado por la Rota Romana de 25 de noviembre de 2017, sobre la figura del obispo diocesano;
- Conferencia Episcopal Italiana, Testo del tavolo di lavoro, de 20 de julio de 2016;¹³

¹¹ Para profundizar sobre la naturaleza de estos dispositivos y el contexto en el que han sido promulgados, puede consultarse: J. LLOBELL, *Circa i motivi del M.P. «Mitis Iudex» e il suo inserimento nel sistema delle fonti*, en *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, ed. H. Franceschi, M. Á. Ortiz, Roma, EDUSC, 2017, pp. 25-35.

¹² Aunque la parte de este discurso dada *a braccio* aparece únicamente en «Quaderni dello Studio Rotale» 23 (2016), el discurso leído en un curso organizado por la Rota Romana de 25 de noviembre de 2017 hace un reenvío expreso a aquel discurso, lo cual nos plantea la duda de si se trataría de una manera de confirmar su naturaleza jurídica, ya que salvo por la fuente que hemos citado, el discurso *a braccio* no ha sido recogido por ningún otro medio.

¹³ Si bien este documento no posee el mismo rango que los otros, consideramos necesario incluirlo porque presenta elementos aclarativos e interpretativos del MI para los tribunales eclesiásticos italianos.

- Tribunal de la Rota Romana, Subsidio aplicativo del M.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* (Subsidio MI).¹⁴

Hemos tratado de utilizar el nombre con el que estas disposiciones normativas han sido publicadas, teniendo en cuenta la dificultad que algunos presentan al momento de determinar su naturaleza jurídica. Una especial consideración merece el rescripto del 4-11-2015, el cual es presentado como “la *mens* del Pontífice”,¹⁵ dado por el Papa Francisco al Decano de la Rota Romana con motivo del solemne acto académico de apertura de la actividad del Estudio Rotal, en cuyo caso todo hace parecer que se trataría de un rescripto *ex audientia Sanctissimi* (*vide in nota 11*).

5. LA FÓRMULA DE LAS DUDAS EN EL SISTEMA DEL M.P. “MITIS IUDEX DOMINUS IESUS”

Actualmente un proceso de nulidad puede ser conocido por los tribunales ordinarios de la Iglesia a través de tres tipos de procesos judiciales: el proceso ordinario, el *processus brevior coram Episcopo* y el proceso documental.¹⁶ A continuación, vamos a estudiar la fase introductoria de cada uno de estos procesos para conocer cómo se debe proceder según el MI, desde la introducción de la demanda hasta la fórmula de las dudas. Esta primera fase se caracteriza porque depende exclusivamente del vicario judicial.

5. 1. *El proceso ordinario*

Se llama proceso ordinario al proceso declarativo de nulidad del matrimonio que el CIC prevé como vía ordinaria para conocer un proceso matrimonial (cfr. cann. 1501-1655). En efecto, como el proceso de declaración de nulidad matrimonial es un proceso especial, debemos remitirnos a las normas generales sobre los procesos,¹⁷ pues en el MI no encontraremos un título específico para los procesos ordinarios como sí ocurre con el *processus brevior*. En cambio, el MI es muy claro al señalar que los procesos de nulidad matri-

¹⁴ No siendo clara la naturaleza jurídica del Subsidio MI (cfr. G. BONI, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative (parte seconda)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 5 [2018], pp. 83-98), apuntamos a incluirla dentro del elenco de documentos por tratarse de un documento al que constantemente se hace referencia en la doctrina.

¹⁵ Cfr. «L'Osservatore Romano» de 8-11-2015, p. 8; «Quaderni dello Studio Rotale» 23 (2016), p. 43.

¹⁶ Sobre la nulidad del matrimonio declarada por la Signatura Apostólica “ex art. 118 de la *Lex Propria Signaturae Apostolicae*” se puede consultar: R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas*, cit., pp. 190-192.

¹⁷ Cfr. F. DANEELS, *La natura propria del processo di nullità matrimoniale*, en *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas connubii»*, Roma, EDUSC, 2005, pp. 23-24.

monial no pueden ser conocidos mediante el proceso contencioso oral (cfr. MI can. 1691 § 2), como ya prohibía el CIC can. 1690 y el art. 6 de la DC. Por tanto, rigen las normas para los procesos contenciosos ordinarios junto con las normas específicas del MI.

El proceso ordinario inicia con la presentación del escrito de la demanda conforme al principio *nemo iudex sine actore* (principio dispositivo) que el CIC recoge en el can. 1501. A partir de este momento los órganos judiciales de la Iglesia tienen el deber de atender la demanda de la parte que solicita tutela judicial. Para ello, el vicario judicial debe examinar que la demanda cumpla con una serie de requisitos sustanciales y formales: MI can. 1675: «El juez, antes de aceptar una causa, debe tener la certeza de que el matrimonio haya fracasado irreparablemente, de manera que sea imposible restablecer la convivencia conyugal».¹⁸

Así pues, el vicario judicial debe cerciorarse de dicho fracaso al momento de admitir a trámite el escrito de la demanda. El MI entiende por juez al vicario judicial¹⁹ porque de una parte el obispo diocesano y el vicario judicial son en sentido estricto jueces del tribunal diocesano, con potestad propia el obispo diocesano y vicaria el segundo (cfr. CIC can. 1420 §§ 1-2; DC art. 38 §§ 1-2). De otro lado porque el MI señala a continuación: «Recibida la demanda, el Vicario judicial, si considera que ésta goza de algún fundamento, la admita y, con decreto adjunto al pie de la misma demanda, ordene que una copia sea notificada al defensor del vínculo y, si la demanda no ha sido firmada por ambas partes, a la parte demandada, dándole el término de quince días para expresar su posición respecto a la demanda» (MI can. 1676 § 1).

Dicha admisión debe tener en cuenta, necesariamente, lo que el CIC prescribe sobre el escrito de la demanda, que vendrían a ser los requisitos formales, *lato sensu* (cfr. n. 2): «El escrito de demanda debe: 1º especificar ante qué juez se introduce la causa, qué se pide y contra quién; 2º indicar en qué derecho se funda el actor y, al menos de modo general, en qué hechos y pruebas se apoya para demostrar lo que afirma; 3º estar firmado por el actor o por su procurador, con indicación del día, mes y año, así como también del lugar donde habitan o dijieran tener la residencia a efectos de recibir documentos; 4º indicar el domicilio o cuasi domicilio del demandado» (can. 1504).

El CIC exige además otros requisitos de tipo sustanciales que tienen que ver con los presupuestos procesales y que permitirán que el vicario judicial

¹⁸ Cfr. J. LLOBELL, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale*, «Ephemerides Iuris Canonici» 56 (2016), p. 419; C. PEÑA GARCÍA, *La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: el motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, «Estudios Eclesiásticos» 90 (2015), p. 681.

¹⁹ Cfr. MI can. 1675; cfr. E. NAPOLITANO, *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 580-581.

determine o identifique una relación jurídica procesal válida²⁰ (cfr. CIC can. 1505 § 2), así como la presencia del *fumus boni iuris* (cfr. MI can. 1676 § 1).

Se aprecia que la intención de esta ampliación de la competencia del vicario judicial (y de los vicarios judiciales adjuntos)²¹ obedece a motivos de celeridad de tal forma que en un solo acto el vicario judicial admita a trámite el escrito de la demanda y proceda inmediatamente a la notificación de las partes, es más, el MI can. 1676 ordena que se admita a trámite mediante un decreto adjunto al pie de la misma demanda. Una copia de esta será notificada a las partes, es decir, al otro cónyuge en caso de que no se trate de una demanda conjunta, así como al defensor del vínculo. Nótese que en el nuevo sistema se prescinde de que el vicario judicial tenga que oír al defensor del vínculo antes de admitir a trámite el escrito de la demanda, tal como aconsejaba la DC art. 119 § 2. Todo indica que esto también responde a los mismos motivos de celeridad.²²

En la notificación a la otra parte debe indicarse un plazo para contestar la demanda, el cual asciende a quince días. Sin embargo, el MI nada dice en caso de que el escrito de la demanda sea rechazado,²³ así como los plazos para su impugnación y ante quién deberá interponerla. Sobre el primer punto habría que recurrir al CIC que prescribe un plazo de diez días para que la parte presente un recurso motivado ante el rechazo del escrito de la demanda (cfr. can. 1505 § 4). La duda se mantiene por cuanto se refiere al órgano competente para conocer la impugnación, pues el can. 1505 § 4 del CIC señala dos posibles órganos contra el decreto del presidente: «En el plazo útil de diez días, la parte puede interponer recurso motivado contra el rechazo del escrito ante el tribunal de apelación, o ante el colegio si fue rechazado por el presidente; y la cuestión sobre el rechazo ha de decidirse con la mayor rapidez». La DC, sin embargo, no acoge tal alternativa e indica que el recurso contra el decreto del presidente no se puede interponer ante el tribunal de apelación sino sólo ante el colegio, mientras que sobre el de-

²⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, 1980, pp. 89-95; J. LLOBELL, *Acción, pretensión y fuero del actor en los procesos declarativos de la nulidad matrimonial*, «Ius Canonicum» 27 (1987), p. 640.

²¹ Sobre la posibilidad de que el vicario adjunto realice las mismas funciones del vicario judicial consultar: R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas*, cit., pp. 201-203.

²² Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, en *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, ed. M. E. Olmos Ortega, Madrid, Dykinson, 2016, p. 85; J. ROS CÓRCOLES, *El vicario judicial y el instructor en los procesos de nulidad matrimonial tras el motu proprio «Mitis Iudex»*, «Ius Canonicum» 56 (2016), p. 90.

²³ «Il vicario giudiziale, nel caso in cui non ritenga possibile ammettere il libello, deve notificare il decreto di rigetto con le motivazioni della sua decisione alla parte che lo ha sottoscritto (cfr. can. 1617; art. 121 DC)» (E. NAPOLITANO, *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 583).

creto de rechazo del colegio, lógicamente, sólo es competente el tribunal de apelación (cfr. DC art. 124 § 1). En el sistema del MI el autor del decreto que rechaza la demanda es el vicario judicial, en un contexto en el que el colegio aún no ha sido constituido. Peña propone que sea el tribunal de apelación el encargado de conocer.²⁴ Particularmente nos inclinamos por esta propuesta ya que son los cauces que las normas generales para los procesos ponen a disposición de las partes (cfr. CIC can. 1504, § 4).²⁵ Aunque, como señala Peña, esto parecería entrar en contradicción con los fines de la reforma, sin embargo, afirma que la inadmisión del escrito de la demanda suele ser poco usual en los tribunales eclesíasticos.²⁶

Llegamos al momento de la fórmula de las dudas. Antes, el MI ofrece la posibilidad de que el vicario judicial vuelva a amonestar al cónyuge parte demandada para que presente sus posiciones. Debe resaltarse esta posibilidad dada al vicario judicial ya que con ello se protege el derecho de defensa de la parte demandada, a la cual básicamente se le ofrece la oportunidad para presentarse en el proceso y manifestar su posición. Además, la postura y la presencia en juicio de ambos cónyuges puede ser importante para determinar la fórmula de las dudas, así como para llegar a determinar o no la validez del matrimonio.

Así pues, continua el MI can. 1676: «§ 2. Transcurrido el plazo predicho, después de haber amonestado nuevamente a la otra parte, si lo ve oportuno y en la medida que así lo estime, para que manifieste su posición, oído el defensor del vínculo, el Vicario judicial con un decreto suyo determine la fórmula de dudas y establezca si la causa debe tratarse con el proceso más breve conforme a los cánones 1683-1687. Este decreto debe ser notificado enseguida a las partes y al defensor del vínculo».

Nuevamente se ha querido hacer más ágil el proceso al ordenar que, transcurrido el plazo para que la otra parte conteste, el vicario judicial proceda a determinar la fórmula de las dudas. Esto lo hará teniendo en cuenta el escrito de la demanda presentado y lo que la otra parte haya contestado. A esto conviene añadir lo que el defensor del vínculo haya podido presentar, de hecho, el canon citado hace mención de que el vicario judicial debe oír

²⁴ Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, cit., p. 96; C. M. MORÁN BUSTOS, C. PEÑA GARCÍA, *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción «Dignitas connubii»*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 225-227.

²⁵ Cfr. E. DI BERNARDO, *Problemi e criticità della nuova procedura*, en *La riforma del processo matrimoniale ad un anno del motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, p. 137; M. DEL POZZO, *Considerazioni sui ricorsi della fase introduttiva del giudizio matrimoniale nell'impianto del M. p. «Mitis Iudex»*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 34 (2016), p. 7.

²⁶ Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, cit., p. 96.

al defensor del vínculo. De esta manera se potencia, o al menos se quiere potenciar, el rol que el defensor del vínculo debe cumplir en el proceso y, específicamente, en la determinación de la fórmula de las dudas.

En efecto, el MI prevé que, cumplido el plazo de quince días para que la parte demandada conteste, el vicario judicial emita el decreto de la fórmula de las dudas inmediatamente y sin mediar plazo alguno. Sin embargo, consideramos que el vicario judicial no debe descartar la posibilidad de que se convoque una sesión para la concordancia de las dudas²⁷ para determinar de modo correcto la fórmula²⁸ y con miras a tutelar de manera correcta la verdad del vínculo matrimonial, amparándose en las normas generales del proceso, tal como lo indica el CIC can. 1513 § 2.

La fórmula de las dudas consiste en un decreto del vicario judicial que básicamente debe indicar cuál es la acción en sus dos elementos objetivos: el *petitum* y la *causa petendi*. Por eso el MI recoge que la fórmula de la duda debe determinar por qué capítulo o capítulos se impugna la validez de las nupcias (cfr. MI can. 1676 § 5).

Las otras dos prescripciones que debe contener el decreto de la fórmula de las dudas son: la determinación del tipo de proceso a seguir y la constitución del colegio de jueces o del juez único con sus dos asesores (cfr. MI can. 1676 § 3).

En este momento concluye la fase introductoria y el proceso dejará de ser conocido por el vicario para depender completamente del colegio de jueces, del cual el vicario judicial puede formar parte,²⁹ salvo que sea el único juez de la diócesis, además del obispo diocesano.

5. 2. *El proceso más breve frente al obispo*

El proceso más breve es un proceso judicial de naturaleza extraordinaria,³⁰ pensado no para todas las situaciones o causas matrimoniales, sino para

²⁷ Cfr. E. NAPOLITANO, *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 583-854.

²⁸ Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, EDIURCLA, 2012, p. 381; M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Vol. 2, Romae, Anonima Libreria Cattolica Italiana, 1950, p. 549.

²⁹ Cfr. J. ROS CÓRDOLES, *El vicario judicial y el instructor en los procesos de nulidad matrimonial tras el motu proprio «Mitis Iudex»*, cit., p. 94.

³⁰ Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *La relazione tra potestà giudiziale episcopale e uffici tecnici nel processo brevior*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 783-786; P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, en *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, ed. H. Franceschi, M. Á. Ortiz, Roma, EDUSC, 2017, pp. 341-342; P. MONETA, *La dinamica processuale nel M.p. «Mitis Iudex»*, «Ius Ecclesiae» 28 (2016), p. 46; C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado» 41 (2016), p. 20.

aquellas en las que la nulidad sea evidente (cfr. MI can. 1683). Esta especificidad nos dice en qué medida debe ser utilizado el *processus brevior*, pues existe el riesgo de pensar que el Legislador habría ofrecido la facultad de elegir entre un proceso u otro de manera indiscriminada o de acuerdo con el parecer de las partes, amparados en la idea de agilidad y celeridad propios de la reforma que pondría en manos de las partes la posibilidad de acordar tomar una u otra vía. Esto no tendría sustento como veremos en el siguiente acápite.

5. 2. 1. La fase introductoria del “processus brevior”

El MI can. 1683 precisa claramente los presupuestos que deben concurrir para poder acceder al *processus brevior*:³¹ «Al mismo Obispo compete juzgar las causas de nulidad cada vez que: 1° la petición haya sido propuesta por ambos cónyuges o por uno de ellos, con el consentimiento del otro; 2° concurren circunstancias de las personas y de los hechos, sostenidas por testimonios o documentos, que no requieran una investigación o una instrucción más precisa, y hagan manifiesta la nulidad».

El primer requisito se apoya en el principio *nemo iudex sine actore*, que en este caso se considera que tiene carácter absoluto,³² es decir, que para la tramitación de la causa mediante el *processus brevior* es necesario que la demanda tenga un litisconsorcio activo,³³ sea porque ambos cónyuges hayan firmado el escrito de la demanda o porque ha sido firmado por uno de ellos con el consentimiento del otro. De lo que se desprende que el vicario judicial no podría ordenar *ex officio* que la causa sea tramitada por el proceso más breve si la demanda ha sido presentada por sólo uno de los cónyuges. Sin embargo, el vicario judicial puede aconsejar a ambos cónyuges el *processus brevior* (cfr. MI RP art. 15).

³¹ Hemos omitido mencionar los supuestos contemplados en el MI RP art. 14 porque, como el mismo artículo señala, se trata de ejemplos, en cambio, el MI can. 1683 es claro al señalar cuándo compete al obispo diocesano conocer mediante el *processus brevior*. Para profundizar sobre las circunstancias del MI RP art. 14 y su naturaleza, se puede consultar: cfr. J. FERRER ORTIZ, *Valoración de las circunstancias que pueden dar lugar al proceso abreviado*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 164-187; J. T. MARTÍN DE AGAR, *Aspectos sustantivos de la reforma del Motu proprio «Mitis Iudex»*, «Anuario de Derecho Canónico» 7 (2017), pp. 91-106; P. MONETA, *La dinamica processuale nel M.p. «Mitis Iudex»*, cit., pp. 50-51; C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, cit., pp. 28-29; G. NÚÑEZ, *El proceso brevior: exigencias y estructura*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 144-145.

³² Cfr. C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, cit., p. 12.

³³ Cfr. G. SCIACCA, *Il «processus brevior» davanti al Vescovo*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, p. 731; A. STANKIEWICZ, *Alcune considerazioni intorno all'esercizio personale e vicario della potestà giuridiziale con riferimento al processo matrimoniale «breviore» davanti al Vescovo diocesano*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, p. 769.

Junto a este requisito encontramos otros dos que deben ser observados de modo necesario, pues se trata de requisitos sustantivo-materiales:³⁴ a) que concurren circunstancias de personas y hechos, sostenidas por testimonios o documentos, que no requieran una investigación o una instrucción más precisa; y b) hagan manifiesta la nulidad.³⁵

En esta línea se mueve la doctrina al afirmar que: «Este proceso abreviado podrá seguirse en caso de ausencia de contencioso entre las partes – por estar de acuerdo ambos cónyuges en los hechos – siempre que puedan acompañarse a la demanda pruebas que muestren con evidencia la nulidad del matrimonio y hagan innecesaria una instrucción pormenorizada. Se trata de dos requisitos concurrentes, necesarios ambos para la legítima utilización de este proceso. Esta regulación del c. 1683 evita, por tanto, que pueda interpretarse esta vía como una nulidad “de mutuo acuerdo”, cuya concesión dependa del interés de ambas partes en obtenerla, puesto que, en cualquier caso, lo determinante será que la nulidad se deduzca con claridad de las pruebas aportadas».³⁶

Con el *processus brevior* el MI parece haber introducido una novedad al diferenciar entre *petitio* y *libellus*, entre la petición hecha por la parte o las partes y el escrito de la demanda; así se desprende del MI can. 1683: «Al mismo Obispo compete juzgar las causas de nulidad cada vez que: 1º la petición haya sido propuesta por ambos cónyuges o por uno de ellos, con el consentimiento del otro».³⁷

Mientras que en el MI can. 1684 se usa el término *escrito de la demanda*: «El escrito de demanda con el que se introduce el proceso más breve, además de los elementos enumerados en el can. 1504, debe: 1º exponer brevemente, en

³⁴ Cfr. P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, cit., pp. 346-359; C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, cit., p. 20.

³⁵ Cfr. P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, cit., pp. 354-359; M. DEL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Roma, EDUSC, 2016, pp. 132-140; G. SCIACCA, *Il «processus brevior» davanti al Vescovo*, cit., pp. 730-734.

³⁶ C. PEÑA GARCÍA, *La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial*, cit., p. 664; cfr. P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, cit., p. 345; M. DEL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, cit., pp. 132-140; G. P. MONTINI, *Gli elementi pregiudiziali del «processus brevior»: consenso delle parti e chiara evidenza di nullità, en Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del M.p. «Mitis Iudex Dominus Iesus» e del «rescriptum ex Audientia» del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018, pp. 47-64; C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, cit., pp. 12-20; E. NAPOLITANO, *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 583; G. SCIACCA, *Il «processus brevior» davanti al Vescovo*, cit., pp. 730-734.

³⁷ Nótese que en el texto latino se utiliza el término *petitio*: MI can. 1683: «Ipsi Episcopo dioecetano competit iudicare causas de matrimonii nullitate processu brevioris quod: 1º petitio ab utroque coniuge vel ab alterutro, altero consentiente, proponatur».

forma integral y clara, los hechos en los que se funda la petición; 2^o indicar las pruebas que puedan ser inmediatamente recogidas por el juez; 3^o exhibir como adjuntos los documentos en los que se funda la petición». ³⁸

En el primer canon se habla de una solicitud dirigida al obispo diocesano. Se trata de la petición de tutela judicial que contiene el *petitum* (la nulidad del matrimonio) y la *causa petendi* (por cuáles motivos solicita la nulidad). En cambio, en el segundo canon citado vemos que se refiere específicamente al modo formal de solicitar la tutela judicial, una formalización, el ropaje jurídico; para ello usa el término *escrito de la demanda* y pasa a detallar los requisitos generales que toda demanda debe presentar además de los requisitos formales del *processus brevior*. En realidad, el MI parece haber separado en dos documentos el contenido de un solo acto procesal.

Así pues, podemos encontrar dos situaciones: de una parte, puede darse el caso por el cual la parte o las partes introduzcan el escrito de la demanda sin especificar la vía, pero que, a partir de la evaluación realizada por el vicario judicial, este considere que se cumplen todos los presupuestos para llevarla por el *processus brevior*, así se entiende que el MI can. 1676 § 2 señale que el vicario judicial con un decreto suyo determine la fórmula de las dudas y establezca si la causa debe tratarse con el proceso ordinario o con el proceso más breve conforme a los cánones 1683-1687. Esto debe concordarse con el Art. 15 del MI RP como hemos señalado líneas arriba.

Por otro lado, se puede presentar el caso de que la parte o las partes consideren que su demanda cumple los requisitos para que sea conocida mediante el *processus brevior* y dirijan la petición al obispo diocesano, tal como lo prescribe el MI can. 1683. ³⁹

5. 2. 2. El decreto de la fórmula de las dudas

La fase introductoria termina con el decreto de la fórmula de las dudas, que en el proceso ordinario correspondía concordar al vicario judicial, y que en el *processus brevior* era función del vicario hasta el 25 de noviembre de 2017, ⁴⁰ al menos así se desprendía del texto del MI can. 1685: «El Vicario judicial, con el mismo decreto con el que determina la fórmula de dudas, nombre el instructor y el asesor, y cite para la sesión, que deberá celebrarse conforme el can. 1686, no más allá de treinta días, a todos aquellos que deben participar».

³⁸ En cambio, aquí se utiliza *libellus*, que es como tradicionalmente se le llama a la demanda en ámbito canónico, como puede apreciarse en el texto latino de la norma: MI can. 1684. «*Libellus quo processus brevior introducitur, praeter ea quae in can. 1504 recensentur, debet...*».

³⁹ Sobre la determinación del vicario judicial que dispone la prosecución de la causa mediante el *processus brevior* cuando nos encontramos ante un tribunal interdiocesano consultar: R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas*, cit., pp. 210-211.

⁴⁰ Para un comentario más pormenorizado de este discurso: *ibid.*, pp. 211-221.

A partir del Discurso del 25-11-2017 se presenta la pregunta si el vicario judicial es el competente para determinar la duda, pues del tenor del n. 5 de dicho discurso, parecería que esta función corresponde al obispo diocesano, el cual «es competente exclusivo en las tres fases del proceso brevior». Sin embargo, y tomando en cuenta los motivos expresados en el apartado anterior sobre la distinción entre petición y escrito de la demanda, consideramos que esta función continúa en manos del vicario judicial. En efecto, el n. 5 del Discurso del 25-11-2017 dice que «la instancia se dirige siempre al obispo diocesano», mientras que para el resto de los actos procesales de la fase introductoria no dice nada, por lo que deberemos seguir las reglas establecidas por el MI (cfr. MI cann. 1685, 1691 § 3) y las del CIC.

Consideramos que es necesario que el vicario judicial sea quien se encargue de todos estos actos procesales, desde la admisión del escrito de la demanda hasta el decreto de la fórmula de las dudas, por dos motivos:

- a) El MI hace una distinción nueva en el ordenamiento canónico y habla de *petición* dirigida al obispo diocesano y de *escrito de la demanda*. Las consecuencias que se desprenden de esto son claras, pues tomando en cuenta la naturaleza del *processus brevior* y la obligación de que sea el obispo diocesano quien conozca las causas llevadas mediante este proceso, se busca que exista esa cercanía entre los cónyuges y el obispo diocesano como pastor y juez propio de su diócesis, por eso el requisito de que la petición sea dirigida a él y no al vicario, pues en última instancia será el obispo quien decidirá la causa. Al mismo tiempo, nos encontramos con la realidad de que los obispos no conocen necesariamente el Derecho canónico. De allí que los actos procesales de cierta entidad y que requieran el conocimiento de las normas procesales sean llevados y realizados por el vicario judicial.⁴¹
- b) El segundo motivo está en la naturaleza del *processus brevior*, un proceso de nulidad matrimonial extraordinario que se apoya en dos requisitos sustanciales: el litisconsorcio activo originario o al menos que se presente la causa por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, y la nulidad manifiesta apoyada por documentos y testimonios.⁴² Esto último es lo que le da la especificidad a este proceso y, por tanto, no debe perderse de vista. Al tratarse de una nulidad manifiesta, estamos frente a una situación que va más allá del *fumus boni iuris*, una nulidad que no requiere de una instrucción detallada, sino que, a partir de las pruebas de fácil obtención y conocimiento por el obispo, se pueda concluir que estamos ante la nulidad del matrimonio. Si esto es así, no conviene que el obispo diocesano intervenga directamente en la fase

⁴¹ Cfr. P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, cit., pp. 359-361.

⁴² Cfr. P. MONETA, *La dinamica processuale nel M.p. «Mitis Iudex»*, cit., pp. 46-54.

introdutoria, pues estaría en riesgo su independencia al conocer una causa basada en una nulidad manifiesta pero que de manera posterior deberá decidir. No tendría sentido que el juez se encargue de admitir a trámite una causa basada en una nulidad manifiesta, que determine la fórmula de las dudas y que posteriormente considere que no tiene los elementos necesarios para alcanzar la certeza moral *pro nullitate*. De hecho, el *processus brevior* está pensado para que termine con una sentencia positiva, *pro nullitate*, ya que de lo contrario la causa deberá ser enviada al proceso ordinario, conforme al MI can. 1687 § 1.

Así pues, el vicario judicial emitirá el decreto de la fórmula de las dudas que contendrá las siguientes decisiones:

- i. La fórmula de las dudas: *an constet de nullitate matrimonii ex capite vel capitibus*.
- ii. El nombramiento del instructor y del asesor para la etapa instructoria que, conforme al n. 5 del Discurso del 25-11-2017, deberá ser dirigida por el obispo diocesano «siempre asistido por el vicario judicial u otro instructor, incluso laico, por el asesor, y siempre debe estar presente el defensor del vínculo».
- iii. La citación de las partes y de todos los llamados a participar en la sesión instructoria que deberá celebrarse no más allá de treinta días⁴³ y, “en la medida de lo posible”, en una sola sesión (cfr. MI can. 1686).

5. 3. *El proceso documental*

El proceso documental, desde su regulación en el CIC en los cann. 1686-1688 hasta el MI cann. 1688-1690, es un proceso judicial de naturaleza extraordinaria.⁴⁴ Es decir, se trata de un verdadero proceso judicial que contiene todos los elementos, principios y garantías procesales propios de esta institución. Así lo confirma el Papa Francisco en el Proemio del MI, cuando dice: «He hecho esto, sin embargo, siguiendo las huellas de mis Predecesores, los cuales han querido que las causas de nulidad sean tratadas por vía judicial, y no

⁴³ Nótese que dice *no más allá de treinta días*, o sea que el vicario puede establecer un plazo menor (cfr. C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, cit., p. 35; P. BIANCHI, *Lo svolgimento del processo breve: la fase istruttoria e la discussione della causa*, en *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, ed. redazione dei Quaderni di diritto ecclesiale, Milano, Ancora, 2016, pp. 72-73).

⁴⁴ Cfr. A. BONNET, *Il processo documentale canonico*, en *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. 4, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 140-146; C. PEÑA GARCÍA, *Agilización de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: de las propuestas presinodales al motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus» y retos pendientes tras la reforma*, «Ius Canonicum» 56 (2016), p. 49; F. PONCE GALLÉN, *El proceso documental, la ejecución de la sentencia y las costas procesales*, en *Procesos de nulidad. La Instrucción «Dignitas connubii»*, ed. R. Rodríguez-Ocaña, J. Sedano Rueda, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 306-307.

administrativa, no porque lo imponga la naturaleza de la cosa, sino más bien porque lo exige la necesidad de tutelar en el máximo grado la verdad del vínculo sagrado: y eso se asegura precisamente con las garantías del orden judicial» (cfr. MI Proemio § 7). No exceptúa de esto a los procesos documentales, como tampoco lo está el *processus brevior*, es más, parece querer reafirmar la naturaleza jurídico-procesal de los tres tipos de procesos previstos por el MI frente a la propuesta de una vía administrativa (*vide in nota* 5). Esto también viene confirmado cuando el MI can. 1688 exige la certeza moral para el proceso documental (cfr. MI can. 1688).

El MI ha mantenido los presupuestos para incoar un proceso documental, tal como los recogía el CIC can. 1686 y la DC art. 295. De esta manera encontramos regulado este proceso: «Una vez recibida la petición hecha conforme al can. 1676, el Obispo diocesano, o el Vicario judicial o el juez designado, puede declarar mediante sentencia la nulidad de un matrimonio, omitiendo las solemnidades del proceso ordinario, pero citando a las partes y con intervención del defensor del vínculo, si por un documento al que no pueda oponerse ninguna objeción ni excepción consta con certeza la existencia de un impedimento dirimente o el defecto de forma legítima, con tal de que conste con igual certeza que no se concedió dispensa, o que el procurador carece de mandato válido» (MI can. 1688).

Es decir, el proceso documental está limitado a las causas en las que la nulidad versa sobre un impedimento dirimente (cfr. cann. 1083-1094), un defecto de la forma (cfr. cann. 1108-1123), y la nulidad del mandato en el matrimonio celebrado mediante procurador (cfr. cann. 1104 § 1, 1105). Sobre estos capítulos de nulidad el MI señala que debe haber certeza de que no se confirió la dispensa o que el procurador carece de mandato válido. Esto nos pone ante la necesidad de un documento que genere certeza sobre estos presupuestos. Por tanto, el documento o los documentos deberán ser documentos públicos, sean civiles o eclesiásticos, que serán los únicos capaces de generar fe pública (cfr. can. 1541) y que, por ende, no serán fácilmente sujetos a una objeción o excepción.⁴⁵

Los sujetos legitimados para introducir una causa por el proceso documental serán los mismos que prevé el MI can. 1674 § 1. Teniendo en cuenta lo prescrito por el MI can. 1688, las partes presentarán su escrito de la demanda. La única modificación que hace el MI en este punto es el órgano competente para conocer el proceso documental, pues junto al vicario judicial o al juez designado, se explicita que el obispo diocesano puede juzgar la

⁴⁵ Cfr. C. DE DIEGO-LORA, *El proceso documental del nuevo Codex Iuris Canonici*, «Ius Canonicum» 23 (1983), pp. 667-669; J. LLOBELL, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, pp. 312-313; S. PANIZO ORALLO, *El proceso documental en supuestos de defecto de forma*, «Ius Canonicum» 37 (1997), pp. 135-150.

causa. A esto debe añadirse lo prescrito por el MI RP art. 21, el cual dice que la competencia del vicario judicial y del obispo diocesano se determinará conforme al MI can. 1672. Como puede apreciarse del texto de la norma, se mantiene también la posibilidad de que el proceso documental sea resuelto por un juez único y no por un tribunal colegial, sea en primera que en segunda instancia (cfr. MI can. 1690),⁴⁶ salvo que sea conocida por el Tribunal de la Rota Romana, el cual siempre debe juzgar de manera colegial.⁴⁷

Una interesante cuestión surge cuando hablamos del proceso documental, ¿debe darse la fórmula de las dudas? A primera vista la respuesta parece negativa,⁴⁸ pues los cánones del MI no mencionan en ningún lugar el decreto de la fórmula de las dudas, como sí sucede con el proceso ordinario y el *processus breviar*. Para dar una respuesta acertada debemos recurrir al MI can. 1688, el cual dice que «el Obispo diocesano, o el Vicario judicial o el juez designado, puede declarar mediante sentencia la nulidad de un matrimonio omitiendo las solemnidades del proceso ordinario, pero citando a las partes y con intervención del defensor del vínculo». Ese *omitiendo las solemnidades del proceso ordinario* nos lleva a pensar que no existe decreto de litiscontestación.⁴⁹ En efecto, a continuación, nos hace saber que es necesario la citación de las partes y la intervención del defensor del vínculo, es decir, deben darse los elementos esenciales para todo proceso. Así lo precisa Llobell: «Pero no podrán faltar, como la misma norma señala, los elementos esenciales de cualquier proceso judicial: la *demanda del actor* (el principio “no hay juez sin actor” del art. 114 es absoluto, porque de otro modo el juez se convertiría en parte), la *citación* del otro cónyuge (si no es litisconsorte activo) o de ambos (si el actor es el promotor de justicia), y del defensor del vínculo, y la *facultad de alegar lo que se considere oportuno* sobre la causa, pues sin la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa el proceso sería injusto y nulo».⁵⁰

⁴⁶ Cfr. G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte terza)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 11 (2016), pp. 52-53; J. LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal M.p. «Mitis Iudex»*, «Ius Ecclesiae» 28 (2016), p. 36.

⁴⁷ Cfr. *Normae Romanae Rotae Tribunalis* (Normae RR) de 1994 arts. 1, 17, 18, «AAS» 86 (1994), pp. 508-540.

⁴⁸ Esta es la postura de autores como Bonnet: A. BONNET, *Il giudizio di nullità matrimoniale nei casi speciali*, Roma, Officium Libri Catholici, 1979.

⁴⁹ «La omisión de formalidades son las del proceso común de nulidad, como dice expresamente el nuevo canon, pero ello se llevará a cabo no sin olvidar que hay que citar, ante el Vicario Judicial, a las partes, es decir, a los cónyuges, sean actor o demandado, al Promotor de Justicia si es parte actora en el proceso, y siempre al Defensor del vínculo. Citarlos – para que tales citaciones (vid. c. 1511) sean válidas – supone ajustarse a lo dispuesto en los cc. 1508-1510» (C. DE DIEGO-LORA, *El proceso documental del nuevo Codex Iuris Canonici*, cit., p. 670).

⁵⁰ J. LLOBELL, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, cit., p. 315; cfr. A. BONNET, *Il processo documentale canonico*, cit., pp. 127-128.

Por tanto, podemos concluir que, si bien el decreto de la fórmula de las dudas no se da de manera concreta y expresa, sin embargo, los elementos que subyacen a esta institución sí están presentes con la presentación del escrito de la demanda por uno de los cónyuges y la citación del otro cónyuge para que exprese su postura en caso de tenerla, así como la citación del defensor del vínculo.⁵¹

5. 4. *La impugnación de la fórmula de las dudas*

Una vez estudiado cómo se da la fórmula de las dudas en los tres procesos de declaración de nulidad matrimonial, surge el interrogante sobre la posibilidad de que las partes interpongan un recurso contra tal decreto. Aquí conviene distinguir entre la impugnación y la modificación del decreto de la fórmula de las dudas. El primero se refiere al derecho que tienen las partes en el proceso a impugnar los actos judiciales que consideren lesivos de sus derechos. En cambio, la modificación trata de la posibilidad de solicitar que el decreto de la fórmula de las dudas sea reformado una vez que haya pasado el plazo para su impugnación. Aquí únicamente nos ocuparemos del primero, pues la modificación amerita un estudio aparte.⁵²

Sobre la impugnación de la fórmula de las dudas el MI no dice nada al respecto, silencio que origina más dudas puesto que este decreto contiene además otras decisiones de no poca importancia.⁵³ El CIC can. 1677 no decía nada específico sobre la impugnación del decreto de la fórmula de las dudas (como con tantas otras instituciones), en cambio, en el § 4 sí hacía mención de la posibilidad de que las partes se opusieran: «Pasados diez días desde la notificación del decreto, si las partes no han objetado nada, el presidente o el ponente ordenará con nuevo decreto la instrucción de la causa».

Regía, por tanto, el CIC can. 1513: «§ 3. Se ha de notificar a las partes el decreto del juez; y, si no están de acuerdo, pueden recurrir en el plazo de diez días, para que lo modifique, ante el mismo juez, el cual debe decidir la

⁵¹ Cfr. C. DE DIEGO-LORA, *El proceso documental del nuevo Codex Iuris Canonici*, cit., pp. 670-671.

⁵² Cfr. R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas*, cit., pp. 239-262; vid. J. LLOBELL, *La modificación «ex officio» de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la Instrucción «Dignitas connubii»*, «Ius Canonicum» 46 (2006), pp. 139-176; G. MARAGNOLI, *La formula del dubbio*, en *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione «Dignitas connubii»*, ed. A. Bonnet, C. Gullo, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2008, pp. 85-131; G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, «Periodica» 92 (2003), pp. 305-358.

⁵³ «Nell'impianto del *Mitis Iudex* il decreto che determina la modalità processuale da seguire determina anche la formula del dubbio. L'atto impugnato non sarebbe pertanto diverso da quello appena esaminato, cambia però l'oggetto e il fine del ricorso» (M. DEL POZZO, *Considerazioni sui ricorsi della fase introduttiva del giudizio matrimoniale nell'impianto del M. p. «Mitis Iudex»*, cit., p. 17).

cuestión por decreto con toda rapidez [*expeditissime*]» (cfr. DC art. 135 § 4).

Por tanto, el decreto de la fórmula de las dudas sí es susceptible de ser impugnado en un plazo de diez días desde su notificación, conforme a las normas generales del proceso contencioso. El mismo CIC nos dice que se debe recurrir ante el mismo juez, que en nuestro caso será el vicario judicial, y añade que debe ser resuelto por decreto con toda rapidez, *expeditissime* en el texto latino, por tanto, no es susceptible de una posterior impugnación⁵⁴ (can. 1629, n. 5).

Debe tenerse en cuenta lo señalado líneas arriba sobre el decreto de fórmula de las dudas, sea en el proceso ordinario que en el *processus brevior*. En el primer tipo de proceso el vicario judicial se encarga de determinar la duda (acto principal) a través de un decreto que deberá señalar por qué capítulo o capítulos se impugna la validez del matrimonio (cfr. MI can. 1676 § 5), decreto que a su vez contiene otras dos decisiones: el tipo de proceso a seguir (cfr. MI can. 1676 § 2) y la constitución del colegio de jueces o del juez único con sus respectivos asesores (cfr. MI can. 1676 § 3).

La norma no dice nada sobre la posibilidad de impugnar la decisión del vicario judicial sobre el tipo de proceso. Morán arroja algunas luces sobre este punto: «la cuestión que cabría plantearse es si este decreto que abre el proceso breve puede ser apelado o no; las hipótesis en las que cabría plantearse recurrir esta decisión son varias: por ejemplo, cuando el vicario judicial no acceda a abrir el proceso breve a pesar de cumplirse todos los requisitos, o cuando decida abrirlo sin que se cumplan éstos, por ejemplo, cuando lo abra contra la voluntad de las partes...; seguramente el recurso será excepcional, pues si hay acuerdo de las partes, el único que en lógica se plantearía apelar sería el defensor del vínculo, no las partes, aunque estas sí se plantearían recurrir el decreto que decide ir a la vía ordinaria. Sea como fuere, lo cierto es que es evidente que el decreto de apertura del proceso breve no es un decreto de mero trámite – sí lo es la determinación de seguir el proceso ordinario, pues este proceso es el que está previsto para la generalidad de los casos –, de hecho abre una vía procesal nueva y muy distinta de la del proceso ordinario, con muchas peculiaridades procesales que afectan a los derechos de las partes, de ahí que se pueda plantear que es un decreto recurrible; en mi opinión, aunque no cabría recurso de apelación, pues es un decreto que no

⁵⁴ Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, cit., p. 100; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *La introducción de la causa y la cesación de la instancia en la Instr. «Dignitas connubii»*, en *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas connubii*, Pamplona, EUNSA, 2006, p. 191. Vemos que el MI no habla expresamente de la impugnación del decreto de la fórmula de las dudas como tampoco lo hacía el CIC en el título sobre los procesos de declaración de nulidad del matrimonio, pero que sí venía regulado por las normas generales, en este caso los cann. 1513 § 3 y 1629 n. 5, cánones vigentes y que en el sistema del MI también podrían y deben ser aplicados.

pone fin a la vía judicial, y en cuanto tal, no sería susceptible de apelación (can. 1629, 4º), sí que puede sostenerse que se trata de un decreto recurrible [...], pudiendo originar una cuestión incidental al amparo del art. 221 de la *Dignitas Connubii*». ⁵⁵

A partir de estos argumentos podríamos concluir que la decisión del vicario judicial de ir al proceso ordinario no sería recurrible (lo que equivale a una decisión que rechaza ir al proceso más breve), pues se trata de una decisión de mero trámite, pues como dice Morán, el proceso ordinario es el que está previsto para la generalidad de los casos. En cambio, si el vicario judicial decide ir al *processus brevior*, estaríamos frente a una decisión recurrible, porque este tipo de proceso presenta «unas peculiaridades procesales que afectan a los derechos de las partes». ⁵⁶

5. 5. *El Rescripto del 7-12-2015 n. II § 1: la fijación de la duda según la antigua fórmula: “An constet de matrimonii nullitate in casu”*

El 12 de diciembre de 2015, «L'Osservatore Romano» publicó un documento en el que el Papa Francisco, con fecha 7 de diciembre de 2015, modificaba los dos *motu proprio* sobre el nuevo proceso matrimonial que entrarían vigor el día siguiente. El título era el siguiente: *Rescripto sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale*. ⁵⁷

El rescripto tiene tres números. El número I es una suerte de norma transitoria al especificar que queda abrogada o derogada toda ley o norma contraria hasta ahora vigente, general, particular o especial, eventualmente aprobada también en forma específica. En cambio, el número II contiene seis números dedicados a las competencias de la Rota Romana para los procesos de declaración de nulidad matrimonial. Por estar relacionado con nuestro objeto de estudio, vamos a tratar únicamente del número 1, el cual

⁵⁵ C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso «brevior» ante el Obispo diocesano*, en *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, ed. M. E. Olmos Ortega, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 157-158; cfr. P. BIANCHI, *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, cit., pp. 364-365; cfr. M. DEL POZZO, *Considerazioni sui ricorsi della fase introduttiva del giudizio matrimoniale nell'impianto del M. p. «Mitis Iudex»*, cit., pp. 12-17.

⁵⁶ Cabe preguntarse si a partir del Discurso de Papa Francisco del 25-11-2017, el cual prevé la intervención necesaria del obispo diocesano en esta fase procesal y la obligación del obispo de utilizar el *processus brevior*, en caso de que se decida ir por el proceso ordinario, por tanto, se deniega el trámite del proceso más breve, esta decisión sea recurrible, pues el obispo estaría incumpliendo una obligación. Pensamos que la praxis judicial podría brindar una solución, sobre todo teniendo en cuenta que, si bien el *processus brevior* es una obligación del obispo diocesano, la petición de los cónyuges debe cumplir con los requisitos expresamente establecidos por el MI y el Discurso del 25-11-2017.

⁵⁷ «L'Osservatore Romano» de 12 diciembre de 2015, p. 8. En cambio, en «AAS» aparece como título “Rescriptum” *circa novam legem efficiendam atque servandam de processu matrimoniali*: cfr. «AAS» 108 (2016), p. 5.

dice: «1. En las causas de nulidad de matrimonio ante la Rota Romana, la duda se establece de acuerdo con la antigua fórmula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu*».

De esta manera, el rescripto enfoca el modo cómo debe ser concordada la duda en los procesos que conozca la Rota Romana, a través de lo que parece ser una fórmula genérica y que entraría en contradicción con lo que el MI can. 1676 § 5 prescribe, es decir, especificar el capítulo o capítulos por los cuales se impugna el matrimonio. Para aclarar esto, es necesario recurrir a las *Normae RR* de 1994 que en el art. 62 recoge cómo debe ser concordada la duda:

«§ 1. *In causis nullitatis matrimonii formula dubii est: An constet de matrimonii nullitate in casu, additis capite vel capitibus*; § 2. *In causis, ubi agitur de sententia rotali appellata, adhibebitur dubii formula: Utrum confirmanda an infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu, nisi claritatis gratia in dubiorum formula renovandi sint singuli controversiae articuli*». ⁵⁸

Claramente, las *Normae RR* de 1994 estaban en consonancia con el CIC (cfr. CIC can. 1677 § 3), la DC (cfr. 135 § 3) y, hasta antes de la aparición del Rescripto del 7-12-2015, el MI (cfr. MI can. 1676 § 5). Sin embargo, el rescripto no deja lugar a dudas para afirmar que estamos frente a una modificación de las *Normae RR* de 1994, la cual deberá concordar la duda por la fórmula genérica *an constet de matrimonii nullitate, in casu*, fórmula que es la misma que prescribía el § 2 del art. 77 de las *Normae RR* de 1934: «*In causis nullitatis matrimonii, sueta dubii formula est “an constet de matrimonii nullitate in casu”*». ⁵⁹

Dos dudas surgen de lo expuesto hasta ahora: ¿el Rescripto del 7-12-2015 contraviene la obligación de determinar el capítulo o capítulos por los cuales se impugna el matrimonio? ¿La fórmula de las dudas ante la Rota Romana no puede especificar los capítulos de nulidad por los que se impugna el matrimonio?

Como el rescripto remite a las *Normae RR* de 1934, parece útil ver cómo se regulaba la fórmula de las dudas en ese momento, considerando el texto entero del citado art. 77:

«§ 1. *Formula dubii referre debet ipsum controversiae meritum, cauto ne excedantur limites quaestionis appellatae vel commissae*. § 2. *In causis nullitatis matrimonii, sueta dubii formula est “an constet de matrimonii nullitate in casu”*. § 3. *In causis, ubi agitur de sententia rotali appellata, adhibebitur formula: “an confirmanda vel infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu”, nisi, adprobante Ponente, partibus placuerit dubiorum formulam repetere in priore instantia Rotali statutam*». ⁶⁰

⁵⁸ *Ibid.*, p. 526.

⁵⁹ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, «AAS» 26 (1934), p. 470.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 469-470.

En efecto, el § 1 nos da una pista de lo que era la finalidad de la norma, pues señalaba que la fórmula debe hacer referencia al mérito de la controversia, es decir, al objeto del proceso mismo, sin excederse los límites de lo que ha sido apelado: «La normativa è sempre stata costante nell'assicurare un'adeguata identificazione della *causa petendi*, come si evince dal fatto che il § 3 dell'art. 77 delle Norme RR 1934 è stato ripreso nel § 2 dell'art. 62 delle Norme RR 1994, relativamente all'oggetto dell'appello contro una sentenza della stessa Rota». ⁶¹

La diferencia con las *Normae RR* de 1994 está en que éstas agregan que debe especificarse el capítulo o capítulos impugnados, añadidura que está en perfecta consonancia con el CIC. En cambio, si hacemos un paralelismo entre las *Normae RR* de 1934 y el CIC 1917, veremos que también existe una correspondencia, pues el can. 1727 del código pio-benedictino establecía que por la *litis contestatio* debía constar *de qua re agatur seu quinam sint controversiae*. A fin de cuentas, unas y otras normas apuntan hacia la determinación del objeto del proceso, es decir, la determinación de la nulidad por uno o varios capítulos determinados.

Por tanto, a la primera pregunta de si el Rescripto del 7-12-2015 contraviene la obligación de determinar el capítulo o capítulos por los cuales se impugna el matrimonio, consideramos que no, porque si bien establece y modifica el art. 62 de las *Normae RR* de 1994 estableciendo que la fórmula de las dudas será *an constet de nullitate matrimonii in casu*, no obstante esto, el turno de la Rota Romana deberá pronunciarse sobre los puntos que constituyen la duda, es decir, los capítulos de nulidad por los que se impugna el matrimonio frente a este tribunal apostólico. ⁶²

Respecto a la segunda pregunta de si la fórmula de las dudas ante la Rota Romana no puede especificar los capítulos de nulidad por los que se impugna el matrimonio, pensamos que nada obsta para que este tribunal especifique el *caput* o los *capita* por los que se impugna el matrimonio, es más, la praxis judicial lo amerita: el tribunal apostólico debe especificar los capítulos porque así será más fácil llevar la instructoria y, posteriormente, dar una respuesta congrua a las partes. Esto se aprecia más en caso de apelación de la sentencia rotal ante el turno superior, pues según el art. 62 § 2 de las *Normae RR* de 1994 la fórmula será «*Utrum confirmanda an infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu*, pero añade a continuación: *nisi claritatis gratia in dubiorum formula renovandi sint singuli controversiae articuli*», situación que se daba también en las *Normae RR* de 1934.

⁶¹ J. LLOBELL, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale*, cit., p. 446.

⁶² Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1991, pp. 241-248.

Desde luego, se trata de una cuestión que no es fácil de resolver hasta que sean promulgadas las nuevas Normas de la Rota Romana, como anuncia el Papa Francisco en el § 7 del Proemio del MI: «La ley propia de la Rota Romana será adecuada lo antes posible a las reglas del proceso reformado, dentro de los límites de lo necesario». Mientras tanto, consideramos que el Rescripto del 7-12-2015 modifica las *Normae RR* de 1994 en cuanto al modo de concordar la duda, volviendo en este punto a las *Normae RR* de 1934, normas que a su vez no excluyen que la fórmula de las dudas pueda indicar el capítulo o los capítulos de nulidad por los que se impugna el matrimonio, como se puede deducir de la lectura conjunta del entonces art. 77.

6. CONCLUSIONES

La reforma operada por el Papa Francisco en los procesos de declaración de nulidad matrimonial constituye un sistema. No se circunscribe, por tanto, al MI, sino que abarca todo el conjunto de dispositivos normativos que ha emanado el Romano Pontífice, así como las normas del CIC y de la DC que no han sido modificadas expresamente por el MI o que resultan incompatibles. La fórmula de las dudas tiene como finalidad determinar el objeto del proceso, que en este caso consiste en establecer si el matrimonio impugnado es nulo o no. El sistema del MI modifica incisivamente el sistema de la DC al constituir al vicario judicial como juez único de toda la fase introductoria, desde la presentación del escrito de la demanda hasta la emisión del decreto de la fórmula de las dudas (cfr. MI can. 1676). Esta función la ejerce en los tres tipos de procesos previstos: el proceso ordinario, el *processus brevior* y el proceso documental, con las salvedades que hemos indicado para cada uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROBA CONDE M. J., *Diritto processuale canonico*, Roma, EDIURCLA, 2012.
- , *La relazione tra potestà giudiziale episcopale e uffici tecnici nel processo brevior*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, pp. 777-798.
- BAZÁN MOGOLLÓN R., *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M. p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”*, Roma, EDUSC, 2019.
- BIANCHI P., *Lo svolgimento del processo breve: la fase istruttoria e la discussione della causa*, en *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, ed. redazione dei Quaderni di diritto ecclesiale, Milano, Ancora, 2016, pp. 67-90.
- , *Criteri per l'accettazione del «processus brevior»*, en *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, ed. H. Franceschi, M. Á. Ortiz, Roma, EDUSC, 2017, pp. 339-366.
- BONI G., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte terza)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 11 (2016), pp. 1-82.

- , *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative (parte prima)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 3 (2018), pp. 1-78.
- , *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative (parte seconda)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 5 (2018), pp. 1-103.
- BONNET P. A., *Il giudizio di nullità matrimoniale nei casi speciali*, Roma, Officium Libri Catholici, 1979.
- , *Il processo documentale canonico*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. 4, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 103-146.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, 1980.
- DANEELS F., *La natura propria del processo di nullità matrimoniale*, in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas connubii»*, Roma, EDUSC, 2005, pp. 15-68.
- DI BERNARDO E., *Problemi e criticità della nuova procedura*, in *La riforma del processo matrimoniale ad un anno del motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 109-152.
- DIEGO-LORA C. DE, *El proceso documental del nuevo Codex Iuris Canonici*, «Ius Canonicum» 23 (1983), pp. 663-677.
- ERLEBACH G., *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1991.
- FERRER ORTIZ J., *Valoración de las circunstancias que pueden dar lugar al proceso abreviado*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 157-192.
- LEGA M., BARTOCCHETTI V., *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Vol. 2, Romae, Anonima Libreria Cattolica Italiana, 1950.
- LLOBELL J., *Acción, pretensión y fuero del actor en los procesos declarativos de la nulidad matrimonial*, «Ius Canonicum» 27 (1987), pp. 625-642.
- , *La modificación «ex officio» de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la Instrucción «Dignitas connubii»*, «Ius Canonicum» 46 (2006), pp. 139-176.
- , *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014.
- , *El ejercicio personal de la potestad judicial del Obispo diocesano. Algunas consideraciones preliminares al M.p. «Mitis Iudex» y al M.p. «Mitis et Misericors»*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 41 (2016), pp. 1-27.
- , *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale*, «Ephemerides Iuris Canonici» 56 (2016), pp. 405-448.
- , *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal M.p. «Mitis Iudex»*, «Ius Ecclesiae» 28 (2016), pp. 13-38.
- , *Circa i motivi del M.P. «Mitis Iudex» e il suo inserimento nel sistema delle fonti*, in *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, ed. H. Franceschi, M. Á. Ortiz, Roma, EDUSC, 2017, pp. 25-64.
- MARAGNOLI G., *La formula del dubbio*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii»*, ed. A. Bonnet, C. Gullo, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2008, pp. 85-131.

- MARTÍN DE AGAR J. T., *Aspectos sustantivos de la reforma del Motu proprio «Mitis Iudex»*, «Anuario de Derecho Canónico» 7 (2017), pp. 81-107.
- MONETA P., *La dinamica processuale nel M.p. «Mitis Iudex»*, «Ius Ecclesiae» 28 (2016), pp. 39-62.
- MONTINI G. P., *Alcune questioni in merito al can. 1514*, «Periodica» 92 (2003), pp. 305-358.
- , *Gli elementi pregiudiziali del «processus brevior»: consenso delle parti e chiara evidenza di nullità*, en *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del M.p. «Mitis Iudex Dominus Iesus» e del «rescriptum ex Audientia» del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018, pp. 47-64.
- MORÁN BUSTOS C. M., *El proceso «brevior» ante el obispo diocesano: requisitos procesales y sustantivos de un proceso que ha de ser extraordinario*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado» 41 (2016).
- , *El proceso «brevior» ante el Obispo diocesano*, en *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, ed. M. E. Olmos Ortega, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 125-175.
- MORÁN BUSTOS C. M., PEÑA GARCÍA C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción «Dignitas connubii»*, Madrid, Dykinson, 2007.
- NAPOLITANO E., *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 575-590.
- NÚÑEZ G., *El proceso brevior: exigencias y estructura*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 135-155.
- PANIZO ORALLO S., *El proceso documental en supuestos de defecto de forma*, «Ius Canonicum» 37 (1997), pp. 123-150.
- PEÑA GARCÍA C., *La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: el motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, «Estudios Eclesiásticos» 90 (2015), pp. 621-682.
- , *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, en *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, ed. M. E. Olmos Ortega, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 83-123.
- , *Agilización de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: de las propuestas presinodales al motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus» y retos pendientes tras la reforma*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 41-64.
- PONCE GALLÉN F., *El proceso documental, la ejecución de la sentencia y las costas procesales*, en *Procesos de nulidad. La Instrucción «Dignitas connubii»*, ed. R. Rodríguez-Ocaña, J. Sedano Rueda, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 303-345.
- DEL POZZO M., *Considerazioni sui ricorsi della fase introduttiva del giudizio matrimoniale nell'impianto del M. p. «Mitis Iudex»*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 34 (2016), pp. 1-24.
- , *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Roma, EDUSC, 2016.
- , *L'ampliamento del ruolo processuale del Vicario giudiziale nel 'sistema' del Mitis iudex*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» 18 (2019), pp. 1-44.
- RODRÍGUEZ-OCAÑA R., *El recurso contra el decreto de inadmisión de la demanda*, «Ius Canonicum» 76 (1998), pp. 483-521.

- , *La introducción de la causa y la cesación de la instancia en la Instr. «Dignitas connubii»*, en *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas connubii*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 171-205.
- ROS CÓRCOLES J., *El vicario judicial y el instructor en los procesos de nulidad matrimonial tras el motu proprio «Mitis Iudex»*, «Ius Canonicum» 56 (2016), pp. 87-103.
- SCIACCA G., *Il «processus brevior» davanti al Vescovo*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 727-738.
- STANKIEWICZ A., *Alcune considerazioni intorno all'esercizio personale e vicario della potestà giudiziale con riferimento al processo matrimoniale «breviore» davanti al Vescovo diocesano*, en *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. 3, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2017, pp. 761-776.
- UNIVERSIDAD DE NAVARRA – INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV / 2, Pamplona, EUNSA, 2002.

LA REINTRODUZIONE DEL DUBBIO GENERICO NEL TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA: ASPETTI STORICI E PRASSI ATTUALE

THE RE-INTRODUCTION OF THE GENERIC FORMULATION
OF DOUBT AT THE TRIBUNAL OF THE ROMAN ROTA:
HISTORICAL ASPECTS AND CURRENT PRACTICE

FELIPE HEREDIA ESTEBAN^{*}

RIASSUNTO · Papa Francesco, nel Rescritto consegnato al Decano della Rota Romana il 7 dicembre 2015, concesse al Tribunale apostolico, come era già consuetudine prima del Codice del 1983, la reintroduzione della formulazione generica del dubbio nelle cause di nullità matrimoniale. Dopo cinque anni dalla sua introduzione, sono affrontate due tematiche: la prima di carattere storico, sulla comprensione e la portata procedurale che la formulazione generica ebbe nella Rota *antiqua e restituta*; la seconda di portata pratica, sull'attuale applicazione della formula generica nella Rota romana. Si tratta pertanto di comprendere se la formulazione generica possa essere intesa in continuità con l'antica tradizione della Rota Romana o debba acquisire un significato nuovo, cioè onnicomprensivo di tutti i capi di nullità possibili nel caso specifico. La questione è tuttora aperta perché si è in attesa di conoscere quali saranno le nuove norme rotali che ne concretizzeranno l'applicazione.

PAROLE CHIAVE · Formula generica del dubbio, oggetto del processo, *causa petendi*, *nomen iuris*, Fatti principali, Diritto di difesa, Contraddittorio processuale.

ABSTRACT · In the Rescript given to the Dean of the Roman Rota on 7 December 2015, Pope Francis granted the Apostolic Tribunal the ability to reintroduce, as was already customary before the Code of 1983, use of the generic formulation of doubt in marriage nullity cases. Five years since its introduction, we turn now to treat two themes: the first, historical in nature, concerns the understanding and procedural scope the generic formulation had at the Rota *antiqua* and *restituta*; the second, practical in nature, concerns the current application of the generic formula at the Roman Rota. The question, therefore, is whether the generic formulation can be understood in continuity with the ancient tradition of the Roman Rota or has acquired a new meaning, i.e. encompassing all the possible grounds of nullity in the specific case. The question remains an open one, since we are still waiting to know what the new norms for the Rota will be and how they will concretize its application.

KEYWORDS · Generic Formula of Doubt, Object of the Process, *causa petendi*, *nomen iuris*, Principle Facts, Right of Defense, Procedural Dialectic.

^{*} Uditore del Tribunale Apostolico della Rota Romana.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Significato dell'antica formulazione generica del dubbio nella prassi processuale della Rota Romana *antiqua*. Dati storici. – 3. La fissazione del dubbio dalla prassi della Rota *restituta* ai giorni nostri. – 4. La reintroduzione della formula generica del dubbio nella prassi del Tribunale della Rota Romana a cinque anni dalla sua entrata in vigore. – 5. Conclusione.

1. INTRODUZIONE

CON la promulgazione delle due Lettere apostoliche in forma di *motu proprio* *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et Misericors Iesus*,¹ Papa Francesco introdusse un'importante novità nelle norme che fino ad allora regolavano il processo di nullità matrimoniale. Gli eventi immediatamente precedenti a questa riforma normativa, resa pubblica l'8 settembre 2015, e che ritengo importante ricordare, furono, in primo luogo, la preparazione della III Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia, tenutasi dal 5 al 19 ottobre 2014, e, in secondo luogo, la costituzione, a pochi giorni dall'inizio del citato Sinodo, di una commissione per la riforma del processo canonico di nullità matrimoniale, sotto la direzione del Decano del Tribunale della Rota Romana.²

Per una corretta applicazione della riforma, il Papa emanò un rescritto relativo ai due *motu proprio*, recante la sua firma e consegnato al Decano del Tribunale della Rota Romana il 7 dicembre 2015 ovvero un giorno prima dell'entrata in vigore della nuova legge. Il documento, intitolato *Rescritto sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale*, fu reso pubblico il 12 dicembre 2015 e divulgato attraverso *L'Osservatore Romano*,³ per essere poi nuovamente pubblicato l'anno successivo negli *Acta Apostolicae Sedis* col titolo latino di *Rescriptum circa novam legem efficiendam atque servandam de processu matrimoniali*.⁴ Con la denominazione di Rescritto *ex audientia Sanctissimi* apparve per la prima volta nel *Sussidio applicativo* in fascicolo e poi pubblicato nei «Quaderni dello Studio Rotale» del 2016.⁵ In riferimento alla natura del documento, l'autore e unico firmatario è Papa

¹ Cfr. FRANCISCUS PP., m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*, «AAS» 107 (2015), pp. 958-967, cui segue un corpus di regole procedurali, *Ratio procedendi in causis ad matrimonii nullitatem declarandam*, «AAS» 107 (2015), pp. 967-970. Il Santo Padre intervenne analogamente sul Codice dei Canonici delle Chiese Orientali, cfr. FRANCISCUS PP., m.p. *Mitis et Misericors Iesus*, «AAS» 107 (2015), pp. 946-954, con relativa *Ratio procedendi in causis ad matrimonii nullitatem declarandam*, «AAS» 107 (2015), pp. 954-957.

² Cfr. *Comunicato Sala Stampa della Santa Sede 20 settembre 2014* [(Bo661)].

³ Cfr. «L'Osservatore Romano», lunedì 12 dicembre 2015, p. 8.

⁴ Cfr. FRANCISCUS PP., *Rescriptum circa novam legem efficiendam atque servandam de processu matrimoniali*, del 7 dicembre 2015, «AAS» 108 (2016) pp. 5-6.

⁵ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis iudex Dominus Iesus*, «Quaderni dello Studio Rotale» 23 (2016), pp. 45-46.

Francesco, senza apposizione di altre firme dei facenti funzione di notaio. Si tratta di un atto formale del Romano Pontefice, quale Supremo Legislatore della Chiesa, avente come finalità la retta interpretazione dei due motu proprio che sarebbero entrati in vigore il giorno successivo.

Il Rescritto si compone di due sezioni, rubricate coi numeri romani I e II. La prima sezione stabilisce che i due *motu proprio*, ovvero *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et Misericors Iesus*, abrogano o derogano ogni legge o norma contraria, fino ad allora vigente, «*particolare o speciale, eventualmente anche approvata in forma specifica*»,⁶ riferendosi direttamente e espressamente al *motu proprio Qua cura* di Pio XI, ma mirando indirettamente anche alle *Normae* della Rota Romana del 1994.⁷ La sezione II invece si occupa delle prerogative del Tribunale della Rota Romana nelle cause di nullità matrimoniale. Al numero 1 si stabilisce che «*Nelle cause di nullità di matrimonio davanti alla Rota Romana il dubbio sia fissato secondo l'antica formula: An constet de matrimoniis nullitate, in casu*». ⁸ Questa disposizione non determinò una semplice disapplicazione del dettato codiciale del novellato can. 1676 § 5 nell'ambito del Tribunale apostolico, ma comportò la non applicabilità dell'art. 62 § 1 delle *Normae* della Rota Romana del 1994 che indicava come concordare il dubbio. In un articolo pubblicato ne «L'Osservatore romano» dell'12 dicembre 2015 sul compimento e osservanza della riforma, il Decano della Rota chiarì che il Rescritto del 7 dicembre 2015 era «*definitivamente interpretativo e integrativo dei due motu proprio*», precisando altresì che nella seconda parte il rescritto riguarda specificamente la Rota Romana in quanto Tribunale apostolico, «*che si è sempre distinto per la sapientia nelle sue decisioni giurisprudenziali, della quale è un'espressione il ritorno alla formula del dubbio generico*», a differenza dei Tribunali inferiori, dove «*rimane invece l'obbligo del dubbio specifico*». ⁹

Le venti norme della Rota Romana del 1994, in linea col Codice del 1983,¹⁰ stabilivano all'art. 62 § 1 la formulazione specifica del dubbio;¹¹ il rescritto invece reintroduce in pratica l'art. 77 § 2 delle *Normae* della Rota Romana del 1934 col quale si stabilì il dubbio generico. Appare chiaro che il

⁶ Cfr. «L'Osservatore Romano», lunedì 12 dicembre 2015, p. 8.

⁷ Cfr. P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *Le "normae" del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997.

⁸ FRANCISCUS PP., *Rescriptum circa novam legem efficiendam atque servandam de processu matrimoniali*, «AAS» 108 (2016), p. 5, n. II.1.

⁹ «L'Osservatore Romano», lunedì 12 dicembre 2015, p. 8.

¹⁰ Il riformato can. 1676 § 5 stabilisce adesso che «La formula del dubbio deve determinare per quale capo o per quali capi è impugnata la validità delle nozze». In definitiva, l'attuale norma ha un tenore simile all'art. 135 § 3 dell'Istruzione *Dignitas connubii*.

¹¹ Come è noto, la formula del dubbio è uno degli atti essenziali del processo poiché il tribunale deve stabilire con decreto i capi che costituiranno l'oggetto della causa; quindi la sentenza dovrà definire la controversia, dando una congrua risposta ai singoli dubbi (can. 1611 n. 1).

cambiamento dovrà essere affrontato dalla Commissione per la riforma delle norme della Rota Romana che, al momento, è al lavoro per la loro revisione.¹² La questione è di grande rilevanza, poiché permetterebbe di comprendere dal punto di vista giuridico-processuale, se la formulazione generica possa essere intesa in continuità con l'antica tradizione della Rota Romana, oppure, al contrario, debba acquisire un significato nuovo, cioè onnicomprensivo di tutti i capi di nullità possibili nel caso specifico,¹³ prendendo come punto di riferimento primario i fatti comprovati che sono rilevanti, indipendentemente dal titolo giuridico (*nomen iuris*) che nel corso delle varie istanze del processo è stati loro attribuiti. Le conclusioni del nostro studio rischiano certamente di essere premature dato che sono trascorsi appena cinque anni dall'applicazione della normativa e che, come abbiamo già accennato, le nuove norme rotali sicuramente affronteranno dettagliatamente anche questo argomento.

Per una migliore comprensione del nostro campo di studio, in primo luogo sarà conveniente, non solo per questioni metodologiche ma anche per l'eventuale ermeneutica, indagare nelle fonti storiche il significato e l'evoluzione che il decreto di fissazione del dubbio assunse nei processi di nullità del matrimonio giudicati dalla Rota Romana *antiqua e restituta*. In secondo luogo, seppur brevemente, ci soffermeremo sul significato giuridico del decreto che fissa il dubbio secondo l'attuale normativa; per poi cercare di offrire una presentazione quanto più ampia possibile della prassi seguita dal Tribunale della Rota negli ultimi cinque anni. Quest'ultima sezione ci consentirà di proporre alcune considerazioni sulla corretta interpretazione delle disposizioni pontificie e quindi, dopo un attento esame dei pro e dei contro, verificare se la reintroduzione del dubbio generico nella prassi del Tribunale della Rota in questi ultimi cinque anni abbia prodotto un mutamento della portata processuale che la precedente giurisprudenza attribuiva all'art. 77 delle norme rotali del 1934. Si vuole così comprendere se la reintroduzione della formula generica del dubbio (cf. art. 77 § 3 NRRT 1934) è intesa dalla recente giurisprudenza rotale in modo consono alla prassi della Rota di allora o abbia assunto una valenza onnicomprensiva.¹⁴

¹² La riforma del processo di nullità del matrimonio introdotta da Papa Francesco ha inciso indirettamente sulla Rota Romana, e per questo motivo nello stesso documento si annuncia una nuova legge propria per questo tribunale. Le nuove norme sono in fase di elaborazione, sebbene si attenda una nuova Costituzione Apostolica per la Curia romana.

¹³ Una parte della dottrina sostiene che l'introduzione del dubbio generico non voglia significare un ritorno al passato, in sintonia con la tradizione rotale, ma che in realtà tale introduzione intenda rispondere alle necessità dei nostri giorni, dando la possibilità agli Uditori rotali di essere liberi dai vincoli formali che promanano dal dubbio specifico.

¹⁴ Per una maggiore chiarezza, si vuole comprendere se la reintroduzione della formula generica sia in rottura o in continuità con la tradizione giurisprudenziale del Tribunale della Rota.

2. SIGNIFICATO DELL'ANTICA FORMULAZIONE GENERICA DEL DUBBIO
NELLA PRASSI PROCESSUALE DELLA ROTA ROMANA ANTIQUA.
DATI STORICI¹⁵

Il Tribunale della Rota Romana è il Tribunale ordinario del Romano Pontefice. Il supremo ministero giudiziario del Vescovo di Roma affonda le sue radici nella stessa Scrittura e nella Tradizione; tuttavia, la modalità concreta della sua applicazione si è delineata nel corso della storia, al punto da non potersi precisare l'inizio del suo esercizio in una data precisa, e nemmeno in un determinato Pontificato. La sua configurazione pratica è frutto di un'evoluzione progressiva che avanzerà, non senza alcune contraddizioni e riluttanze, durante l'universale espansione della Chiesa. In tal senso si può affermare che il Tribunale della Rota Romana, più che un'istituzione costituita in un momento preciso, risponde al perfezionamento pratico nel tempo dell'esercizio del Ministero petrino.¹⁶

Intorno al Romano Pontefice sorsero, già all'inizio del secondo millennio, tutta una serie di corpi stabili che lo aiutavano nell'esercizio del suo ministero, tra cui un *auditorium* che aveva il compito di istruire tutte le cause che il Papa riceveva in appello e che, visti i suoi molteplici obblighi, non avrebbe potuto esaminare personalmente.¹⁷ A tal fine si assegnava *ad casum* ai cosiddetti *capellani Papae*,¹⁸ esperti di diritto, l'istruzione degli appelli che i fedeli interponevano al Romano Pontefice per la decisione definitiva. Questi *capellani* avevano l'obbligo di presentare al Papa le loro conclusioni durante una *audientia*. Fu alla fine del pontificato di Urbano IV (1261-1264) che si verificò una certa evoluzione nel modo collegiale di agire degli uditori, dando luogo di fatto ad una istituzionalizzazione della loro figura. Nel corso del tempo, si crearono nella pratica vari gradi di giudizio all'interno del Collegio degli

¹⁵ In questa sezione farò riferimento all'articolo pubblicato da Mons. Grzegorz Erlebach, in cui offre un'ampia analisi storica dell'evoluzione e della portata giuridica processuale della formula generica. Cfr. G. ERLEBACH, *La antica formula "An constet de matrimonii nullitate, in casu" e l'estensione dell'oggetto di giudizio*, in *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018 («Annales doctrinae et iurisprudentiae canonicae» 6), pp. 35-69.

¹⁶ S. KILLERMANN, *Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit*, Frankfurt am Main, Lang, 2011 («Adnotationes in Ius Canonicum», 46); G. GHIRLANDA, *Il Ministero petrino*, «La Civiltà cattolica» quaderno 3906 (2013), pp. 549-562.

¹⁷ E. CERCHIARI, *Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores Causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870. Relatio Historica-Iuridica. Documenta*, vol. I, Romae, 1919, pp. 5-8.

¹⁸ R. ELZE, *Die päpstliche Kapelle im 12. und 13. Jahrhundert*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung» 36 (1950), pp. 155-204.

Uditori, nonché un sistema di maggioranze nel decidere le cause.¹⁹ Fu così che, tenendo presente questa realtà, frutto dell'esperienza di secoli, Papa Giovanni XXII (1316-1334) il 16 novembre 1331 promulgò solennemente ad Avignone la Costituzione apostolica *Ratio iuris*,²⁰ una vera *magna charta* del tribunale, attraverso la quale l'*auditorium sacri palatii* fu definitivamente inserito nella stabile organizzazione della Sede Apostolica, riconoscendo ufficialmente quanto di fatto già esistente. Il Papa pertanto creò un Tribunale apostolico composto da 12 prelati uditori che, agendo collegialmente, avrebbero istruito e giudicato in suo nome.²¹

Fin dall'inizio della loro funzione, gli Uditori furono soliti preparare una raccolta delle loro decisioni ad uso privato. Successivamente la consultazione delle raccolte private fu estesa agli altri Uditori affinché ognuno di essi potesse fruire di raccolte che contribuivano a creare un orientamento giuridico comune e intercambiabile, creando fra gli Uditori un certo *stylus* (giurisprudenza). Col passare del tempo le collezioni si diffusero tra avvocati e giuristi e per la loro autorità era decisivo lo spessore giuridico dell'Uditore. Una delle collezioni più antiche fra quelle conosciute è dell'Uditore inglese Fastolf (Fastoli) relativa agli anni 1336-1337, che fu resa pubblica 150 anni dopo. Collezioni di epoche successive furono le *Decisiones aureae* (1514-1525), la *Collectio novissima diversorum* (1551-1554), le *Decisiones recentiores* (1588-1683), le *Decisiones nuperrimae* (1684-1706) e le *Decisiones volantes* (1707-1870).²² Queste decisioni acquisirono progressivamente non tanto un valore normativo, ma divennero uno *stylus curiae* in senso ampio e generale, al punto da essere prese come esempio dagli altri Tribunali.²³

Uno degli aspetti procedurali, rilevanti dal punto di vista storico, che distingue il procedimento presso il Tribunale della Rota dagli altri fori giudiziari secolari, fu che mentre in questi ultimi la *litis contestatio* continuò ad essere alla base del giudizio secondo le norme dettate nelle Decretali,²⁴

¹⁹ C. LEFEBVRE, *La procédure du tribunal de la Rote romaine au xvii^e siècle d'après un manuscrit inédit*, «L'année canonique» 5 (1957), p. 152.

²⁰ IOANNES PP. XXI (dictus XXII), Const. Ap. *Ratio Iuris*, in *Bullarum diplomatum et privilegiorum sanctorum romanorum pontificum*, vol. iv, Augustae Turinorum, Seb. Franco, H. Fory et Henrico Dalmazzo editoribus, 1859, pp. 317-323.

²¹ Si trattava, quindi, del primo atto legislativo che prendeva espressamente in considerazione il preesistente organismo, costituito in maniera stabile, e che era il risultato della pratica giudiziaria prodottasi nel tempo in risposta alle esigenze dei fedeli e alla sollecitudine pastorale della Sede di Pietro.

²² E. CERCHIARI, *Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores Causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870. Relatio Historica-Iuridica. Documenta*, cit., pp. 254-256.

²³ C. LEFEBVRE, *La procédure du tribunal de la Rote romaine au xvii^e siècle d'après un manuscrit inédit*, cit. p. 246.

²⁴ Il punto di riferimento è una decretale di Gregorio IX, secondo la quale la *litis contestatio*

nella Rota perse significato e al suo posto fu introdotta la *dubii concordatio*.²⁵

Per quanto riguarda la storia dell'*an constet*, già agli albori della Rota antica l'oggetto del giudizio fu fissato sotto la formula di un dubbio, sebbene nelle cause di nullità matrimoniale presso la Rota tale formula apparve solo a partire dal XVI secolo. Non bisogna dimenticare tra l'altro che proprio a partire dal XVI secolo le cause di nullità matrimoniale, a livello della Curia Romana, erano trattate principalmente dalla Congregazione del Concilio, dove si affermò la prassi dell'*an constet*. La locuzione fu poi adottata anche presso la Rota *restituta*, nella quale la formula *an constet de matrimonii nullitate in casu*, pur essendo generica nella sua espressione verbale, aveva tuttavia un contenuto ben specifico all'interno delle singole cause, riferendosi ai capi legittimamente appellati, riassunti, o ammessi *tamquam in prima instantia*.

Lo studio della formula del dubbio nei casi di nullità del matrimonio antecedenti al 1870 non è di facile attuazione, perché le collezioni delle decisioni rotali costituiscono sì un vero *mare magnum*, ma poche sono le cause di nullità; d'altra parte, si può constatare che nei secoli successivi al Concilio di Trento aumentò il numero delle cause matrimoniali, al punto che nel corso del XVII secolo gran parte dei processi furono elaborati presso la Rota *antiqua*, sebbene a poco a poco si andasse imponendo la forza attrattiva della Sacra Congregazione del Concilio a discapito della competenza della Rota.²⁶

fu fatta «per petitionem in iure propositam et responsionem secutam» (X, II, 5, cap. un.). Da qui la dottrina definì questo momento processuale come «petitio actoris in iure proposita et congrua negativa responsio rei, facta animo litigandi» (M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici. De iudiciis ecclesiasticis. De iudiciis ecclesiasticis civilibus*, vol. I, Romae, ex Typographia Polyglotta, 1905², p. 373, n. 421).

²⁵ G. ERLEBACH, *La antica formula "An constet de matrimonii nullitate, in casu" e l'estensione dell'oggetto di giudizio*, cit., pp. 39-40: «Cerchiarri sostiene che tale prassi fu introdotta con una disposizione del Vice Cancelliere verso la fine dell'anno 1375 che richiese agli Uditori di stabilire i dubbi, ai quali dovevano poi rispondere i congiudici, andando a fornire le ragioni per la *decisio*. Il *dubium* non era perciò altro che l'oggetto della causa fissato sotto forma di domanda, in modo tale che la risposta potesse essere data con poche parole, talvolta con una sola. In questo modo già dall'anno successivo, ovvero il 1376, si iniziò a utilizzare il termine di "Rota dubiorum" per indicare le sessioni degli Uditori rotali, nelle quali venivano discusse le cause in ordine alla formazione della *decisio*. Perciò la *decisio* era una risposta al dubbio proposto o, diremmo oggi, fissato d'ufficio, ma con la partecipazione delle parti. Di conseguenza, la sentenza conteneva una risposta netta al dubbio stabilito. Nel caso dell'appello contro una sentenza rotale, il dubbio era se la sentenza appellata fosse da confermare o da riformare».

²⁶ G. ERLEBACH, *La antica formula "An constet de matrimonii nullitate, in casu" e l'estensione dell'oggetto di giudizio*, cit., p. 48: «È certo che in tutte le cause matrimoniali di merito il dubbio veniva fissato, ma le *decisiones* non sempre lo riportano. Tralasciando pure quelle decisioni, che sulla base della conclusione permettono di intuire con buona dose di probabilità come era stato fissato il dubbio, dalle altre emerge un ampio ventaglio delle formulazioni. Il gruppo più ampio ruota attorno alle questioni disciplinate dal decreto tridentino *Tametsi*. Si

Riguardo alla formula generica del dubbio e all'oggetto del processo nella prassi della Rota Romana del XVII secolo, che è la più rappresentativa nell'ambito dei processi di nullità matrimoniale prima del 1870, possiamo ritenere, anche alla luce degli studi compiuti da Mons. Grzegorz Erlebach, che sebbene il dubbio fosse generico, i giudici mai agirono d'ufficio, ma solo su richiesta delle parti che indicavano chiaramente quale sarebbe stato l'oggetto del processo. È altresì evidente che il procedimento presso il Tribunale della Rota a quell'epoca rendeva intrinsecamente impossibile che una sentenza rispondesse *extra partium petita*. Da un punto di vista storico, ricordiamo che il 20 settembre 1870, l'esercito di Vittorio Emanuele II di Savoia, Re d'Italia, entrò a Roma, provocando la scomparsa dello Stato Pontificio. Il Beato Pio IX si rifugiò nel Palazzo Vaticano autodichiarandosi prigioniero e avviando quella che prese il nome di "questione romana".²⁷ La perdita del potere temporale dei Papi determinò la sospensione di fatto dell'attività giudiziaria dei Tribunali della Sede Apostolica.

3. LA FISSAZIONE DEL DUBBIO DALLA PRASSI DELLA ROTA RESTITUTA AI GIORNI NOSTRI

Fu con la riforma della Curia romana di San Pio X (1903-1914), realizzata per mezzo della Costituzione Apostolica *Sapienti consilio* del 29 giugno 1908,²⁸ che furono restituite al Tribunale della Rota Romana le competenze che nel corso degli ultimi secoli aveva perso a favore delle Congregazioni,²⁹ dando luogo ad una rinascita del Tribunale apostolico conosciuta con l'espressio-

tratta in particolare di quelle cause nelle quali si voleva appurare se l'avvenuta celebrazione del matrimonio fosse giuridicamente efficace. A prescindere dalle sfumature linguistiche, il dubbio utilizzato era quello: *an constet de validitate matrimonii*. Nel caso della nullità direttamente propugnata del consenso matrimoniale, solo nella seconda metà del diciassettesimo secolo risulta la formula *an constet de nullitate matrimonii*, come anche quella *an constet de invaliditate matrimonii*, mentre in due decisioni relative all'*impotentia coeundi* compare il dubbio *an sit locus dissolutioni matrimonii*.

²⁷ F. CHABOD, *L'idea di Roma*, in ID., *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896*, Bari, Laterza, 1951, pp. 179-323; A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi, 1948; G. MARTINA, *Pio IX (1851-1866)*, Roma, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1986, pp. 85-152; ID., *Pio IX (1867-1878)*, Roma, Pontificia Editrice Università Gregoriana, 1990, pp. 233-282; R. MORI, *La questione romana 1861-1865*, Firenze, Le Monnier, 1963; ID., *Il tramonto del potere temporale 1866-1870*, Roma, Storia e Letteratura, 1967; S. MAROTTA, *La questione romana*, in A. MELLONI (a cura di), *Cristiani d'Italia, Chiese, società, stato, 1861-2011*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2011, pp. 641-654; R. PERTICI, *Chiesa e Stato in Italia: dalla grande guerra al nuovo concordato (1914-1984)*, Bologna, il Mulino, 2009.

²⁸ PIUS PP. X, Const. Apost. *Sapienti consilio*, «AAS» 1 (1909), pp. 7-19.

²⁹ San Pio X stabilì infatti che «decernimus, ut causae omnes contentiosae non maiores, quae in Romana Curia aguntur, in posterum devolvantur ad sacrae Romanae Rotae tribunal» («AAS» 1 [1909], p. 15, II, 2^o). Le *causae maiores* ovvero quelle «*fidei et morum*» erano invece riservate alla Congregazione del Sant'Uffizio (*ibid.*, p. 9, I, 1^o, 1).

ne *Rota restituta*. La Rota del 1908 nacque però come un organismo assolutamente nuovo, sebbene dalla tradizione avesse ricevuto la sua impronta esteriore. La *Lex propria* della Rota Romana del 1908 richiedeva che le parti fossero citate per concordare il dubbio, senza tuttavia specificare la formula attraverso la quale si sarebbe dovuto fissare, situazione che non mutò neanche nelle *Regulae servandae* del 1910.³⁰ Tuttavia, nel primo volume delle *Decisiones* ovvero nella raccolta delle sentenze pronunciate nel 1909 si utilizza la formula: «*An constet de nullitate matrimonii in casu*».³¹ È evidente che la Rota *restituta* accolse con favore la prassi seguita dalla Sacra Congregazione del Concilio. È altresì vero che una minoranza di Uditori formulò il dubbio in forma specifica,³² data la libertà di cui godevano, visto che all'epoca non vi era l'obbligo di seguire una determinata formula.

Le *Regulae servandae* del 1910 avvertivano che in caso di appello alla Rota contro una sentenza di un tribunale locale «*ne dubium limites sententiae appellatae excedat, secus enim non amplius esset competens S. Rotae tribunal, ad normam can. 14-17 (Lex propria)*».³³ È evidente il filo conduttore tra quanto richiesto dalle parti nel libello di prima istanza, concordato per decreto, la risposta data nella sentenza appellata e la formula generica del dubbio in Rota che includeva esclusivamente il dubbio di prima istanza, col divieto assoluto di poter ampliare l'oggetto del processo nei gradi successivi. Questa prassi sarà poi formalizzata nel can. 1891 § 1 del Codice del 1917.

Le *Normae* del Tribunale della Rota del 1934 stabilivano all'art. 77: «§ 1. – *Formula dubii referre debet ipsum controversiae meritum, cauto ne excedantur limites quaestionis appellatae vel commissae.* § 2. – *In causis nullitatis matrimonii, sueta dubii formula est «an constet de matrimonii nullitate in casu».* § 3. – *In causis, ubi agitur de sententia rotali appellata, adhibebitur formula: «an confirmanda*

³⁰ I Tribunali apostolici disposero da subito di una *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae* emessa il 29 giugno 1908 e pubblicata in «AAS» 1 (1909), pp. 20-35, alla quale furono poi aggiunte le *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal* del 4 agosto 1910 («AAS» 2 [1910], pp. 783-850).

³¹ *Coram* Many, sent. diei 31 martii 1909, RRDec., vol. 1, p. 25, n. 1; *coram* Sebastianelli, sent. diei 19 iunii 1909, ibidem, p. 69, n. 1; *coram* Prior, sent. diei 10 iulii 1909, ibidem, p. 86, n. 1; *coram* Mori, sent. diei 24 iulii 1909, ibidem, p. 103, n. 1; *coram* Persiani, sent. diei 15 novembris 1909, ibidem, p. 137, n. 1.

³² Così, in una causa arrivata in Rota dopo due sentenze difformi, il dubbio appare fissato in questi termini: «*an instantiae primae sententia matrimonium, uti invalidum declarans, roboranda sit, vel ea secundae instantiae matrimonium uti validum diiudicans?*» (*coram* Heiner, 19 maggio 1910, *ibid.*, vol. 2, 158, n. 1). In un'altra invece, devoluta alla Rota *ex rescripto pontificio* per vedere della *nova causae propositio*, il dubbio venne fissato in questi termini: «*An ex noviter deductis adhuc constet de nullitate matrimonii in casu*» (*coram* Mori, 25 febbraio 1911, *ibid.*, vol. 3, 95, n. 1).

³³ *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*, «ASS» 2 (1910), p. 797, § 35.

*vel reformanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu», nisi, adprobante Ponente, partibus placuerit dubiorum formulam repetere in priore instantia Rotali statutam».*³⁴ Il primo paragrafo ci permette subito di comprendere la finalità della norma ovvero che l'oggetto del giudizio verte esclusivamente sul merito della controversia così come fu stabilita nell'istanza precedente. Tuttavia, vi è da notare che il dubbio generico era la formula tipica, ma non esclusiva, in quanto una minoranza di Uditori continuò a concordare il dubbio in forma specifica.

Nel 1936 l'Istruzione *Provida Mater Ecclesia*, all'art. 219 § 2, consentì che un nuovo capo di nullità potesse essere introdotto nei Tribunali locali d'appello.³⁵ Nonostante questa apertura, presso il Tribunale della Rota, in quanto Tribunale della Sede Apostolica, non poteva essere introdotto un nuovo capo di nullità e bisognava attenersi esclusivamente ai capi di nullità stabiliti nelle istanze precedenti, pena la nullità della sentenza in relazione al nuovo capo. Le sentenze rotali pertanto trattavano nella parte *in iure* il capo di nullità formulato nell'istanza precedente, individuandolo con chiarezza nella parte *in facto*; l'oggetto del processo o del giudizio era identificabile scorrendo la sentenza.

La conferma di quanto appena esposto si individua proprio con riferimento all'introduzione di un nuovo capo di nullità. Sebbene nella Rota *restituta* il dubbio fosse generico, esso aveva un contenuto specifico che includeva implicitamente il capo o i capi di nullità formulati nelle precedenti istanze; più esattamente si riferiva ai capi appellati alla Rota o riassunti nella medesima Rota. Se non fosse così e la formula *an constet* fosse onnicomprensiva, non si spiegherebbero le gravi accortezze adoperate in questo Tribunale apostolico di fronte alle richieste d'ammissione di un nuovo capo di nullità, da trattare *tamquam in prima instantia*.³⁶ Fino al 1949, per poter ammettere un nuovo capo di nullità era necessario ottenere una commissione pontificia.

La prassi mutò nel 1949 quando il Decano della Rota romana, Mons. André-Damien-Ferdinand Jullien (1882-1964), ottenne, in vista dell'Anno Santo

³⁴ *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, «ASS» 26 (1934), pp. 469-470.

³⁵ S. Congregatio de Disciplina Sacramentorum, Instr. *Provida Mater Ecclesia*, «ASS» 28 (1936), p. 356, art. 219: «§ 1. Si, lite pendente, aliud nullitatis caput afferatur, decernendum est utrum illud admitti debeat iuxta ordinarias normas competentiae; eoque admissio, serventur reliquae regulae pro causae instructione. § 2. Si vero novum hoc nullitatis caput afferatur in gradu appellationis, illudque, nemine contradicente, a collegio admittatur, de eo iudicandum est tamquam in prima instantia».

³⁶ G. ERLEBACH, *La antica formula "An constet de matrimonii nullitate, in casu" e l'estensione dell'oggetto di giudizio*, cit., p. 64: «Il *punctum quaestionis* di questo *stress test* che mi propongo è il seguente: se la detta tesi non fosse vera e – al contrario – quella formula del dubbio fosse generica anche sotto il profilo dell'oggetto del giudizio, ovvero onnicomprensiva di tutti i possibili capi di nullità, allora non si sarebbe dovuta porre alcuna difficoltà ad affrontare presso la Rota capi di nullità nuovi, introdotti in secondo o ulteriore grado di giudizio».

del 1950, varie facoltà speciali, fra le quali anche quella di «[a]ggiungere nuovi dubbi a quelli già discussi nelle precedenti istanze dimodochè la S. Romana Rota, Tribunale di Appello, sia competente a giudicare anche in prima istanza». ³⁷ Per poter fare uso di tale facoltà, al Decano occorre il parere favorevole del Turno. Medesima facoltà fu nuovamente concessa al Decano della Rota romana nel 1952 «fino a nuovo avviso». ³⁸ In seguito questa facoltà straordinaria fu rinnovata e confermata due volte: il 5 luglio 1963 ³⁹ e il 26 luglio 1981. ⁴⁰ Al di là di alcune modifiche stilistiche, il testo fu proposto sostanzialmente con lo stesso tenore di quello degli anni 1949 e 1952. Si ovviò così al limite dell'incompetenza assoluta del Tribunale della Rota a giudicare una causa con riferimento ad un nuovo capo. ⁴¹

È noto che con l'entrata in vigore del can. 1683 CIC 1983, alcuni Turni rotali iniziarono ad ammettere nuovi capi di nullità in modo autonomo. ⁴² L'art. 55 § 2 NRRT 1994 non ha fatto altro che prenderne atto, disponendo che spetta al Turno decidere sull'ammissione o meno di un nuovo capo di nullità. ⁴³ In realtà, la necessità dell'ammissione di un nuovo capo ai fini della

³⁷ Lo si desume dal testo delle *Facultates extraordinariae Decano Sacrae Romanae Rotae concessae*, in X. OCHOA (a cura di), *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, vol. II, Romae, Edicurcla, 1969, p. 3092, n. 2309, 1 e 3.I. ³⁸ *Ibid.*, 3.I.

³⁹ X. OCHOA (a cura di), *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, vol. IV, Romae, Edicurcla, 1974, p. 5558, n. 3752, 1. Queste facoltà furono parimenti pubblicate come allegato alle Norme rotali del 1969, cfr. «Quaderni Studio Rotale» 8 (1996), p. 228.

⁴⁰ «ASS» 74 (1982), p. 516, 1°. Il testo fu altresì pubblicato come allegato alle Norme rotali del 1982, cfr. «Quaderni Studio Rotale» 8 (1996), p. 251.

⁴¹ La formulazione di questa facoltà straordinaria fu molto chiara, perché mise in evidenza – nella parte finale – che andava a supplire la mancanza di competenza – da intendere come incompetenza assoluta *ratione gradus* – della Rota Romana che era di per sé un Tribunale di appello. Il tenore letterario del rescritto del 5 luglio 1963 era infatti il seguente: «di modo che la S. R. Rota, Tribunale di Appello, sia competente a giudicare anche in prima istanza» (X. OCHOA [a cura di], *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, vol. IV, cit., p. 5558, n. 3752, 1). Cfr. anche C. GULLO, R. PALOMBI, *La procedura presso il Tribunale della Rota Romana*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *Le "Normae" del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997 («Annali di dottrina e giurisprudenza canonica» 21), pp. 172-173.

⁴² La legittimità di tale prassi fu fortemente sostenuta in un decreto *coram* Di Felice del 24 gennaio 1984 (*Decreta selecta inter ea quae anno 1984 prodierunt*, vol. 2, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997, p. 14, n. 3). Utili informazioni offre *ad rem* lo studio di C. GULLO, R. PALOMBI, *La procedura presso il Tribunale della Rota Romana*, cit., pp. 173-174.

⁴³ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, «ASS» 86 (1994), art. 55, p. 524: «§ 1. Si agitur de causa videnda a prima instantia, Ponens, auditis vinculi Defensore aut Promotore iustitiae, statim Turnum convocabit qui libellum admittat aut reiciat. § 2. Quoties in causis matrimonialibus iuxta can. 1683 novum caput adducatur, item Turni erit decernere de eodem admittendo vel reiciendo». Si può ritenere che in virtù della legge comune (can. 1683 CIC 1983) il Tribunale della Rota romana godeva ormai della potestà ordinaria d'ammissione di un nuovo capo di nullità *tamquam in prima instantia*. Il rispettivo decreto doveva essere tuttavia emanato dal Turno. Ulteriori precisazioni possono essere reperite in *Commento alle Norme*

sua legittima trattazione era fuori questione dato che il Tribunale della Rota è per definizione un Tribunale collegiale⁴⁴ che giudica in Turni composti da almeno tre Uditori e spetta al Turno ammettere il libello introduttivo della causa.⁴⁵

La modifica nel modo di concordare il dubbio, introdotta con le *Normae* della Rota Romana del 18 aprile 1994 non ha comportato una sostanziale rottura con la tradizione anteriore, anche se la concordanza del dubbio richiedeva dal 1994 la fissazione specifica dei capi di nullità sui quali si sarebbe focalizzato il processo. In tal senso, l'art. 62 NRRT 1994 recita: «§ 1. *In causis nullitatis matrimonii formula dubii est: An constet de matrimonii nullitate in casu, additis capite vel capitibus.* § 2. *In causis, ubi agitur de sententia rotali appellata, adhibebitur dubii formula: Utrum confirmanda an infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu, nisi claritatis gratia in dubiorum formula renovandi sint singuli controversiae articuli*». ⁴⁶

Le *Normae* della Rota del 1994 erano in linea col CIC 1983 (cfr. CIC 1983 can. 1677 § 3) e non creavano alcuna difficoltà alla luce della posteriore Istr. *Dignitas connubii* (cfr. art. 135 § 3 DC) né del m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* (cfr. can. 1676 § 5 MIDI) fino alla pubblicazione del Rescritto del 7 dicembre 2015. Quest'ultimo Rescritto non lascia spazio a dubbi per affermare che siamo di fronte a una modifica delle *Normae* della Rota del 1994, dato che dalla pubblicazione del detto Rescritto si deve concordare il dubbio con la formula generica «*an constet de matrimonii nullitate, in casu*», formula che coincide con quella prescritta dalle *Normae* della Rota romana del 1934. Il testo del rescritto è chiaro nello stabilire che nelle cause di nullità matrimoniale giudicate davanti la Rota, il dubbio è stabilito secondo l'antica formula, implicando il riferimento diretto alle *Normae* del 1934, e in particolare al secondo comma dell'art. 77.

È d'uopo evidenziare gli articoli delle *Normae* del 1994 che trattano della decisione della causa e della sentenza rotale, e che indicano esattamente come i giudici devono rispondere all'oggetto del processo precedentemente determinato. Nello specifico, l'articolo 95 § 1 stabilisce: «*Constabilita decisione, Ponens eam scribit sub forma responsionis ad dubia, eamque subscribit una cum Auditoribus de Turno et unit fasciculo actorum*». ⁴⁷ Importante è anche richia-

della Rota Romana del 18 aprile 1994, in M. DEL POZZO, J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES (a cura di), *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma, Coletti a San Pietro, 2013, p. 185, art. 55.

⁴⁴ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, cit., art. 1, p. 509: «Rota Romana est Tribunal, Apostolicae Sedis ordinarium appellationis, constans certo Iudicium seu Praelatorum Auditorum numero qui, e variis terrarum orbis partibus a Summo Pontifice selecti, collegium constituunt. Eidem collegio, primus inter pares praest Decanus, ex ipsis Iudicibus a Summo Pontifice pariter nominatus».

⁴⁵ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, cit., art. 55, p. 524.

⁴⁶ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, cit., art. 62, p. 526.

⁴⁷ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, cit., art. 95 § 1, p. 534.

mare l'art. 97 § 2: «[...] *pars dispositiva sententiae* [...] *propositis dubiis respondeat*». ⁴⁸

Pertanto, la normativa richiamata impone ai giudici l'obbligo di indicare nella sentenza di nullità matrimoniale i motivi di diritto e di fatto per i quali si pronunciano nella parte dispositiva, rispondendo al dubbio formulato. In pratica, il Tribunale della Rota ha l'obbligo di rispondere al dubbio, non potendo limitarsi a dichiarare se il matrimonio sia nullo o meno, ma deve specificare per quali motivi giunge alla sua decisione. Tale obbligo era previsto anche nelle *Normae* della Rota Romana del 1934, proprio all'art. 77. ⁴⁹

Tutto ciò è ancora più evidente nel caso di impugnazione di una sentenza rotale davanti al Turno superiore, perché ai sensi dell'art. 62 § 2 delle *Normae* della Rota del 1994 la formula sarà: *Utrum confirmanda an infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu*, aggiungendo però di seguito: *nisi claritatis gratia in dubiorum formula renovandi sint singuli controversiae articuli*, situazione che si verificava anche nelle *Normae* del 1934.

La rilettura delle fonti, unitamente all'analisi della normativa fino ad oggi vigente, ci permette di condividere pienamente quanto già affermato da Mons. Grzegorz Erlebach nel suo saggio del 2018: «*La conclusione che ne deriva è lapalissiana: la formula del dubbio "An constet de matrimoni nullitate in casu", nonostante la sua formulazione generica, non permetteva affatto alla Rota di emettere validamente sic et simpliciter una sentenza al di fuori dei capi legittimamente appellati o eventualmente riassunti, anche qualora ci fosse una sufficiente base fattuale. Quindi risulta che nella Rota ricostituita la consueta formula del dubbio non veniva affatto considerata come onnicomprensiva*». ⁵⁰

Un altro aspetto che risulta chiaro è la distinzione fra il decreto d'ammissione del capo di nullità e il decreto di concordanza del dubbio. Questa distinzione non era presente nella Rota antica. Invece nella Rota *restituta* il turno deve essere coinvolto nell'ammissione del libello e in ordine all'ammissione di un nuovo capo di nullità, mentre l'emissione del decreto di concordanza del dubbio spetta al solo ponente. Il coinvolgimento del turno nell'ammissione di un nuovo capo si vedeva inizialmente nella petizione

⁴⁸ *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, cit., art. 97, p. 535.

⁴⁹ G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1991, pp. 247-248: «Per la validità della contestazione della lite (considerata in se stessa), non si richiede che essa sia necessariamente formale (can. 1727 CIC 1917). Nella giurisprudenza rotale è stato confermato che soddisfa l'esigenza della legge anche il riferimento al libello introduttivo della lite, mentre nel grado di appello può avere luogo anche in forza del proseguito appello. Nella Rota Romana, quando la causa viene giudicata in appello, è sufficiente un rinvio alla formula del dubbio della prima istanza sotto la domanda "an constet de nullitate matrimoni, in casu"».

⁵⁰ G. ERLEBACH, *La antica formula "An constet de matrimoni nullitate, in casu" e l'estensione dell'oggetto di giudizio*, cit., p. 68.

rivolta al Decano (dopo il 1949) affinché concedesse tale ammissione (anche se li impropriamente si parlava del nuovo dubbio). La stessa cosa risulta con chiarezza nelle Norme del 1994 anche se talvolta per ragioni di economia processuale, nel decreto di ammissione di nuovo capo (firmato dal turno) si aggiungeva subito anche la formulazione del dubbio.

È d'obbligo ricordare che il decreto per la fissazione del dubbio è uno degli atti di maggiore rilevanza giuridica all'interno del processo canonico, innanzitutto perché il suo contenuto specifico risponde alla richiesta delle parti, *nemo iudex sine actore*, e il giudice non può introdurre arbitrariamente domande giudiziali senza la loro espressa richiesta. In secondo luogo, una volta stabilito formalmente dal giudice, il dubbio non può essere modificato senza che siano soddisfatte determinate condizioni,⁵¹ tra cui il rispetto della volontà delle parti coinvolte nel processo; e deve essere modificato attraverso un nuovo decreto. Il Legislatore, stabilendo questa impostazione, ha sempre inteso tutelare la certezza del diritto nella delimitazione dell'oggetto del processo, che è proposto dalle parti, evitando così l'arbitrio del giudice e il rispetto dello *ius defensionis* delle parti.

4. LA REINTRODUZIONE DELLA FORMULA GENERICA DEL DUBBIO NELLA PRASSI DEL TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA A CINQUE ANNI DALLA SUA ENTRATA IN VIGORE

A seguito del Rescritto pontificio del 7 dicembre 2015, il ritorno alla vecchia formulazione generica del dubbio nelle cause matrimoniali fu immediato. Come abbiamo già indicato, fino ad allora si applicava l'art. 62 delle *Normae* rotali del 1994 che imponeva invece la formulazione specifica del dubbio.

Bisogna rammentare che l'oggetto del nostro studio è proprio quello di comprendere se la reintroduzione del dubbio generico nella prassi del Tribunale della Rota negli ultimi cinque anni abbia prodotto un mutamento nella portata processuale che la precedente giurisprudenza attribuiva all'art. 77 delle Norme del 1934. Passando in rassegna soprattutto la prassi della Rota *restituta*, il dubbio generico all'epoca comprendeva i capi di nullità formulati nelle istanze precedenti e quindi appellati e, eventualmente, riassunti. L'introduzione di un nuovo capo, da trattare *tamquam in prima instantia*, richiedeva anzitutto la sua legittima ammissione, alla quale seguiva l'emissione di un nuovo decreto di concordanza del dubbio.

In realtà, sebbene siano trascorsi solo cinque anni dall'entrata in vigore del Rescritto del 7 dicembre 2015, la portata procedurale e sostanziale della formulazione generica è una questione, in una certa misura, ancora aperta

⁵¹ La modifica della formula del dubbio è soggetta ad alcune norme che, tra l'altro, richiedono che l'iniziativa provenga dalle parti. Sia il can. 1514 che l'art. 136 DC impediscono un'arbitraria modifica, da parte del tribunale, dei limiti della controversia una volta definiti.

fra gli Uditori della Rota. È importante notare che già nel Proemio dei motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et misericors Iesus* si prospettava quanto segue: «*La legge propria della Rota Romana sarà al più presto adeguata alle regole del processo riformato, nei limiti del necessario*»;⁵² e allo stesso modo, nella premessa del Rescritto pontificio del 7 dicembre 2015 si ribadiva «*l'esigenza di armonizzare la rinnovata procedura nei processi matrimoniali con le Norme proprie della Rota Romana, in attesa della loro riforma*». ⁵³ Sebbene sia necessario attendere la promulgazione delle nuove norme del Tribunale della Rota per meglio comprendere il significato procedurale della formula generica, è bene sin d'ora approfondire i vantaggi procedurali che la formulazione generica del dubbio apporta nelle cause di nullità del matrimonio trattate nel Tribunale della Rota Romana.

Il primo articolo del Rescritto del 7 dicembre 2015, dal punto di vista redazionale e teorico, non presenta difficoltà, trattandosi di una norma stabilita dal Santo Padre, Supremo Legislatore, il cui scopo è di semplificare lo svolgimento del processo di nullità matrimoniale, liberandolo da remore formalistiche e quindi facilitare una più agile ricerca della verità. Papa Francesco d'altronde spiega nel medesimo rescritto il proprio desiderio di «*attuare la giustizia e la misericordia sulla verità del vincolo di quanti hanno sperimentato il fallimento matrimoniale*». ⁵⁴

La questione rimane aperta, come abbiamo già accennato, laddove si entra nella comprensione della rilevanza della norma e della sua ripercussione pratica sull'esercizio dei diritti sostanziali delle parti nell'ambito del contraddittorio procedurale. Il dibattito ermeneutico è circoscritto a due posizioni ugualmente legittime con alcune varianti. Da un lato, la posizione che sostiene che il dubbio generico debba essere inteso in senso onnicomprensivo rispetto all'oggetto del processo e della *causa petendi*, dando maggior risalto ai fatti risultanti dalle prove più che al *nomen iuris* che gli si attribuisce; dall'altro, la posizione che resta in continuità con la prassi seguita sin dalla ripresa della Rota *restituta*. Il contributo della dottrina sull'argomento è limitato, poiché pochi sono gli studi offerti dai canonisti. ⁵⁵

⁵² La traduzione italiana è tratta dal sito www.vatican.va cui si rimanda. Cf. FRANCISCUS PP., m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*, cit., p. 961: «*Rotae Romanae, autem, lex propria quam primum regulis reformati processus, quatenus opus sit, adaequabitur*»; Id., m.p. *Mitis et misericors Iesus*, cit., p. 948: «*Rotae Romanae, autem, lex propria quam primum regulis reformati processus, quatenus opus sit, adaequabitur*».

⁵³ TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis iudex Dominus Iesus*, cit., p. 49.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Gli studi che ho potuto consultare e che trattano il nostro argomento sono i seguenti: R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M.p. "Mitix Iudex Dominus Iesus"*, Roma, EDUSC, 2019, pp. 290-294; G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II Pars dynamica* [Editio quinta. Ad usum Auditorum], Romae, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2020,

La prima posizione sostiene che il Rescritto di Papa Francesco permetta di intendere il dubbio generico come una formula onnicomprensiva, escludendo logicamente e concretamente la necessità di indicare i singoli capi, sebbene i Patroni delle parti mantengano la facoltà di esibire eventuali e ulteriori istanze istruttorie, garantendo il diritto alla difesa dei propri assistiti in giudizio.

Le conseguenze procedurali e sostanziali che ne derivano sono immediatamente apprezzabili. La formulazione generica, in quanto enunciato aperto e semplificato, acquisterebbe un contenuto potenzialmente onnicomprensivo in quanto all'oggetto del processo, inglobando ugualmente sia il *petitum* che la *causa petendi* in senso lato e pertanto l'oggetto del processo non si limiterebbe ad uno o più capi di nullità sin'ora trattati; la discussione o il contraddittorio si muoverebbe liberamente nell'ambito di tutti i capi di nullità possibili. L'unico limite al quale dovrebbe attenersi il dubbio generico sarebbe la "verità fattuale" che acquisterebbe piena centralità nello svolgersi del processo. Una lettura fedele dei fatti esposti all'interno del contraddittorio tra le parti private e il difensore del vincolo assicurerebbe pertanto un modo più agile e disinvolto nell'indagine giudiziaria della verità sul vincolo matrimoniale. Vista la rilevanza dei fatti, i titoli giuridici attribuiti a tali eventi durante il processo avrebbero un valore secondario.

In logica coerenza con l'impostazione appena rappresentata, non sarebbe necessaria l'ammissione dei capi specifici di nullità già formulati nelle istanze precedenti o di altri capi che le parti ritengano opportuno proporre per essere giudicati *tamquam in prima instantia* dinanzi alla Rota Romana. Al fine di garantire lo *ius defensionis* si riconosce il diritto delle parti di presentare e richiedere eventuali istanze istruttorie per dimostrare fatti rilevanti, senza la necessità di modificare o ampliare la formula del dubbio, poiché essa è per se stessa onnicomprensiva. Questa posizione libera il processo da inutili orpelli formali, permettendo al Turno giudicante di raggiungere la certezza morale anche per un capo mai precedentemente concordato.

Sorge però una serie di questioni pratiche: gli avvocati delle parti, prima dell'emanazione formale del decreto di fissazione del dubbio in forma generica, dispongono del diritto di chiedere l'ammissione di un nuovo capo di nullità matrimoniale in modo tale che sia trattato *tamquam in prima instantia*? Possono rinunciare a uno dei capi di nullità concordati nelle istanze precedenti? Di primo acchito la risposta dovrebbe essere negativa per entrambe le domande.

Cosa succederebbe se, una volta conclusa l'istruttoria, presentate le difese delle parti e le *animadversiones* del difensore del vincolo, i patroni chiedesse-

ro la dichiarazione di nullità per un nuovo capo, perché sulla base dei fatti presenti negli atti ritengano possibile una loro interpretazione secondo un titolo giuridico mai formulato nel dubbio? Coerentemente con la posizione esposta, questa strategia processuale sarebbe lecita perché coperta dal dubbio generico. La centralità dei fatti pone in secondo piano il *nomen iuris*? Sarebbe questo uno dei principali vantaggi dell'introduzione del dubbio generico?

Cosa accadrebbe invece se una volta riunito per la decisione, il Turno giudicante riconosca prove rilevanti (*ex actis et probatis*) in sostegno di un capo di nullità mai invocato? Potrebbe emettere una sentenza affermativa per un capo di nullità mai concordato assumendo come base per la propria decisione solo i fatti addotti nel giudizio? In caso affermativo, la sentenza sarebbe passibile di querela di nullità ai sensi del can. 1620, n. 4, poiché è stata emessa senza la previa petizione giudiziale ai sensi del can. 1501 e, pertanto, il Turno diverrebbe co-attore, violando il principio *nemo iudex sine actore*. A questa considerazione si potrebbe poi aggiungere che le parti non abbiano avuto modo di assumere le loro posizioni e si creerebbe potenzialmente una grave lesione dello *ius defensionis* nonché l'emissione della sentenza *extra petita partium*.

Un comportamento processuale di questo tipo lederebbe il diritto di difesa e trasformerebbe il giudice in una delle parti del processo, negando tutte le garanzie sulla neutralità e imparzialità del tribunale.

Questa prima posizione ritiene che i patroni delle parti, avendo la possibilità di valutare i fatti emersi durante l'istruttoria, possano far emergere nuovi capi di nullità sia durante la medesima fase istruttoria sia nel *restrictus*. Lo scambio delle difese fra le parti e il difensore del vincolo garantirebbe il diritto di difesa di tutte le parti in causa: pubbliche e private. Si avrebbe così per il Turno giudicante, in fase decisoria, la possibilità di valutare serenamente anche i nuovi capi eventualmente non concordati nelle istanze precedenti, compresa la possibilità di emettere un *dilata ut compleantur acta* che permetterebbe un supplemento di istruttoria e lo scambio di ulteriori difese.

Qualora il difensore di una delle parti chiedesse di ammettere un nuovo capo, allora sempre secondo questa posizione il ponente sarebbe legittimato a non accettare tale istanza in quanto superflua, informando il difensore che in virtù del dubbio generico può procedere con le richieste istruttorie. È chiaro pertanto, secondo questa posizione, l'inutilità di un decreto d'ammissione di un nuovo capo di nullità e quindi della riformulazione del decreto del dubbio. La lesione del diritto di difesa si avrebbe solo qualora il ponente non rammenti la possibilità di presentare ulteriori istanze istruttorie che vadano nel senso del nuovo capo invocato, ma non concordato con un decreto specifico in virtù del dubbio generico onnicomprensivo.

L'alternativa alla posizione appena descritta conserva invece i parametri seguiti dalla giurisprudenza rotale fino all'entrata in vigore dell'art. 62 delle *Normae* del 1994. Il decreto di formulazione del dubbio generico, determinando l'oggetto del processo (la *causa petendi*), conterrà solo i capi di nullità appellati, riassunti o ammessi *tamquam in prima instantia*. Le prove che le parti presenteranno o che il giudice richiederà d'ufficio saranno destinate solo a provare i fatti che potrebbero condurre alla dichiarazione di nullità del matrimonio per il capo o i capi di nullità implicitamente contenuti nella formula generica del dubbio. Allo stesso modo, il Turno, nell'emettere la sentenza, risponderà solo ai capi sottintesi nella formula del dubbio, pur dando una risposta una apparentemente non specifica, dichiarando cioè che consti o non consti della nullità del matrimonio in questione. Secondo questa posizione, il dubbio generico ha un contenuto specifico e qualunque modificazione dell'oggetto di giudizio dovrà essere eseguita con decreto, come in passato, specialmente nel caso d'ammissione di un nuovo capo di nullità.

Il dubbio generico può essere analizzato anche nel contesto più ampio della teoria dell'azione.⁵⁶ Il diritto canonico introdusse al suo interno le nozioni classiche sulla teoria generale dell'azione tipiche del diritto romano, accolte nel Decreto di Graziano e nelle Decretali. Fin dal XII secolo il diritto canonico assunse che gli elementi che individuavano la causa giudiziaria erano di ordine soggettivo (le parti) e di ordine oggettivo: il *petitum* e la *causa petendi*. Fino all'entrata in vigore del Codice del 1983, il *nomen iuris* e la *causa petendi* si identificavano formalmente nelle cause di nullità matrimoniale, convergendo nel capo di nullità,⁵⁷ il che offriva una garanzia di certezza del diritto. Tuttavia, già prima della promulgazione dell'attuale codice, la giurisprudenza del Tribunale della Rota aveva iniziato a sviluppare un concetto diverso di *causa petendi*, più in linea con le esigenze della giustizia materiale, e lo fece nel contesto della cosiddetta conformità sostanziale o equivalente,⁵⁸ relativa a capi di nullità aventi denominazioni diverse ma fondati sui medesimi fatti

⁵⁶ F. FALCONE, *Actio e Ius: l'evoluzione del concetto di azione nell'ordinamento canonico tra il Codice del 1917 e il Codice del 1983*, «Ius Ecclesiae» 25 (2013), pp. 339-362.

⁵⁷ “Can. 1639 – §1. Salvo il disposto del can. 1683, nel grado di appello non può essere ammessa una nuova *causa petendi*, neppure sotto forma di cumulazione per ragioni di utilità; pertanto la contestazione della lite può riferirsi esclusivamente alla conferma o alla riforma della prima sentenza in tutto o in parte. E il antico can. 1683 è adesso il can. 1680 § 4: Se nel grado di appello viene introdotto un nuovo capo di nullità del matrimonio, il tribunale lo può ammettere e su di esso giudicare come se fosse in prima istanza”. È chiaro che si tratta di un'eccezione al principio generale secondo cui non c'è spazio per un cambiamento della *causa petendi* in appello.

⁵⁸ F. HEREDIA ESTEBAN, *Cambio y ampliación de la “causa petendi” en el proceso, a la luz de la conformidad equivalente de sentencias*, in *Procesos matrimoniales canónicos*, Madrid, Dykinson, 2014 («Asociación Española de Canonistas»), pp. 141-156.

e prove.⁵⁹ Queste acquisizioni giurisprudenziali sono state accolte nell'Istr. *Dignitas connubii*, all'art. 291 § 2: «*Si considerano equivalentemente ossia sostanzialmente conformi le decisioni che, benché indichino e determinino il capo di nullità con una diversa denominazione, tuttavia si fondano sui medesimi fatti che hanno causato la nullità di matrimonio e sulle medesime prove*». Questo approfondimento giurisprudenziale permise il superamento di un'interpretazione eccessivamente formalistica degli elementi dell'azione e del processo di nullità matrimoniale, che rendeva più ardua la ricerca della verità oggettiva.

Nell'articolo appena menzionato fu data preminenza ai fatti che causano la nullità del matrimonio (*causa petendi*), che ottengono così maggior rilievo rispetto al *nomen iuris* (denominazione tecnica), riconoscendo che è possibile il concorso tra fatti che rendono nullo il matrimonio e classificazioni giuridiche diverse. Si restituì così alla *causa petendi* quel ruolo da protagonista che aveva perso a vantaggio della catalogazione tecnica formale dei capi di nullità.⁶⁰ La *causa petendi* racchiude i fatti sui quali l'attore rivendica il diritto, e che ha un significato maggiore del semplice *nomen iuris* o catalogazione tecnico-giuridica.⁶¹ Questi fatti costituiscono l'oggetto essenziale del processo, mentre la norma invocata o il capo di nullità rappresenta la prospettiva giuridica in cui quei fatti sono esaminati, motivo per cui l'identità di una causa non cambia quando gli stessi fatti giuridici sono analizzati nella prospettiva, ad esempio, di due diversi capi di nullità.⁶²

⁵⁹ È stata posta la domanda se il processo di nullità matrimoniale è basato sul capo di nullità o sul fatto giuridico. In questo contesto è chiara la posizione tenuta da Mons. Grzegorz Erlebach, per il quale, nell'odierno giudizio contenzioso ordinario, diretto discendente del processo medievale solenne, la *causa petendi* è direttamente riconducibile al fatto giuridico. Invece nel processo di nullità matrimoniale, che è un processo speciale, la *causa petendi* è divenuta nel corso dei secoli il capo di nullità. Di conseguenza nel processo di nullità matrimoniale la conformità delle sentenze era basata sulle loro parti dispositive, cioè sui capi di nullità. Invece quella conformità che inizialmente era chiamata "sostanziale" e poi equivalente, basandosi sul fatto giuridico, era un'eccezione. In quest'ultimo caso, per ragioni di economia e di celerità processuale, in via eccezionale come base di conformità, è stato accettato il meccanismo tipico del contenzioso ordinario. Cfr. coram Erlebach, decr. diei 14 decembris 2006, «*Ius Ecclesiae*» 19 (2007), pp. 627-635, e il relativo commento di G. VARRICCHIO, *Problemi interpretativi ed applicativi della "conformità equivalente"*, «*Ius Ecclesiae*» 19 (2007), pp. 635-655.

⁶⁰ Provocando un'identificazione forzata tra il *nomen iuris* e il capo di nullità, concedendo così un'eccessiva preponderanza del formalismo processuale.

⁶¹ Solo le parti possono proporre fatti che, a loro avviso, dimostrano una possibile causa di nullità. La preminenza della volontà delle parti è la conseguenza di principi giuridici non derogabili: *nemo iudex sine actore*, ma anche *nemo iudex in causa propria*. Il principio *nemo iudex sine actore* è incluso nel can. 1501 CIC e nell'art. 114 DC: «Il giudice non può prendere in esame alcuna causa se non gli venga presentata domanda da parte di chi, a norma degli artt. 92-93, ha il diritto di impugnare il matrimonio (cf. can. 1501)».

⁶² A livello dottrinale, questa tematica fu affrontata da diversi canonisti. Mons. Joaquín Llobell spiegò ad esempio il fenomeno della conformità (formale o equivalente) principalmente sulla base del fatto giuridico, ritenendolo dominante rispetto al capo di nullità, pro-

Alle parti spetta lo *ius/onus* di indicare i fatti a supporto della loro petizione, in specie della *causa petendi*.⁶³ È del giudice invece l'onere di stabilire la formulazione definitiva del capo di nullità.

La prassi del Tribunale della Rota, nel rispetto del diritto di difesa delle parti, permette al giudice di modificare i capi di nullità precedentemente fissati nel dubbio, purché le parti si dichiarino d'accordo o che almeno sia data loro la facoltà di manifestare la loro volontà. Il loro consenso è sottinteso qualora le parti, una volta conosciuti i termini stabiliti dal decreto di modifica, non manifestino la loro contrarietà.⁶⁴ L'analisi giurisprudenziale d'altronde ha sempre respinto che la modifica sia operata *ex officio inauditis partibus*⁶⁵ cioè all'insaputa delle parti,⁶⁶ poiché ciò rende-

ponendo di ripensare tutto il sistema del processo di nullità matrimoniale proprio tenendo presente il carattere dominante del fatto giuridico rispetto al capo di nullità. Cfr. J. LLOBELL, *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di "conformitas aequipollens" fra i capi di "accusa" nelle cause di nullità del matrimonio*, «Ius Ecclesiae» 15 (2003), pp. 615-656; ID., *La modificación "ex officio" de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instrucción "Dignitas connubii"*, «Ius canonicum» 46 (2006), pp. 139-176; ID., *La conformidad equivalente de dos decisiones en las causas de nulidad del matrimonio. Ulteriores consideraciones*, «Revista Española de Derecho Canónico» 64 (2007), pp. 131-168; ID., *Prospettive e possibili sviluppi della Dignitas Connubii. Sull'abrogazione dell'obbligo della doppia sentenza conforme*, «Periodica de re canonica» 104 (2015), pp. 237-284; ID., *Cuestiones acerca de la apelación y la cosa juzgada en el nuevo proceso de nulidad del matrimonio*, «Anuario de derecho canónico. Revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV» 1 (2016), pp. 53-96.

⁶³ Il libello deve contenere le ragioni per le quali il matrimonio fu impugnato, anche se non necessariamente palesate in termini tecnici. Spetta al giudice esprimere in termini idonei quanto richiesto dalle parti e quindi a stabilire il *nomen iuris* e la *causa petendi* al momento di determinare la formula del dubbio, però mai in modo arbitrario o senza la partecipazione delle parti. La funzione del giudice di attribuire un nome legale alla *causa petendi* si evince nei tradizionali aforismi: *da mihi factum, dabo tibi ius; iura novit curia*.

⁶⁴ Non possiamo dimenticare che le cause matrimoniali riguardano il bene pubblico della Chiesa e che il giudice deve supplire d'ufficio alla negligenza delle parti ogniqualvolta lo ritenga necessario per evitare una sentenza ingiusta (cfr. art. 71 DC, can. 1452 e can. 1691 CIC). Questa ampia discrezionalità del giudice nello stabilire l'oggetto su cui dovrà essere pronunciata la sentenza è sempre rispettosa del diritto alla difesa delle parti, poiché possono contestare la qualificazione giuridica fatta dal giudice sia all'inizio del processo come nelle fasi successive (cfr. art. 135 § 4 e 136 DC).

⁶⁵ *Coram* Turnaturi, *decr. diei 7 decembris 2000, Mexicana*; B.Bis 111/00: *Neque processuale iter mutari potest nova dubii concordatione (ex officio) absque notificatione rite partibus facta*. Cfr. *Coram* Stankiewicz, *decr. diei 29 martii 1996, Bangaloren*; B.Bis21/96. *Coram* Burke, *decr. diei 4 iunii 1998; Parisien*; B.Bis 49/98.

⁶⁶ Cf. J. J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, ed. 3, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia, 1995, pp. 239-240; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, Trivium, 1999, p. 814; J. LLOBELL, *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas Connubii. El valor jurídico de la DC. Objeto y conformidad de la sentencia*, Pamplona, EUNSA, 2006, p. 265. J. LLOBELL, *La modificación "ex officio" de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instrucción "Dignitas connubii"*, «Ius ca-

rebbe il giudice una parte, pregiudicandone la sua imparzialità e indipendenza.

Per maggiore chiarezza, se il giudice procedesse *inauditis partibus*, il nuovo decreto di concordanza del dubbio sarebbe nullo, a meno che le parti, successivamente informate, non si opporranno. La finalità di questa sanazione è spiegabile col cosiddetto contraddittorio posticipato, utilizzato nella civilistica.⁶⁷

La posizione che ritiene che il dubbio generico abbia un contenuto onnicomprensivo implicitamente riconosce che il viaggio congiunto che *causa petendi* e *nomen iuris* intraprendono all'inizio del processo non sia necessariamente coincidente e quindi che la formulazione semplificata rappresenti un vantaggio che velocizza la procedura. Ogni cambiamento della *causa petendi* influenzerà logicamente il *nomen iuris*, ma non necessariamente il contrario. Sarebbe contrario alla finalità del processo, che è sempre la ricerca della verità, un rigido formalismo che non metta in primo piano i fatti o che sia troppo dipendente dalla qualificazione giuridica.

Di fondamentale importanza è la raccolta delle prove, nelle quali si individueranno fatti secondari che consentiranno di verificare i fatti irritanti principali. Le parti private, il difensore del vincolo e il giudice valuteranno le tavole processuali criticamente nell'ambito dei capi di nullità stabiliti nel dubbio. Le parti private lo faranno attraverso le loro memorie e il difensore del vincolo attraverso le sue osservazioni. È possibile e usuale che i risultati delle singole valutazioni siano diversi fra loro, se non addirittura antitetici. Spetta solo al giudice, dopo una analisi critica, conforme ai criteri probatori dell'ordinamento canonico, considerare provati alcuni fatti rispetto ad altri. I fatti irritanti comprovati sono sussunti in una qualificazione giuridica tipicizzata dal legislatore, corrispondente ai capi di nullità precedentemente determinati nella formula del dubbio.

I fatti materiali (secondari) dimostrano l'esistenza di fatti (principali) quando, dopo un'attenta analisi e valutazione critica, il tribunale li ritiene provati e sono causa della nullità del matrimonio. Questo esercizio critico il giudice lo manifesta redigendo la motivazione della sentenza.

La posizione che sostiene il contenuto onnicomprensivo del dubbio generico ritiene che ciò che può cambiare dinanzi al Tribunale della Rota è il *nomen iuris* o qualificazione giuridica, ma mai la *causa petendi* (i fatti irritanti).⁶⁸

nonicum» 46 (2006), pp. 139-176; J. LLOBELL, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, p. 225.

⁶⁷ Cfr. A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, CEDAM, 2006.

⁶⁸ È necessario tuttavia sottolineare che l'estensione o la modifica della *causa petendi* deve seguire, in tutti i casi, l'iter procedurale che corrisponde a qualsiasi richiesta di nullità ma-

Ne consegue che il Turno può attribuire al fatto che rende nullo il matrimonio un *nomen iuris* diverso da quello già fissato nelle istanze precedenti, che ciò non pregiudicherebbe i fatti, ma solo la loro qualificazione giuridica.

In realtà, così agendo, il Tribunale darebbe comunque adito ad una modifica del dubbio che può essere cambiato solo su richiesta di una delle parti, sebbene eccezionalmente il giudice possa farlo d'ufficio, ma mai tenendo all'oscuro le parti.⁶⁹ L'articolo 291 § 3 DC collega il divieto contenuto nell'art. 136 DC col rispetto del diritto alla difesa. Potrebbe certamente accadere che il Tribunale ritenga che i fatti principali offerti dalle parti nella *causa petendi* possano determinare una risposta affermativa per un altro capo di nullità, non contenuto nella formula del dubbio. Anche se ciò accadesse, il tribunale non potrebbe introdurre il nuovo capo senza una richiesta o un assenso formale.

Nella attuale prassi della Rota accade che alcuni patroni indirizzino al Giudice ponente una domanda (*Instantia pro citatione et dubii concordatione*) per sollecitare la concordanza del dubbio generico, indicando anche i capi di nullità concordati nella istanza o nelle istanze precedenti. Nello specifico, si tratta di indicare i capi di nullità che sono proceduralmente ancora suscettibili di essere trattati in seconda o successiva istanza, ad es.: *Visa formula dubii in prima instantia statuta: ob exclusionem boni fidei ex parte viri etc.* In realtà, la necessità di indicare i capi di nullità già trattati nelle istanze precedenti risulta anche dalla lettura del cosiddetto "foglio di pendenza", perciò potrebbe non essere essenziale che il patrono indichi al giudice quali siano i capi da trattare.⁷⁰

Nella medesima domanda, i patroni delle parti concludono richiedendo la formulazione generica del dubbio (*Instat, ut, attento Rescripto ex Audientia SS.mi diei 7 decembris 2015... "An constet de matrimonii nullitate, in casu"*). Come di prassi, il Ponente dapprima invia l'istanza della parte al difensore del vincolo e, ricevuto il suo parere, fissa sì il dubbio nella forma generica, ma alcuni Ponenti nel decreto includono, nella parte espositiva, i capi formalmente concordati nelle istanze precedenti e che saranno pertanto oggetto di

trimoniale. Stessa cosa si potrebbe asserire rispetto alla modifica del *nomen iuris* della stessa *causa petendi*. Sarà proprio l'analisi di questi fatti a suggerire la necessità o meno di procedere ad ampliare il contenuto della formula del dubbio con un nuovo *nomen iuris* (can. 1514) e, in tal modo, evitare una sentenza ingiusta (can. 1452 § 2).

⁶⁹ Cf. J. LLOBELL, *La modificación "ex officio" de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instrucción "Dignitas connubii"*, «Ius canonicum» 46 (2006), pp. 139-176.

⁷⁰ Qualche volta capita invece che nella sentenza appellata sono stati trattati diversi capi, di cui alcuni risultano completamente infondati. In tal caso sarebbe utile che il Ponente domandi alla parte o piuttosto al patrono, quali capi debbano essere trattati, invitando implicitamente la parte a rinunciare ai capi inappropriati.

analisi dal Tribunale della Rota. Il decreto è notificato alle parti e al difensore del vincolo, concedendo termini per un eventuale ricorso.

Riguardo alla necessità di depositare un'istanza "pro citatione et dubii concordatione" è anche presente nell'attuale prassi della Rota la posizione di chi la consideri anacronistica, ritenendo più opportuno l'emissione d'ufficio del decreto di concordanza del dubbio generico.

Anche quando i patroni presentano l'istanza per la modifica del dubbio precedentemente concordato, chiedendone la riduzione o l'ampliamento con un capo di nullità da giudicare *tamquam in prima instantia*, essa è parimenti inviata al difensore del vincolo affinché manifesti le sue osservazioni. Solo una volta ottenuta la risposta dalla parte pubblica, il Turno ammette o meno la richiesta della parte: «*Viso voto R.D. Vinculi Defensore die 22 octobris exhibito; Perpensis can. 1680, 4 et art. 55, 2 NRRT; agnoscentes instantiam Cl.mi Patroni partis actricis fundamentum obtinere, infrascripti Patres Auditores de Turno statuerunt: Admittendum esse, tamquam in prima instantia, caput exclusionis prolis ex utraque parte. Perpenso insuper art. II.I Rescripti ex audientia SS.mi diei 7 decembris 2015, dubium sententia definitiva hac in instantia solvendum ponitur ista sub formula: An constet de matrimonii nullitate, in casu*». ⁷¹ Anche nel decreto di un altro Turno si affermava: «*Audito R. D. Defensore Vinculi N.A.T., et ad normam can. 1680 § 4, Infrascripti Patres Auditores de Turno quaestioni respondendum esse censuerunt sicut et respondent: Adfirmative seu caput gravis defectus discretionis iudicii in Viro Actore admittendum esse, et reapse statui, tamquam in prima instantia disceptandum*». ⁷²

Nonostante che le norme rotali stabiliscano all'art. 55, § 2 che compete al Turno l'ammissione di un nuovo capo di nullità, la prassi attuale consente *praeter legem*, che il Ponente possa ammettere un nuovo capo di nullità, ovviamente dopo aver chiesto il voto del Difensore del vincolo e aver informato l'altra parte, ad. es.: «*Admittenda esse, tamquam in prima instantia, capita nullitatis ob defectum discretionis iudicii et ob incapacitatem onera coniugalia assumendi ex parte mulieris actricis...*»; ⁷³ e un altro: «*Infrascriptus decernit praefatum novum caput nullitatis ob defectum discretionis iudicii ex parte viri conventi, tamquam in prima instantia, admitti...*». ⁷⁴ Ci sono tanti altri decreti dei Ponenti che dispongono in modo simile. ⁷⁵

Qualora il Ponente respinga la richiesta di modifica del dubbio, la parte gode del diritto di interporre ricorso al Turno, che potrà ammetterlo o respingerlo: «*Visa instantia Cl.mae Patronae ex officio partis actricis diei... qua*

⁷¹ *Coram Caberletti, decr. diei 10 aprilis 2018, Reg. Pedemontani seu Cuneen; B.Bis 125/2018.*

⁷² *Coram Jaeger, decr. diei 25 ianuarii 2018, Portlanden. in Oregon; B.Bis 8/2018.*

⁷³ *Coram Da Costa Gomes, decr. diei 4 decembris 2018, Coslinen.-Colubregana; Prot. N. 23.246.*

⁷⁴ *Coram Heredia Esteban, decr. diei 24 novembris 2020, Lodzien; Prot. N. 23.922.*

⁷⁵ Cfr. *Coram Arellano, decr. diei 8 iulii 2020, Nitrien; Prot. N. 24.001, e Coram Golebiowski, decr. diei 21 iulii 2020, Sedinen.-Caminen.; Prot. N. 24.056.*

expetebatur admissio, tamquam in prima instantia... perlectis can. 1680 4, Art. 55, 2 NRRT Rescripto ex audientia Summi Pontificis Francisci diei 7 decembris 2015; attento quod ex allatis non constat de sufficienti fumo boni iuris pro novo capite addendo; Infrascripti decernunt: Negative, seu novum caput non esse admittendum».⁷⁶

In caso di ammissione dal Ponente del capo di nullità richiesto, ad esempio dalla parte attrice, da trattare *tamquam in prima instantia*, potrebbe essere il patrono di parte convenuta ad impugnare il decreto. In questo caso il Turno, qualora confermi l'ammissione, rigetterà l'istanza interposta dalla parte convenuta: «*Cum patrona viri actoris petierit ut novum caput nullitatis tamquam in prima instantia... cum petitio patronae partis actricis fumo boni iuris gavisa sit... cum novum caput nullitatis, collatis consiliis, decreto diei... tamquam in prima instantia admissum sit... cum patronus partis conventae adversus praefatum decretum ad Turnum die... recurrerit... Infrascripti Patres... respondent: Negative, seu recursum admittendum non esse...*».⁷⁷

Questa prassi del Tribunale della Rota Romana indica continuità con la precedente giurisprudenza sul dubbio generico, perché conferma che per ogni modifica, mediante l'ammissione o rinuncia di un nuovo capo di nullità, è sempre richiesta l'iniziativa di parte, con la relativa comunicazione all'altra parte e al difensore del vincolo. Tale procedura, garantita anche per la formulazione del dubbio generico, tutela lo *ius defensionis* e quindi consente alle parti di presentare nuove prove e intervenire attivamente nel contraddittorio attraverso gli scritti di difesa e le richieste istruttorie. La sentenza si pronuncerà tassativamente sui capi di nullità così stabiliti.

Le situazioni processuali che si possono presentare dal punto di vista della teoria onnicomprensiva del dubbio sono però molteplici. Supponiamo che l'attore abbia ottenuto in prima istanza un esito negativo e interponga appello al Tribunale della Rota che, di conseguenza, fissa il dubbio nella forma generica, richiamando i capi di nullità riferiti esclusivamente all'attore. Istruita la causa e convocato il Turno per la decisione, potrebbero emergere fatti ovvero gravi indizi di nullità matrimoniale su un potenziale capo di nullità riferibile alla convenuta, ma mai concordato in precedenza. In questo caso, il Turno potrebbe chiedere un *dilata ut compleantur acta*. Dopo tale decreto, il patrono dell'attore potrebbe richiedere una nuova istruzione su alcune situazioni inerenti la convenuta e, una volta assunta e comunicata alla controparte e al difensore del vincolo, il Turno potrebbe dichiarare la nullità per il capo mai formalmente concordato. In linea di principio, dato il contenuto

⁷⁶ *Coram Todisco, decr. diei 26 septembris 2019, Int. Parthenopeii seu Surrentina-Castri Maris; B.Bis 100/2019.*

⁷⁷ *Coram Salvatori, decr. diei 9 octobris 2019, Inter-Eparchialis Graecorum Melkitarum; B.Bis 109/2019.*

onnicomprensivo della formula generica, non sarebbe necessaria una riformulazione del dubbio già concordato. In questo caso, lo *ius defensionis* sarebbe pienamente garantito alle parti e al difensore del vincolo perché hanno avuto tutti la possibilità di conoscere i fatti di causa, esercitare il diritto di argomentare e scambiare le rispettive posizioni.

Secondo questa visione, il ritorno all'antica formula del dubbio non comporta nel caso specifico una continuazione coi parametri fissati dalla precedente giurisprudenza, ma risponde alle nuove esigenze della società contemporanea ovvero quella di prestare maggior attenzione alla realtà fattuale piuttosto che a quella formale. È importante però che i giudici, ogni qualvolta individuino fatti che sostengano un capo di nullità non indicato nella formula del dubbio ovvero non trattato nei gradi precedenti, curino che non venga meno il diritto di difesa, garantendo alle parti la conoscibilità dei fatti e una discussione sulla loro portata.

Un'altra opzione per la visione onnicomprensiva del dubbio generico si ha quando una causa giudicata negativamente in primo grado su un capo riferito all'attore sia impugnata davanti alla Rota Romana dove, dopo l'istruttoria, il Turno convocato per decidere concluda con un «*Dilata et ad mentem. Mens autem Turni est: investigari oportere etiam circa psychicam incapacitatem forte in muliere conventa*». ⁷⁸ Ricevuta la decisione del Turno, il patrono dell'attore sarà legittimato a presentare una nuova richiesta istruttoria incentrata sulla convenuta e con riferimento ad un capo di nullità mai concordato. Informata la parte convenuta e il difensore del vincolo, e fatta una nuova istruttoria, la causa potrebbe comunque concludersi con un giudizio negativo o positivo sia per i capi concordati sia per il capo non concordato, ma che si intende inserito nella formulazione del dubbio generico. In questo caso, la proposta del nuovo capo di nullità non è nata dall'iniziativa delle parti, ma – dopo lo studio degli atti – da parte del Turno in fase decisionale. Anche in caso di sentenza negativa, il contraddittorio e lo *ius defensionis* restano garantiti, perché il tutto è avvenuto mettendo a conoscenza le parti private e pubblica. ⁷⁹

Sebbene ancora pochi, alcuni canonisti già si sono espressi sul contenuto del dubbio generico. In primo luogo, mi riferisco a Mons. Gianpaolo Montini che, dopo aver ricordato che una formulazione semplice, nella storia del Tribunale della Rota romana, «*aveva sempre un contenuto specifico [...] si*

⁷⁸ *Coram Viscome, decr. diei 29 martii 2019, Reg. Insubris seu Brixien.*; Prot. N. 23.314.

⁷⁹ Questa causa, pur permettendo di verificare l'applicazione di un'interpretazione ampia della portata della formula generica del dubbio, tuttavia apre un possibile dibattito su cosa significhi concretamente "verità fattuale" ovvero se la "verità fattuale" possa essere identificata o meno con l'accezione di *causa petendi* così come identificata in dottrina e giurisprudenza. Si tratta di sfumature che potrebbero andare oltre la relazione tra *nomen iuris* e "verità fattuale", perché potenzialmente idonee ad aprire le porte ad una nuova *causa petendi*.

riferiva [...] non solo al *petitum*, ma anche alla *causa petendi*, composta da capi legittimamente appellati [...] nonché da capi riassunti o eventualmente introdotti *tamquam in prima instantia*»,⁸⁰ indica che uno dei possibili vantaggi del dubbio generico risiede nel liberare gli Uditori rotali dalle catene imposte da una concordanza del dubbio non consona: «Non si può negare che la formula generica nella Rota Romana possa avere ragioni a favore, quali, per esempio, sganciare i giudici rotali dalla necessità di seguire pedissequamente in appello capi di nullità concordati in primo grado in modo errato e a volte fantasioso, oppure riconoscere che i giudici rotali hanno una qualificazione e una preparazione che consente loro di sganciarsi dalla guida sicura del dubbio concordato». ⁸¹ Tuttavia, con grande acume nota gli svantaggi che potrebbe arrecare il dubbio generico trattato in sentenze che dovrebbero essere di guida per i tribunali locali: «Non si tiene però sufficientemente conto con questa innovazione non solo dei pericoli e delle derive, ma soprattutto che la Rota Romana deve essere guida e esempio con le sue decisioni per i tribunali locali (cf. art. 126 PB)». ⁸²

In tal senso, anche il professor Carlos Errázuriz Mackenna, pur riconoscendone il vantaggio in termini di agilità, e pur tenendo conto della professionalità del Tribunale della Rota romana, avverte della necessità di salvaguardare i diritti delle parti: «Nella Rota romana è stata reintrodotta una formulazione più ampia del dubbio; tale ampliamento che consente di accorciare i tempi nell'ambito di un processo a quel livello, il che è molto auspicabile, non potrà ovviamente avvenire a scapito dei diritti delle parti e del difensore del vincolo a far valere le loro ragioni e prove su tutto ciò che sarà oggetto della decisione giudiziale». ⁸³

Il canonista Ricardo Bazán Mogollón invece sostiene che il dubbio generico non implica una rottura con la tradizione precedente, poiché i giudici devono giudicare i capi concordati nelle istanze precedenti o formalmente introdotti per essere giudicati *tamquam in prima instantia*. Egli ritiene che il dubbio generico non può essere inteso in senso onnicomprensivo poiché, a suo avviso, l'oggetto del processo non può restare indeterminato, perché comporterebbe conseguenze dannose agli interessi delle parti e alla corretta raccolta delle prove. Comporterebbe anche il potenziale rischio di emettere una sentenza che vada oltre quanto richiesto dalle parti. Egli sostiene fortemente che il dubbio generico debba sempre essere inteso con riferimento ai capi di nullità precedentemente determinati, altrimenti produrrebbe disorientamento sia nella raccolta delle prove che nel momento di assumere una decisione da parte dei giudici, danneggiando la certezza del diritto garantita

⁸⁰ G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II Pars dynamica*, cit., p. 225.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario*, cit., pp. 225-226.

⁸³ C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, cit., p. 585.

nei procedimenti giudiziari.⁸⁴ Pur nella fermezza della sua esposizione, egli tuttavia dichiara: «*Desde luego, se trata de una cuestión que no es fácil de resolver hasta que sean promulgadas las nuevas Normas de la Rota Romana [...]. Mientras tanto, consideramos que el Rescripto del 7-12-2015 [...], volviendo en este punto a las Normas RR de 1934, normas que a su vez no excluyen que la fórmula de las dudas pueda indicar el capítulo o los capítulos de nulidad por los que se impugna el matrimonio, como se puede deducir de la lectura conjunta del entonces art. 77*». ⁸⁵ In realtà, la prassi abituale è quella di indicare nel decreto di concordanza del dubbio generico con esattezza e precisione i capi di nullità invocati nelle istanze precedenti.

Una posizione abbastanza divergente dalle precedenti è quella proposta da Mons. Manuel Jesús Arroba Conde che non esita ad affermare che l'introduzione nel Tribunale della Rota romana del dubbio generico consente ai giudici di ritrovare nelle prove assunte nelle istanze precedenti titoli giuridici diversi da quelli già fissati o introdurre altri (sulla base degli stessi fatti) senza la necessità di modificare il decreto di fissazione del dubbio: «*Il Pontefice ha concesso che, nell'istanza rotale di appello, il dubium possa formularsi in forma generica [...] la misura è coerente con la missione che si affida alle sentenze rotali [...], poiché permette che i fatti trattati nelle precedenti istanze possano essere qualificati in formule giuridiche più corrette o adeguate al caso, senza introdurre formalmente un nuovo capo di nullità, come deve invece farsi se l'appello si svolge presso un tribunale territoriale*». ⁸⁶

5. CONCLUSIONE

La formula del dubbio determina l'oggetto del giudizio o del processo. In questo modo, il giudice potrà guidare l'attività istruttoria, conformemente al dubbio concordato. Non sfugge che le norme rotali del 1934, che stabilirono formalmente il dubbio generico, erano concise e fissavano una formulazione specifica dell'oggetto del processo, senza consentire una visione onnicomprensiva. La reintroduzione della forma generica non rompe con la tradizione, perché di fatto opera sui capi concordati nelle istanze precedenti.

Le conseguenze procedurali che derivano da una visione onnicomprensiva del dubbio potrebbero condurre ad una indeterminatezza dell'oggetto del processo, che potrebbe sfuggire all'iniziativa delle parti, invischiando la terzietà del giudice, sebbene si affermi che ciò che interessa sono i fatti giuridici e non il *nomen iuris* a questi attribuiti. A nostro avviso, una visione on-

⁸⁴ R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M.p.* "Mitix Iudex Dominus Iesus", cit., pp. 290-298 e p. 304.

⁸⁵ R. BAZÁN MOGOLLÓN, *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M.p.* "Mitix Iudex Dominus Iesus", cit., p. 298.

⁸⁶ M. J. ARROBA CONDE, C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale*, cit., p. 49, n. 42.

nicomprendensiva esporrebbe il fianco a potenziali nullità delle sentenze per lesione del diritto alla difesa o perché emesse *extra petitum*. Una tale posizione comporterebbe un eccessivo assoggettamento del giudice all'accettazione di tutte le istanze delle parti, proprio per timore di esporsi a potenziali lesioni del diritto di difesa.

La prassi di intendere il dubbio generico in senso ampio, anche quando garantisca il diritto di difesa e il contraddittorio, sicuramente accelera la procedura in vigore in caso di modifica o ampliamento del dubbio. Ma è veramente questa la novità che l'introduzione del dubbio generico porta con sé? L'obiettivo del processo è di conoscere la verità ed è per questo motivo che riteniamo che la formulazione generica del dubbio, intesa come è sempre stato nella costante giurisprudenza della Rota *restituta*, è oggetto di garanzia e sicurezza giuridica per le parti nel legittimo esercizio dei loro diritti all'interno del contraddittorio nonché di celerità e ragionevole durata del processo. È però ancora doveroso ricordare che, riguardo all'uso della formula generica, siamo di fronte ad una questione aperta, che non gode di un'unanime ricezione, anche perché si è ancora in attesa di conoscere quali saranno le nuove norme rotali che ne concretizzeranno l'applicazione.⁸⁷

Abbiamo focalizzato la nostra attenzione solo su alcuni aspetti relativi allo svolgimento della causa in un determinato grado di giudizio, ma esistono anche altre problematiche legate al giudicato formale presso la Rota Romana (e quindi al diritto di appello e alla doppia sentenza conforme), alla *nova causae propositio* o all'ordine sistematico.⁸⁸ Sono tutte questioni che la prassi della Rota e la giurisprudenza rotale dovranno approfondire.

BIBLIOGRAFIA

- ARROBA CONDE M. J., IZZI C., *Pastorale giudiziaria e prassi processuale*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2017, p. 49, n. 42.
- BAZÁN MOGOLLÓN R., *La fórmula de las dudas: marco general, cuestiones preliminares y regulación en el sistema del M.p. "Mitix Iudex Dominus Iesus"*, Roma, EDUSC, 2019, pp. 290-294.
- CERCHIARI E., *Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores Causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870. Relatio Historica-Iuridica. Documenta*, vol. I, Romae, 1919, pp. 5-8.
- CHABOD F., *L'idea di Roma*, in ID., *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896*, Bari, Laterza, 1951, pp. 179-323.
- DEL POZZO M., LLOBELL J., MIÑAMBRES J. (a cura di), *Commento alle Norme della Ro-*

⁸⁷ È auspicabile che le nuove Norme rotali affrontino con chiarezza la procedura per l'eventuale ammissione dei nuovi capi di nullità.

⁸⁸ Ad esempio affrontando la differente modalità processuale, afferente alla determinazione dell'oggetto di giudizio, tra tribunali locali e il Tribunale della Rota Romana.

- ta Romana del 18 aprile 1994, Norme procedurali canoniche commentate*, Roma, Coletti a San Pietro, 2013, p. 185, art. 55.
- ERLEBACH G., *La antica formula “An constet de matrimonii nullitate, in casu” e l’estensione dell’oggetto di giudizio*, in *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018 («*Annales doctrinae et iurisprudentiae canonicae*» 6), pp. 35-69.
- ERRÁZURIZ MACKENNA C. J., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 584-585.
- FALCONE F., *Actio e Ius: l’evoluzione del concetto di azione nell’ordinamento canonico tra il Codice del 1917 e il Codice del 1983*, «*Ius Ecclesiae*» 25 (2013), pp. 339-362.
- GARCÍA FAÍLDE J. J., *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, ed. 3, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia, 1995, pp. 239-240.
- GHIRLANDA G., *Il Ministero petrino*, «*La Civiltà cattolica*» quaderno 3906 (2013), pp. 549-562.
- GULLO C., PALOMBI R., *La procedura presso il Tribunale della Rota Romana*, in BONNET P. A., GULLO C. (a cura di), *Le “Normae” del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997 («*Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*» 21), pp. 172-173.
- HEREDIA ESTEBAN F., *Cambio y ampliación de la “causa petendi” en el proceso, a la luz de la conformidad equivalente de sentencias*, in *Procesos matrimoniales canónicos*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 141-156 («*Asociación Española de Canonistas*»).
- JEMOLO A. C., *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi, 1948.
- KILLERMANN S., *Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit*, Frankfurt am Main, Lang, 2011 («*Adnotationes in Ius Canonicum*», 46).
- LEFEBVRE C., *La procédure du tribunal de la Rote romaine au XVII^e siècle d’après un manuscrit inédit*, «*L’année canonique*» 5 (1957), p. 152.
- LEGA M., *Praelectiones in textum iuris canonici. De iudiciis ecclesiasticis. De iudiciis ecclesiasticis civilibus*, vol. I, ex Typographia Polyglotta, Romae 1905, p. 373, n. 421.
- LLOBELL J., *Cuestiones acerca de la apelación y la cosa juzgada en el nuevo proceso de nulidad del matrimonio*, «*Anuario de derecho canónico. Revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV*» 1 (2016), pp. 53-96.
- , *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l’incidenza sul medesimo del concetto di “conformitas aequipollens” fra i capi di “accusa” nelle cause di nullità del matrimonio*, «*Ius Ecclesiae*» 15 (2003), pp. 615-656.
- , *La conformidad equivalente de dos decisiones en las causas de nulidad del matrimonio. Ulteriores consideraciones*, «*Revista Española de Derecho Canónico*» 64 (2007), pp. 131-168.
- , *La modificación “ex officio” de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instrucción “Dignitas connubii”*, «*Ius canonicum*» 46 (2006), pp. 139-176.
- , *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, p. 225.
- , *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas Connubii. El valor jurídico de la DC. Objeto y conformidad de la sentencia*, Pamplona, EUNSA, 2006, p. 265.
- , *Prospettive e possibili sviluppi della Dignitas Connubii. Sull’abrogazione dell’obbligo della doppia sentenza conforme*, «*Periodica de re canonica*» 104 (2015), pp. 237-284.

- MARANDOLA A., *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, CEDAM, 2006.
- MAROTTA S., *La questione romana*, in A. MELLONI (a cura di), *Cristiani d'Italia, Chiese, società, stato, 1861-2011*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2011, pp. 641-654.
- MARTINA G., *Pio IX (1851-1866)*, Roma, Pontificia Editrice Università Gregoriana, 1986, pp. 85-152.
- MARTINA G., *Pio IX (1867-1878)*, Roma, Pontificia Editrice Università Gregoriana, 1990, pp. 233-282.
- MONTINI G. P., *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II Pars dynamica* [Editio quinta. Ad usum Auditorum], Romae, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2020, pp. 224-226.
- MORI R., *La questione romana 1861-1865*, Firenze, Le Monnier, 1963.
- , *Il tramonto del potere temporale 1866-1870*, Roma, Storia e Letteratura, 1967.
- OCHOA X. (a cura di), *Facultates extraordinariae Decano Sacrae Romanae Rotae concessae, Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, vol. II, Romae, Ediurcla, 1969, p. 3092, n. 2309, 1 e 3.I.
- OCHOA X. (a cura di), *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, vol. IV, Romae, Ediurcla, 1974, p. 5558, n. 3752, 1.
- PANIZO ORALLO S., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, Trivium, 1999, p. 814.
- PERTICI R., *Chiesa e Stato in Italia: dalla grande guerra al nuovo concordato (1914-1984)*, Bologna, il Mulino, 2009.
- VARRICCHIO G., *Problemi interpretativi ed applicativi della "conformità equivalente", «Ius Ecclesiae»* 19 (2007), pp. 635-655.

QUALIFICAZIONE DI FATTO STORICO
E *CAPUT NULLITATIS*
NEL PROCESSO CANONICO

QUALIFICATION OF HISTORICAL FACT
AND “CAPUT NULLITATIS” IN THE CANONIC PROCESS

PAOLO GIUSEPPE MARIA LOBIATI*

RIASSUNTO · Il fine ultimo del processo di nullità matrimoniale coincide con il fine supremo dell’ordinamento canonico: la salvezza delle anime. In vista di esso, per evidenziare l’intento di comprendere il vissuto integrale del fedele, parte della giurisprudenza sottolinea l’importanza del recupero della formula “generica” di *nullitas ob defectum consensus* senza ulteriore specificazione del capo di nullità, elemento su cui si richiede una ulteriore riflessione. In tale ottica si ritiene utile ed opportuno recuperare nel sillogismo probatorio anche la distinzione, che a molti può sembrare pleonastica o addirittura desueta, tra *causa petendi proxima* (ad indicare il *caput nullitatis*) e *causa petendi remota* (ad indicare i fatti storici da disvelare): essa infatti, non costituisce un mero esercizio formalistico ma aiuta il giudice a comprendere correttamente la nozione di capo di nullità, evitando così l’eccessivo formalismo, che impedisce la comprensione corretta dei fatti per il raggiungimento della verità, o l’exasperato empirismo che si allontana da qualsiasi classificazio-

ABSTRACT · The ultimate purpose of the marriage nullity processes coincides with the supreme aim of the canonical order: the salvation of souls. In view of it, to highlight the intent to understand the integral experience of the faithful, part of the jurisprudence underlines the importance of recovering the “generic” formula of *nullitas ob defectum consensus* without further specification of the ground of nullity, an element on which it is requested a further reflection. In this perspective, it is considered useful and appropriate to recover in the probative syllogism also the distinction, which to many may seem pleonastic or even obsolete, between *causa petendi proxima* (to indicate the *caput nullitatis*) and *causa petendi remota* (to indicate the historical facts to be disclosed): in fact, it does not constitute a mere formalistic exercise but helps the judge to correctly understand the notion of the head of nullity, thus avoiding excessive formalism, which prevents the correct understanding of the facts in order to reach the truth, or the exasperated empiricism

* paologiuseppe.lobiati@unicatt.it, Giudice del Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo.

ne giuridica. Questa distinzione permette di dare ragione, così, della dottrina e della giurisprudenza che vedono in capo al giudice sia la facoltà di modificare il capo di nullità in fase decisoria.

PAROLE CHIAVE · Capo di nullità, Fatto storico, Difetto di consenso, *causa petendi*, Formula del dubbio, Potere del giudice.

SOMMARIO: 1. L'attenzione al 'valore processuale' della nozione di *consensus*. – 2. Il valore assiologico-processuale del *caput nullitatis*. – 3. Il potere del giudice di *nomen iuris tribuere*.

that it moves away from any legal classification. This distinction thus allows us to justify the doctrine and jurisprudence that see the judge having the power to change the head of nullity in the decision-making phase.

KEYWORDS · Ground of Nullity, Historical Fact, Lack of Consent, *causa petendi*, Formula of the Doubt, Powers of Judge.

IL processo di nullità del matrimonio è luogo in cui si svolge una vera e propria azione pastorale¹ della prossimità per condurre il fedele all'incontro con Cristo. È quindi necessario che anche in questo ambito si eviti ogni rischio di immobilismo e positivismo giuridico² e si ponga al centro dell'attenzione la persona, intesa in senso olistico per comprendere appieno la validità o meno dell'atto giuridico messo sotto esame. Uno dei modi in cui può evitarsi di concentrarsi esclusivamente su fattispecie giuridiche considerate soltanto nella loro astrattezza risiede nel recupero, davanti alla Rota Romana, quindi in sede di appello, della formula *nullitas ob defectum consensus*. Tale operazione, infatti, ponendo al centro dell'attenzione e della decisione dell'organo giudicante il fatto storico nel suo complesso piuttosto che il *nomen iuris* ad esso attribuito nei precedenti gradi di giudizio, fa sì che la decisione emanata comprenda la vicenda esistenziale concreta degli agenti nella sua totalità e permetta una valutazione il più realistico possibile del cuore della questione: la validità – o meno – dell'atto giuridico posto in essere.

È noto come, a norma del can. 1504, insieme alla richiesta di dichiarazione di nullità del matrimonio – il *petitum* – le parti, nel libello, debbano anche

¹ Circa il valore pastorale dell'azione giudiziale: «Questo scopo si raggiunge con un accompagnamento pastorale, con il discernimento delle coscienze e con l'opera dei nostri tribunali. Tale opera deve svolgersi nella sapienza e nella ricerca della verità: solo così la dichiarazione di nullità produce una liberazione delle coscienze». FRANCISCUS, *Allocutio ad Rotae Romanae Tribunal in occasione Inaugurationis anni iudicialis*, 29 ianuarii 2018, «AAS» CX, 2 (2018), pp. 237-240: 240.

² Quanto al rischio scaturente dall'exasperazione del positivismo giuridico, si ricordano le parole di: PIUS XII, *Allocutio ad prelatos auditores ceterosque officiales et admissitros Tribunalis Sacrae Romanae Rotaene non eiusdem Tribunalis advocatos et procuratores*, 29 octobris 1947, «AAS» XLI (1947), pp. 493-498, che chiede di rifuggire l'immobilità del diritto a scapito del raggiungimento dei fini ultraterreni.

presentare la *causa petendi*, ossia le motivazioni sulle quali la pretesa si basa, tradizionalmente fatta coincidere con il *caput nullitatis*. Orbene, non di rado può accadere che una serie di fatti storici, la cui sussistenza è stata provata in giudizio, non riescano a qualificare univocamente un capo di nullità, così che il giudice rischi di dare una risposta formalmente aderente al quesito, ma non giusta per quel che concerne l'aderenza alla vicenda delle parti. È opportuno, allora, interrogarsi sia sul valore del *caput nullitatis* in rapporto alla *causa petendi* sia sui c.d. poteri dell'organo giudicante in ordine alla sua definizione, in modo da capire se la misura dell'azione del giudice possa essere un dialogo costante tra realtà ed idea, ossia tra vicenda umana e normativa positiva, e poter attuare la migliore attuazione del bene dell'uomo in ossequio alla legge naturale.³

1. L'ATTENZIONE AL 'VALORE PROCESSUALE' DELLA NOZIONE DI CONSENSUS

Un postulato della ricerca della verità, in sede di processo canonico, è che questa non possa considerarsi distinta dalla considerazione della struttura antropologica dell'uomo.⁴ Applicato all'ambito matrimoniale, considerata anche l'evoluzione della concezione di matrimonio nella nostra società,⁵ secondo parte della canonistica,⁶ ciò renderebbe opportuno il recupero della nozione, in un eventuale giudizio di nullità presso la Rota romana e dunque in sede di impugnazione, di *matrimonii nullitas ob defectum consensus*, per non perdere di vista la struttura olistica delle relazioni poste sotto esame.⁷ Tale formula,

³ Da intendersi, secondo quanto contenuto ai nn. 231-233 dell'Esortazione *Evangelii gaudium*, nella volontà di ricordare che l'azione intellettuale e speculativa deve essere strumento per leggere la vicenda esistenziale e metterla in comunicazione con la *lex naturalis*, non ingabbiarla in modo sterile. Allo scopo si veda: FRANCISCUS, *Adhortatio Apostolica*, cit., pp. 1019-1137: 1113-1114, nn. 231-233. Inoltre v. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale*, Milano, Vita e Pensiero, 1974, p. 79.

⁴ In merito al valore della considerazione degli elementi psicologici all'interno della valutazione del consenso matrimoniale, si veda: G. VERSALDI, *Elementa Psychologica matrimonialis consensus*, «Periodica de re canonica morali liturgica» LXXI (1982), pp. 179-209, 231-253.

⁵ Circa il mutamento della concezione di famiglia e di matrimonio, legate al mutamento sociale e di pensiero, cui si assiste nell'ultimo decennio, da cui scaturiscono anche riforme legislative, si veda: S. BORDONALI, *Matrimonio e famiglia: tra innovazione e manipolazione*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo, Milano, Vita e Pensiero, 2015, pp. 91-105.

⁶ Ciò comporta anche delle applicazioni giurisprudenziali, come ad es. due recentissime *coram Jaeger*: *decisio diei 29 novembris 2018, Portladen*. In *Oregon* [A 215/2018], ovvero *14 februarii 2019, Ianuen* [A 31/2019].

⁷ In effetti non può sottacersi che l'organo giudicante è chiamato ad essere ponte che mantiene, per utilizzare un'espressione mutuata dal magistero petrino, un dialogo costante tra realtà ed idea, se si considera con il secondo lemma il forte valore delle c.d. norme *in procedendo*. Il superamento della realtà rispetto all'idea è da intendersi, secondo quanto conte-

infatti, tocca il cuore dell'indagine giudiziale sulla validità del matrimonio, poiché: «*consensu autem deficiente, validum non constituitur matrimonium et coniugale vinculum natura sua perpetuum et exclusivum simpliciter non enascitur*».⁸

In questo modo l'Uditore rotale, nell'emanare una sentenza, sarà chiamato a concentrarsi precipuamente su tutti i fatti storici che, a prescindere dalla qualificazione giuridica utilizzata nei gradi precedenti, mettano in luce la sussistenza di un valido consenso ovvero di un suo *defectus*.⁹ Secondo tale impostazione, allora, l'organo giudicante non dovrebbe limitarsi a rimanere fisso soltanto alla qualificazione giuridica, ossia al *nomen*, che a tali fatti era stata attribuita all'inizio della causa nella formulazione del *dubium*.

In tal senso due recenti sentenze *coram* Jaeger¹⁰ fondano l'argomentazione sulla validità o meno del matrimonio proprio sulla formula *ob defectum consensus*, richiamando questa espressione che, pur se utilizzata dalla giurisprudenza più risalente, tuttavia in virtù del suo essere policomprensiva¹¹ si ritiene possa ben essere recuperata perché permette di accogliere in sé molteplici e disparati aspetti di una realtà complessa quale è il rapporto co-

nuto ai nn. 231-233 dell'Esortazione *Evangelii gaudium*: FRANCISCUS, *Adhortatio Apostolica*, cit., pp. 1019-1137: 1113-1114, nn. 231-233.

⁸ Così ci si esprime in una *coram* R.P.D. Davide Maria Jaeger, deciso diei 29 novembris 2018, cit., n. 4. Circa il principio consensualistico è bene richiamare la dottrina che ritiene il consenso matrimoniale l' 'elemento creatore' del matrimonio (cfr. O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1968³, p. 23), così che si può sostenere che ci si trova di fronte ad un evidente dato logico, prima ancora che di un principio giuridico, affermato ancora oggi con estremo vigore nell'ordinamento della Chiesa a seguito di una tradizione consolidata ed indiscussa, in virtù della quale si può e si deve ritenere che il posto ed il valore del consenso nella costituzione del vincolo sono essenziali (cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale*, cit., p. 3). È da sottolinearsi che elemento fondamentale di tutte le decisioni di mons. Jaeger è la forte attenzione nelle *partes in iure* alla esposizione del principio consensualistico, al fine di comprendere meglio la nozione di vizio dello stesso, da cui può scaturire la nullità del matrimonio.

⁹ In questo senso, il richiamo alla causa efficiente del vincolo coniugale, ed alle conseguenze del difetto di questa, può, o forse meglio deve, qualificarsi come la chiave ermeneutica per la ricerca della verità nel processo canonico di nullità matrimoniale. Tale accento sulla mancanza di consenso non deve, tuttavia andare a discapito del valore giudiziale dell'opera che si mette in atto, ma in essa il giudice deve essere in grado di ponderare rettamente gli elementi giuridici e metagiuridici del vissuto. In merito si veda: *ibid.*, pp. 79 s.

¹⁰ Si veda ad es. una più recente *coram* Jaeger, *decisio diei 14 februarii 2019, Ianuensis*, ove al n. 7 si ribadisce non solo il principio consensualistico ma anche che qualora si dimostri il difetto di consenso scaturisce la nullità del matrimonio celebrato, ovvero la *coram* Jaeger, *decisio diei 29 novembris 2018*, cit., al n. 4.

¹¹ Con questa formula policomprensiva, quindi, il giudice è chiamato a fissare lo sguardo non sui singoli vizi del consenso ma sulla globale influenza su quest'atto. È anche da sottolinearsi che non manca chi vede in questo tipo di formulazione una distorsione del capo di nullità. Per approfondire si veda: G. P. MONTINI, *La funzione processuale del capo di nullità*, «Ephemerides iuris canonici» LI, 2 (2011), pp. 445-470: 450.

niugale e, talvolta, non ancora qualificati con uno specifico capo di nullità giurisprudenziale.¹²

Il ricorso a questa formula era pacifico ed assodato nella giurisprudenza rotale almeno fino agli anni '50 del secolo scorso, quando era utilizzata¹³ per indicare il motivo della nullità di matrimonio che non si collegava né alla presenza di un impedimento non dispensato né ad un vizio di forma, ma era sinonimo processuale della sussistenza di un vizio del consenso ricondotto dalla dottrina al diritto matrimoniale sostanziale.¹⁴ Invero, è la prassi giurisprudenziale e rotale in particolare, evolvendosi e consolidandosi, con il tempo ad individuare i c.d. *capita nullitatis*,¹⁵ in merito ai quali è la stessa dottrina a sottolineare che si assiste ad una tipizzazione delle figure nullità del matrimonio – da collegarsi al diritto sostanziale – in grado di fornire delle nette e chiare direttive di azione per i tribunali inferiori.¹⁶

¹² La dottrina sempre più costantemente si rivolge alla nozione stessa di matrimonio *tout court* per individuare il criterio ermeneutico dei singoli capi di nullità. Ad esempio si veda: P.-J. VILADRICH, *È necessaria una riforma del canone 1095?*, in *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere*, a cura di H. Fanceschi, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2012 (= «Subsidia Canonica» 6). L'a. prendendo le mosse dal fenomeno dell'aumento delle cause di nullità matrimoniale introdotte e decise sulla base dell'incapacità, ravvisa la necessità di rinvenire un criterio ermeneutico generale ed unitario di questo canone. La conclusione è che essendo l'atto umano strettamente collegato ad un oggetto, nel caso la natura del consenso deve essere sempre subordinata al matrimonio suo oggetto reale e concreto (cfr. p. 205; 211).

¹³ A volte la formula veniva specificata in fase istruttoria e decisoria da un capo di nullità afferente ad un vizio del consenso attraverso le particelle *ob* ovvero *propter*, come nel caso di coram Perathoner, *decisio diei 2 ianuarii 1913*, in S. R.R.Dec. vol. v, p. 2 n. 1; altre, dalla lettura del testo della sentenza si evinceva a quale vizio del consenso ci si rifacesse per dichiarare – o negare – la nullità del matrimonio accusato di nullità, come in una coram Prior, *decisio diei 8 martii 1913*, *ivi*, p. 211 nn. 1-2.

¹⁴ In questo senso si ritiene necessario prendere le distanze da quanto affermato da G. ERLEBACH, *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, «Quaderni dello Studio Rotale» 19 (2009), pp. 131-162: 135 quando tratta della locuzione *defectus consensus* come categoria generica della nullità del consenso, espressione che appare piuttosto tautologica. Ancora di più, attesa la qualificazione della nozione di *caput nullitatis* che si andrà ad accogliere nel presente saggio, risulta non condivisibile quando l'autore sostiene che sotto questa espressione sono «racchiusi diversi capi di nullità considerati dalla dottrina come difetti del consenso» (p. 135 nota 18). Sembra piuttosto doversi affermare che questa formula indica un capo di nullità che può essere poi specificato attraverso l'indagine su vari vizi del consenso. L'autore nel suo testo spiega, inoltre, come la locuzione, già con una sentenza *coram* Sincero del 28 agosto 1911, sia andata a coprire quelle fattispecie di incapacità consensuale poi tipizzate nel can. 1095.

¹⁵ Così G. P. MONTINI, *La funzione processuale del capo di nullità*, *cit.*, p. 449 non esita a mettere in luce come le stesse distorsioni «del capo di nullità dicono ovviamente riferimento alla normativa canonica sul capo di nullità, che non è però di origine legislativa, ma deve far riferimento alla *prevalente prassi rotale*: non si ravvisa, infatti, nella legislazione e neppure ella normativa applicativa una regolamentazione della materia».

¹⁶ Sul valore della giurisprudenza rotale per i tribunali inferiori, G. P. MONTINI, *La*

Dal punto di vista storico il valore del capo di nullità nel processo canonico ha assistito ad una vera e propria evoluzione. Il Codice Piano benedettino, pur applicando anche al processo matrimoniale l'istituto della *litis contestatio*, non prevede il capo di nullità,¹⁷ nonostante evidenzi una distinzione tra matrimoni accusati per difetto del consenso ovvero difetto di forma¹⁸ o, infine, del processo di nullità matrimoniale per impotenza.¹⁹

Soltanto con l'avvento dell'Istruzione *Provida Mater* al giudice è fatto obbligo, nello stabilire la formula del dubbio del processo matrimoniale, sia di esplicitare l'indagine sulla nullità o meno del matrimonio, il *petitum*, sia di indicare il capo (od i capi) di nullità sulla cui base l'indagine debba svolgersi.²⁰ Inoltre nell'Istruzione del 1936 i richiami al capo di nullità sono rinvenibili in tutte le fasi cruciali del processo, a partire dalla presentazione della domanda ad opera della parte fino all'emissione della sentenza rispondente al

Rota Romana e i Tribunali Locali, cit., pp. 41-61: 44, ribadisce la funzione nomofilattica del tribunale apostolico. È innegabile che le funzioni del Tribunale apostolico affondano le loro radici nella correlazione che lega lo stesso al Sommo Pontefice, qualificandolo così come strumento attraverso cui il successore di Pietro può amministrare la giustizia sul gregge affidatogli, considerato che sono questi i termini in cui si esprime BENEDETTO XVI, *Allocutio ad omnes partecipes Tribunalis Rotae Romanae diei 26 ianuarii 2008*, «AAS» C (2008), pp. 84-88: 88, definendo la Rota Romana: «venerabile Istituzione, mediante la quale, *ad normam iuris*, il Vescovo di Roma esercita la sua sollecitudine primaziale per l'amministrazione della giustizia nell'intero Popolo di Dio». Il Tribunale della Rota, quindi, ricopre anche funzione di *auxilium*: M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 170, n. 50: «Da una parte rimane ferma l'indipendenza e la responsabilità finale del singolo giudice; dall'altra si sottolinea la necessità di svolgere il proprio ufficio in armonia con l'amministrazione della giustizia nella Chiesa, della quale la giurisprudenza rotale è esponente peculiare».

¹⁷ Per approfondire anche, e soprattutto, in merito alla prassi precedente si rimanda a: G. ERLEBACH, *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, cit., pp. 132 s.; G. ERLEBACH, *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, in *Iustitia et iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal, J. Llobell, v. III, Città del Vaticano, LEV, 2010 (= «Studi giuridici» LXXXIX), pp. 1753-1757.

¹⁸ Così il can. 1965 CIC '17 dopo aver trattato del foro competente, nel proporre una *sanatio* recita: «*Si matrimonium accusatur ex defectu consensus, curet ante omnia iudex ut monitionibus opportunis partem, cuius consensus deesse affirmatur, ad consensum renovandum inducat; si ex defectu formae substantialis vel ex impedimento dirimenti quod dispensari potest et solet, partes inducere studeat ad consensum in forma legitima renovandum vel ad dispensationem petendam*».

¹⁹ Il can. 1963 §2 tratta esplicitamente dell'impedimento di impotenza e della dispensa super rato definendo la giurisdizione per questo processo.

²⁰ La dottrina commentando l'art. 88 dell'Istruzione sosteneva: «*Quoad capitum nullitatis designationem, forsitan aliquando discussio enasci potest inter partes et opportunum erit capita latiore magis ratione quam nimis strictadesignare ne postea cogatur iudex formulam concordatam mutare (...): dum econtra nullum extat incommodum si e tribus ex. gr. Capitibus concordatis postea actor duo tantum sustineat et unum relinquat utpote non probandum*» (M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, vol. III, Roma, ACLI, 1950, p. 154*).

dubbio stabilito.²¹ Il Codice del 1983, come la riforma in merito al processo matrimoniale del 2015, recepisce integralmente il dettame dell'Istruzione, ribadendo, nel novellato can. 1676 §5, che la formula del dubbio deve indicare i capi di nullità alla cui luce il matrimonio sia da valutarsi. Allo stesso modo si esprime l'art. 135 § 3 dell'Istruzione *Dignitas connubii*.

Da quanto richiamato, se da una parte non può non condividersi che la nozione 'tradizionale' di *caput nullitatis* permetta di rileggere giuridicamente una serie di fatti storici, dall'altra è pur vero che la giurisprudenza del Tribunale Apostolico, dopo che sia stata svolta un'istruttoria precisa su determinati motivi invalidanti il matrimonio, possa servirsi, *in decernendo*, reintroducendola ed utilizzandola, della figura del *defectus consensus*, qualora tale formula risulti più atta, rispetto ai capi di nullità introdotti nei precedenti gradi di giudizio, ad inquadrare una situazione antropologicamente complessa. A maggior ragione, se si considera la situazione multiforme in cui versano il matrimonio e la società, appare segno di ricerca di giustizia permettere che la decisione – a fronte di una statuizione emanata dal Tribunale inferiore incentrata sull'analisi del particolare – possa compiersi attraverso uno sguardo generale volto al momento costitutivo del *foedus* matrimoniale indagato nella sua globalità, attraverso la categoria del *defectus consensus*,²² fondandosi sulle risultanze dell'istruttoria già svolta su vizi del consenso specifici.²³

²¹ Così gli art. 57 e 198 §6 dell'istruzione. A questi due articoli è da aggiungersi la possibilità dell'aggiunta di un nuovo capo di nullità in sede di appello, *tamquam in prima instantia*, a norma dell'art. 219. In argomento G. ERLEBACH, *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, cit., p. 1759 asserisce che il merito di *Provida mater* fu quello di collegare la nozione di *capo di nullità* al diritto sostanziale, da un lato, e di sottolineare la sua crucialità in vari momenti del processo dall'altro.

²² In effetti, la necessità di centralità della persona e dell'incentrare l'interpretazione della normativa di merito della nullità del matrimonio sulla comprensione olistica del soggetto agente è rinvenibile anche nella dottrina subito antecedente alla Riforma del processo matrimoniale. In argomento, H. FRANCESCHI, *Lo ius connubii come criterio interpretativo delle norme riguardanti la nullità del matrimonio. Alcune considerazioni sulla giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 41: «La tecnica codificatrice, che deve concretizzare in norme universali le esigenze di giustizia nella Chiesa, alcune delle quali provengono dalla natura umana e dalla sua elevazione soprannaturale, altre dipendenti dalle concrete determinazioni storiche e quindi mutabili, corre il rischio di farci dimenticare che la dimensione della giustizia, soprattutto in un ambito così importante come è il matrimonio nella Chiesa, non viene determinata primariamente da quello che il legislatore stabilisce in un determinato momento, ma piuttosto dalla natura stessa del matrimonio e dalla condizione di fedele nella Chiesa. Per questo, il sistema matrimoniale – e coloro che lo applicano – si dovrà sempre confrontare con il diritto fondamentale al matrimonio, per valutare la giustizia nella decisione del caso concreto».

²³ Sulla base di quanto finora riferito, si potrebbe opporre alla scelta della dichiarazione di invalidità del matrimonio per motivo di nullità generico la violazione del diritto di difesa delle parti: Montini, infatti, sostiene – in tutti i gradi del processo e presso tutti i Tribunali – la necessità di «riferirsi ad un testo legislativo definito per giustificare la nullità (accusata

2. IL VALORE ASSIOLOGICO-PROCESSUALE DEL *CAPUT NULLITATIS*

Se dal punto di vista del diritto sostanziale con la nozione di capo di nullità è chiaro ed univocamente riconosciuto il rinvio a quelle ragioni giuridiche dalle quali può derivare la nullità del matrimonio,²⁴ dal punto di vista processuale permane la discussione²⁵ in merito alla qualificazione di questo elemento, così che le differenti posizioni dottrinali prospettano conseguenze pratiche e giurisprudenziali non indifferenti.

e definita) del matrimonio», al punto da sostenere che lo stesso dovrebbe far riferimento al canone di un codice (G. P. MONTINI, *La funzione processuale del capo di nullità*, cit., p. 453). Più specificamente l'autore, in un altro studio, non tanto opponendosi contro il motivo di nullità generico, quanto, piuttosto, alla sua mancata formulazione in sede di concordanza del dubbio, afferma: «il diritto alla difesa può risultare anche gravemente menomato dal fatto che un oggetto giudiziale sia definitivo solo ad istruttoria conclusa o anche solo avanzata: le possibilità di difesa, soprattutto alla parte convenuta, possono di fatto essere intaccate perché non ha potuto su quell'oggetto intervenire proponendo prove diverse o opponendosi adeguatamente all'istruttoria» (G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, «Periodica de re canonica» XCII (2003), pp. 305-358: 350-351). La risposta a tale obiezione è rinvenibile in primo luogo dalla considerazione che le parti, nel processo, hanno mantenuto sempre integro il diritto di difesa nella sua accezione più ampia, poiché la lesione del diritto di difesa da cui scaturisce la nullità insanabile della sentenza norma del can. 1620 n. 7 prevede, in primo luogo, che si attui una vera e propria condotta impeditiva da parte dell'organo giudicante a che la parte possa esercitare il suddetto diritto nella duplice forma dell'informazione e dell'audizione. Sulla modalità in cui tali forme si attuano concretamente nel processo si rimanda a: M. J. ARROBA CONDE, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente al procedimento*, in *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Roma, LEV, 2005 (= «Studi giuridici» LXXXIX), pp. 145-166. In secondo luogo è l'analisi assiologico-processuale del capo di nullità all'interno del processo matrimoniale a permettere di comprendere come tale diritto permanga integro. In questo senso la giurisprudenza rotale ricorda che l'indagine sul *caput nullitatis* afferisce al diritto matrimoniale processuale più che sostanziale: «*Hanc ob rem determinatio capituli nullitatis collocanda est potius in ambitu praxis processualis, quam in agro stricte substantivi*» (coram Erlebach, *decretum diei 14 decembris 2006*, «Ius Ecclesiae» XIX, 3 [2007], pp. 627-635: 630 n. 6).

²⁴ Cfr. G. MARAGNOLI, *La formula del dubbio*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruttoria dignitas connubii*, v. III, a cura di P. A. Bonnet, C. Gullo, Roma, LEV, 2008 (= «Studi giuridici» LXXVII), pp. 85-132: 103-104. L'autore prosegue spiegando che a tali ragioni giuridiche la legge ovvero la giurisprudenza ha fornito un dato *nomen iuris*, così che il capo stesso di nullità trovi una sua ultima *ratio* in una norma sostanziale. Allo stesso tempo, in merito, G. ERLEBACH, *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, cit., pp. 139-140 spiega che manca un elenco fissato e stabilito dalla legge dei capi di nullità perché di fatto è la prassi cristallizzata a definirli così che non si possa «dire che il capo di nullità sia *sic et simpliciter* frutto di una ricezione diretta delle singole norme canoniche che fissano la nullità del consenso matrimoniale».

²⁵ È da sottolineare che G. P. MONTINI, *La funzione processuale del capo di nullità*, cit., p. 446 lamenta con stupore la scarsità di produzione bibliografica in merito all'istituto asserendo addirittura: «si può dire senza tema di smentita che vi è un rapporto proporzionale inverso: quanto è istituto di uso quotidiano, tanto più è ignorato dalla dottrina». Ugualmente G. ERLEBACH, *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, cit., p. 1753.

Una prima corrente identifica, nel processo matrimoniale, il capo di nullità con la *causa petendi* dell'azione giuridica, ossia con le ragioni poste a fondamento della domanda attorea.²⁶ Il fulcro dell'argomentazione è fornito dal dato normativo che, a partire dall'istruzione *Provida mater*, intende il capo di nullità come l'oggetto specifico delle cause sulla validità del matrimonio ossia, in altri termini, la *causa petendi* delle stesse.²⁷ Questa linea interpretativa, attribuendo peso fondamentale al *nomen iuris* del capo di nullità, lo qualifica come fondamento giuridico della domanda e ritiene pleonastiche le espressioni dell'art. 291 §1 di *Dignitas connubii*. Tale scelta – dottrinale e giurisprudenziale – comportava risvolti significativi a livello processuale, ancora più eloquenti prima dell'abolizione della c. d. doppia conforme.²⁸ Infatti, perché ci fosse conformità formale tra due sentenze, il testo normativo richiedeva identità tra parti, *petitum*, e, invece che *causa petendi*, si citava il medesimo 'capo di nullità' insieme alla *eadem iuris et facti ratione*: tali elementi erano considerati una endiadi.²⁹ Questa concezione, pur sostenuta e avallata anche dalla dottrina immediatamente successiva al Codice piano

²⁶ Già nelle Decretali di Gregorio IX emerge come nel *libellum postulationis* dovesse contenere oltre al nome delle parti, il *petitum* e la *causa petendi*, ossia *quo iure petatur* (cfr. Gregorio IX, *Decr.*, II, tit. III, pars. I, cap. II).

²⁷ Tra i sostenitori di questa teoria, per lungo tempo considerata pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza, si richiamano: G. ERLEBACH, *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, cit., p. 134 sostiene che con l'istruzione «il capo di nullità risulta essere in primo luogo l'oggetto specifico delle cause di nullità matrimoniale. In altri termini, l'oggetto generico è il *petitum* (*an constet de nullitate matrimonii*), mentre l'oggetto specifico è determinato dal capo di nullità (ad es. *ob errorem, ob metum*). Divenne perciò abituale la considerazione del capo di nullità come *causa petendi*». Allo stesso modo G. P. MONTINI, *La funzione processuale del capo di nullità*, cit., p. 455 sostiene che: «il processo matrimoniale non si fonderebbe sulla *causa petendi* come sul fatto giuridico (come in genere i processi contenziosi), ma sul *caput nullitatis*, che *latius patet* rispetto alla *causa petendi*». Infine M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, Ediurcla, 2009⁵, p. 330. Per quello che riguarda la giurisprudenza si vedano una coram Pinto, *decretum diei 17 martii 1971*, in *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano, LEV, 1997 (= «Studi giuridici» LXVI), pp. 159-162: 160 n. 1: «*causa petendi quae cum de matrimonii nullitate agitatur est caput nullitatis*».

²⁸ In merito ai risvolti pratici ed alla giurisprudenza sviluppatasi su questo, specie in relazione all'art 291 §1 dell'istruzione *Dignitas Connubii* ed al concetto di conformità equivalente si veda: G. ERLEBACH, *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, cit., pp. 146-153. Nelle pagine segnalate l'a. mette in luce come il concetto di conformità formale non vada inteso soltanto come presenza di stessa decisione sullo stesso capo di nullità nominale, ma anche dei fatti giuridici che lo costituiscono.

²⁹ Così si legge in un decreto coram Erlebach, 15 iulii 2005, S. Ioannis Portoricen., n. 8: «*At-tenta vi hodie vigenis can. 1641 n. 1, si praefatum requisitum instr. Dignitas connubii (eademque iuris et facti ratione) non sit habendum uti pleonasticum aut abrogativum Codicis vigenis – quod postremum dari nequit attentis sive hierarchia actuum legislativorum sive expressa declaratione facta in eadem Instructione, iuxta qual "leges processuales Codicis iuris canonici ad declarandam matrimonii nullitatem manent in toto suo vigore" –, tenendum est potius uti explicativum capitis nullitatis, sed dubii revera valoris*» in *ibid.*, p. 152.

benedettino,³⁰ suscita non poche perplessità. Infatti, per una sorta di eccessivo formalismo nominale, si rischiava che fossero pronunciate due sentenze conformi tra di loro soltanto apparentemente, poiché riferite allo stesso capo di nullità basato, tuttavia, su fatti diversi.³¹

³⁰ Si prenda ad esempio il Cappello, che trattando del dubbio generico nelle sentenze rotali ritiene la specificazione *in casu* come riferentesi ad un determinato matrimonio impugnato per un determinato capo di nullità, ossia *causa petendi*, a cui la sentenza dovrebbe dare risposta: «*Hinc dicitur: constat de matrimonii nullitate in casu ex capite impotentiae; vel simpliciter: constat de nullitate matrimonii in casu; vel proposito dubio: an constet de matrimonii nullitate in casu, respondetur: affirmative. Igitur eo ipso quod nullum declaratur matrimonium in casu, sententia fertur de hoc aut illo matrimonio determinato, ut palam est, propter hoc aut illud caput sive motivum accusato. Quare motivum seu caput quod allegatur ad impugnandum validitatem matrimonii, v.g. impotentia antecedens et perpetua, vis et metus, consanguinitas etc., est causa nullitatis coniugii ac propterea fundamentum ipsius sententiae*» (F. CAPPELLO, *Utrum conformes ad normam can. 1903 et 1987 dicendae sint duae sententiae de nullitate matrimonii latae, si eisdem nullitas declarata fuerit ex diverso capite*, «Periodica de re canonica, morali, liturgica» xx [1931], p. 23).

³¹ In approfondimento si vedano: J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum nell'istruzione Dignitas Connubii e i suoi riflessi sulla dinamica del processo*, in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della Dignitas Connubii*, a cura di H. Franceschi, J. Llobell, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2005, pp. 193-230: 210; G. MARAGNOLI, *La formula del dubbio*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione dignitas connubii*, v. III, cit., p. 104 s. e 108. Entrambi gli autori mettono in luce come l'identificazione stretta del capo di nullità con la *causa petendi* sia da vagliarsi apertamente. A ciò è da aggiungere anche quanto stabiliti dall'art 218 dell'Istruzione *Provida mater* che arrivava a definire la conformità non basandosi sulla *causa petendi* bensì sul capo di nullità. In questo modo, a sommosso parere dello scrivente, come si evince anche da parte della dottrina si scindeva, paradossalmente, il concetto di *causa petendi*, ossia i fatti, dal *nomen iuris*, ossia il capo di nullità. L'eccessivo formalismo, quindi, che portava a riconoscere la *causa petendi* nel *nomen iuris* appariva inaccettabile alla giurisprudenza rotale, così che iniziava sempre di più a farsi strada il concetto di conformità equivalente. In merito si veda: G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali*, cit., pp. 453-551: 496-510. La prima decisione citata, quindi trattante la conformità equivalente, risale al 1946, ponendo come argomentazione quanto affermato dai decretalisti. Non può in argomento, anche a riprova del rischio scaturente dall'eccessivo formalismo, non sovvenire l'esempio portato da Gaio nel libro IV delle *Institutiones* circa l'immutabilità del *nomen* nelle *Legis actiones* del diritto Romano, ove l'errata qualificazione nominale del fatto comportava il rigetto dell'azione stessa: «*unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*». Il fatto chiaramente contrasta con quanto riferito in D. 1. 5. 2, Ermogeniano secondo cui: «*hominum causa omne ius constitutum*». A questo è da aggiungere che, sulla questione, già la dottrina più risalente metteva già in luce che tale identificazione avrebbe condotto ad affermare che tante sarebbero dovute considerarsi le cause di nullità quanti i capi allegati alla domanda. In merito si veda: G. ERLEBACH, *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, cit., pp. 1762-1763. L'a. richiama il ragionamento di Roberti che ritiene la distinzione di capi di nullità, nelle cause di nullità di matrimonio, non solo numerica ma anche individuante della causa, così che a più capi di nullità dovrebbero corrispondere più cause. Cfr. F. ROBERTI, *De processibus*, v. I, cit., p. 586: «*In actionibus declaratoris tot causae habentur quot sunt facta constitutiva, impeditiva, extinctiva iurium. Quare e.g. in causis de nullitate matrimonii tot causae habentur quot facta, quae matrimonium nullum efficiunt*».

Una seconda interpretazione, invece, identifica la *causa petendi* nel processo matrimoniale non con la qualificazione giuridica dei fatti, quale è il capo di nullità, ma con i fatti storici stessi allegati dalle parti alla domanda e dimostrati in sede di giudizio, che assumono, in sede valutativa, qualificazione di ‘fatti giuridici’.³² In effetti, nel diritto più antico,³³ si sottolineava come la parte, nel libello, fosse chiamata a presentare non solo l’oggetto della domanda ma anche i fatti su cui questa si fondasse. In questo modo «la cosa importante era che le sentenze corrispondessero alla domanda dell’attore, identificata quest’ultima coi fatti principali adottati dallo stesso attore, con la *causa petendi*, cioè e non con il *nomen iuris* (ossia il capo di nullità) dato dal giudice».³⁴ In siffatta concezione si inquadra, dunque, quella parte della giurisprudenza che, sostenendo l’identità tra *causa petendi* e fatto storico e sostenendo che, quindi, il motivo su cui poggia la domanda corrisponde esclusivamente all’*in facto* e in nessun modo all’*in iure*,³⁵ arriva a sostenere l’arbitrio del giudice non tanto nel conferire un *nomen* ai fatti, ma addirittura nel rifuggire qualsiasi forma e ragione di diritto nel motivare una scelta piuttosto che un’altra.³⁶

³² In questo senso la dottrina spiega come essendo i coniugi a presentare la domanda di nullità ed essendo loro a fornire le ragioni giuridiche su cui questa si poggia, la *causa petendi* di tale domanda non potrà essere composta da altro se non dai fatti giuridici che le stesse parti forniscono (cfr. P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell’istruzione Dignitas connubii*, «Ius Ecclesiae» XVIII, 2 [2006], pp. 417-438: 421).

³³ In merito si può richiamare quanto si legge nell’Ostiense: «*Libellus debet continere in se causam, seu factum, quare petitio fiat*» HENRICUS DE SEGUSIO, CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, L. II, *de libelli oblatione*, Lugduni, 1537, ristampa Aalen. 1962, fol. 289 rb, oppure Bernardo di Pavia, ove si può leggere che il giudice poteva valutare il: «*factum ut ex eo ius agendi colligatur*» B. PAPIENSIS, *Summa Decretalium*, lib. II, tit. III §2, ed. E. Ad. Th. Layspers, Graz 1956, p. 35. Posto già nell’alto medioevo introducendosi la causa il libello dovesse contenere non il nome dell’azione ma la *causa petendi* che la sorreggeva, si evince che il *factum* di cui si parla fosse inteso come il motivo su cui fondare l’azione.

³⁴ J. LLOBELL, *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell’art. 291 della Dignitas Connubii*, in *Verità del consenso e capacità di donazione*, a cura di H. Franceschi, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2009, pp. 511-561: 525. L’a. percorre l’iter storico che, a partire dall’età classica del diritto, sottolineava l’importanza che il libello introduttorio contenesse il fatto su cui il diritto poggia, per poi riferire come stia nel dovere e potere del giudice fornire un nome giuridico agli stessi fatti. A ciò è da aggiungersi che il valore del fatto era sottolineato anche dal diritto romano, atteso quanto si può leggere in D. 47. 23. 3, Ulpiano: «*si ex eadem causa saepius agetur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur*».

³⁵ Così emblematica è la sentenza Coram De Jorio, *decisio diei 13 maii 1964*, in R.R.Dec. v. LVI, pp. 353 s. n. 2, ove si legge: «*Aliis verbis rito habenda est factorum, quae partes attulerint atque comprobaverint, non nominum iuris, quae iisdem tribuerint. Consequitur quoque ex praemissis habendas esse conformes duas sententias, quae eisdem factis nitantur*».

³⁶ In merito è da sottolinearsi quanto sostenuto da E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, «Quaderni dello Studio Rotale» 21 (2011), pp. 91-126: 113 che sostiene che il capo di nullità debba essere identificato sia *sub specie iuris* sia *sub specie facti*. Questa teoria, pur apparendo conciliante però costringerebbe a unire in mo-

Le due correnti richiamate risultano entrambe sbilanciate, l'una sull'eccessivo 'astrattismo giuridico', col rischio di impedire una giusta considerazione del dato esistenziale; l'altra sull'eccessivo 'realismo fattuale' che lascia al giudice pieno arbitrio di piegare il diritto alla valutazione dei fatti.³⁷

Un'ultima posizione, pur avendo avuto poca fortuna nel suo sviluppo dottrinale, sembra, tuttavia, conferire una giusta dimensione al rapporto tra fatto storico – qualificato poi come giuridico –, capo di nullità e *causa petendi*.³⁸ Essa si richiama ad un decreto *coram* Raad del 1973³⁹ che propone la distinzione tra *causa petendi remota*, ossia i fatti storici, e *causa petendi proxima*, ossia il *nomen iuris* o *caput nullitatis*. Si parte dal presupposto che la nozione di *causa petendi*, nelle cause di nullità del matrimonio, è un concetto ampio e policomprensivo non identificabile soltanto ed esclusivamente con il capo di nullità, come sostiene parte della dottrina, ma nemmeno estraneo a questo, come sosterebbe parte della giurisprudenza.⁴⁰ La conseguenza è la scissione della *causa petendi*, innestata sulla dottrina più risalente che riferirebbe la distinzione in *causa proxima* e *remota* al processo contenzioso ordinario, qualificando la *remota* come il fatto giuridico presentato dalle parti e la *proxima* come il diritto soggettivo scaturente dai fatti.⁴¹ Di qui, nei processi di nullità matrimoniale, i concetti di *causa petendi remota* e *proxima* sono identificati con le categorie di fatto storico, poi qualificato come giuridico, e di capo di nullità.⁴² Il primo elemento è assolutamente nella sola ed esclusiva disponibilità delle parti, che alleggeranno alla domanda i fatti su cui questa si

do inscindibile un fatto concreto, per sua natura peculiare, ad un principio di diritto per sua natura generale, rischiandosi così la presenza di troppe zone d'ombra, ossia elementi fattuali non riconducibili a fattispecie giuridiche.

³⁷ In merito parte della dottrina metteva anche in guardia dal fatto che una concezione di questo tipo, che poteva anche ispirarsi all'elemento pastorale, metteva le sentenze emanate a rischio di querela di nullità per diniego del diritto di difesa (in approfondimento si veda: A. STANKIEWICZ, *La conformità delle sentenze nella giurisprudenza*, in *La doppia conforme nel processo matrimoniale. problemi e prospettive*, Città del Vaticano, LEV, 2003 (= «Studi giuridici» LX), pp. 147-166: 157).

³⁸ La posizione che si va ad illustrare affonda le sue radici già nel diritto giustiniano così come poi recepito dalle Decretali, così richiedendo che nelle azioni personali si esprimesse la *causa petendi remota* mentre nelle reali la *proxima* (cfr. GREGORIUS IX, *Decr.*, lib. II, t. III, pars I, IV, in E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 100).

³⁹ *Coram* Raad, *decretum diei 23 iunii 1973*, [B 54/73], citato in *Verità e definitività della sentenza canonica*, cit., pp. 163-168.

⁴⁰ *Coram* Raad, *decretum diei 23 iunii 1973*, cit., p. 165 n. 7: «*Videtur quod caput nullitatis et causa petendi non necessario idem significant seu verba synonymica sunt. Causa petendi latius patet quam caput nullitatis*».

⁴¹ *Ivi*, n. 8: «*Antiquiores iurisperiti distinguebant causam petendi proximam et remotam. Proxima erat ius subiectivum (...). Remota erat factum iuridicum, ex quo ius subiectivum nascitur et in iure obiectivo seu norma legis fundatur*».

⁴² *Ibid.*

poggia e li dimostreranno durante il processo;⁴³ qualificare la ragione prossima – ossia *iuris nomen tribuere* –, definendo così il capo di nullità, rientra, invece, nella potestà – intesa come diritto e dovere – del giudice.⁴⁴

Tale posizione, nonostante la critica rivoltale,⁴⁵ permetterebbe di parafrasare l'art. 250 n. 2 dell'Istruzione *Dignitas Connubii*, asserendo che la sentenza debba contenere sia i fatti, dimostrati in giudizio, che hanno permesso di comprendere la nullità del consenso, sia la qualificazione giuridica che il giudice ha fornito degli stessi e che permette di collegare quei fatti ad un substrato legislativo.

In conclusione, definire il capo di nullità quale *causa petendi proxima* risulta l'unica via che giustifichi ed avvalori l'azione interpretativa del giudice alla luce della vicenda esistenziale dei coniugi. In questo modo, infatti, l'utilizzo della formula *defectus consensus* andrebbe riletto come risposta alla difficoltà – anche da parte dell'operatore del diritto – di inquadrare alcune fattispecie pratiche in uno schema giuridico specifico e limitato, mantenendone inalterato il valore di causa remota su cui poggia la domanda – ed eventualmente la certezza morale – in merito al *thema decidendum*, ossia la validità del matrimonio.

3. IL POTERE DEL GIUDICE DI *NOMEN IURIS TRIBUERE*

Alla luce dell'inquadramento effettuato il dibattito si innesta sull'azione dell'organo giudicante, in particolare sulla facoltà di modificare *ex officio* il capo di nullità già concordato. È pacifico che, in sede di concordanza del dubbio, compito del giudice sia interpretare in termini giuridici corretti le istanze presentate da ciascuna delle parti, ossia fornire un inquadramento del caso nella fattispecie giuridica il più possibile aderente alla realtà.⁴⁶ Que-

⁴³ *Ibid.*: «*Vera causa petendi est factum iuridicum (vel actus iuridicus), quod partes adducunt ad sustinendam actionem*».

⁴⁴ Quanto affermato nella sentenza, ossia: «*Partes perraro supponuntur caput cognoscere. Iudicis est normam legis aptam reperire et facto iuridico applicare, "iura novit Curia"*. In *normis continentur exemplaria abstracta facti concreti*» (*ibid.*), è, di fatto, anche abbracciato dalla dottrina. E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 111 spiega che: «*competete esclusivamente al giudice verificare, in ogni singolo caso concreto, che il capo di nullità proposto nel libello sia adeguato a costituire l'oggetto del giudizio; in caso contrario il caput o i capita nullitatis disposti dal giudice nella formula dubii possono ben essere diversi da quelli invocati, in quanto l'organo giudicante ha un vincolo indeclinabile ai fatti presentati nel libello, ma non all'eventuale denominazione proposta degli stessi nella petitio iudicialis*».

⁴⁵ G. ERLEBACH, *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, cit., p. 1764 critica il fatto che questa forma di compromesso non sembra risolutiva della questione non precisando se il capo di nullità sia da considerare soltanto come norma astratta che renderebbe un determinato fatto semplice giuridico, ovvero, al contrario, se il fatto già compreso come giuridico possa giustificare «l'estensione dell'oggetto del giudizio a tutto il campo fattuale contemplato dal relativo capo di nullità».

⁴⁶ A dire il vero la dottrina, tra cui si distingue P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'istruzione Dignitas connubii*, cit., p. 420, sottolinea

sta operazione di cui il giudice è investito, il *nomen iuris tribuere*,⁴⁷ si dispiega essenzialmente in due distinti momenti processuali: la fase iniziale del processo, quando spetta unicamente all'organo giudicante attribuire – o confermare quella proposta – qualificazione giuridica ai fatti allegati dalle parti;⁴⁸ e quella decisionale, sulla cui liceità la dottrina appare dibattuta.⁴⁹

In una *coram De Jorio* del 1964, in sede decisoria, si dichiara la nullità del matrimonio per un capo di nullità differente da quello concordato in sede di definizione del dubbio di causa, ritenendo essere facoltà del giudice attribuire un nome giuridico ai fatti allegati dalle parti, a patto che la nullità risultasse dagli atti stessi di causa.⁵⁰ È da notare che nella sentenza la *causa petendi* è identificata *tout court* con il fatto giuridico.

che l'organo giudicante «non sia costretto a muoversi in un ambito troppo ristretto per assicurare la corrispondenza della propria sentenza rispetto al dubbio precedentemente definito, ma che possa disporre di un certo margine di autonomia che gli consenta il più corretto inquadramento del caso nella fattispecie giuridica», aprendo così la questione se il giudice debba rigorosamente attenersi alla formula del dubbio o se possa essergli riconosciuta una certa libertà di modificazione o per lo meno di interpretazione dello stesso. Allo stesso modo sottolinea J. LLOBELL, *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di «conformitas aequipollens» fra i capi di accusa nelle cause di nullità del matrimonio*, «Ius Ecclesiae» XV, 3 (2003), pp. 614-656: 421, sottolinea come sia dovere delle parti allegare già dal libello i fatti storici che saranno poi valutati alla luce del diritto dal giudice, che li qualificherà sotto uno o più motivi di nullità.

⁴⁷ Per un *excursus* storico in merito alle cause di nullità matrimoniale di questo diritto e dovere del giudice si rimanda allo studio di: E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, «Quaderni dello Studio Rotale» 21 (2011), pp. 91-126: 92-106.

⁴⁸ In merito a questa fase si consideri lo studio di N. SCHÖCH, *Il potere del giudice nella concordanza del dubbio nel processo di nullità matrimoniale*, «Quaderni dello Studio Rotale» 13 (2003), pp. 55-82. L'a. partendo dalla teoria della individuazione e della sostanziazione per quel che concerne la definizione del capo di nullità mette in luce come la presentazione del fatto giuridico ad opera delle parti sia elemento imprescindibile perché il giudice possa qualificare questi in una norma giuridica. Di qui l'a. sostiene anche la necessità imprescindibile della congruenza tra il dubbio concordato ed il dispositivo della sentenza così che ritiene doversi evitare gli estremi di formule troppo ampie nella concordanza del dubbio ovvero formule troppo strette che impedirebbero una sana raccolta delle prove (cfr. p. 71).

⁴⁹ Così in E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 92. L'a. spiega come l'applicazione del principio *iura novit curia* nel qualificare nominalmente i fatti giuridici al momento decisionale derivi dalla prassi forense degli ultimi 60 anni in ambito penale italiano.

⁵⁰ *Coram De Jorio, decisio diei 13 maii 1964*, in R.R.Dec. v. LVI, pp. 353 s. n. 2: «*Animadvertunt Patres iudicum esse speciem seu nomen iuris tribuere factis, ab alterutra vel utraque parte allatis, si actor seu actrix id non praestiterit, aut verum non tribuerit. Ex praemissis consequitur Iudices posse matrimonium nullum declarare ob simulationem totalem, etiamsi partes id nullitatis accusassent ob exclusum bonum sacramenti*». E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., pp. 115 s. collega per analogia la *ratio* dell'azione di De Jorio nel codice di procedura Penale italiano che nella prima parte dell'art. 477 sanciva il potere dell'organo giudicante di variare nella decisione finale la definizione giuridica del fatto enunciato nel rinvio a giudizio: tale «modificazione era possibile soltanto purché che la *res in iudicio deducta* rimanesse immutata.

Sulla stessa linea un decreto *coram* Serrano del 1986,⁵¹ sulla conformità delle sentenze, nella parte in diritto espone varie argomentazioni a favore del potere del giudice di modificare *ex officio* il capo di nullità stabilito nel dubbio di causa, non ritenendo tale facoltà uno strumento di azione arbitraria. Si legge che, essendo la causa di nullità matrimoniale di bene pubblico,⁵² il giudice godrebbe di ampi poteri poiché proprio la natura pubblica della causa impedirebbe di demandare le questioni sulla validità del matrimonio alla scelta delle parti.⁵³ Ancora, si richiama l'originario potere del giudice di stabilire *ex officio* il dubbio di causa sulla base dei fatti allegati dalle parti. Infatti, atteso che l'oggetto del giudizio riguarda la nullità del matrimonio, il giudice non andrebbe oltre quanto richiesto dalla parte se, rispondendo all'oggetto della domanda, esulasse dal nome giuridico dei fatti che stanno alla base di questa.⁵⁴

⁵¹ *Coram* Serrano Ruiz, *decretum diei 24 octobris 1986*, in D.S. v. IV, pp. 143-156. Si è presa questa sentenza a mo' di esempio, dal momento che ci si rifà, comunque, ad una linea giurisprudenziale ben demarcata. Molti degli argomenti qui riferiti sono ripresi, infatti, anche in un decreto *coram* Bruno, *decretum diei 24 februarii 1989*, in D.S. v. IV, pp. 29-36.

⁵² *Coram* Serrano Ruiz, *decretum diei 24 octobris 1986*, cit., p. 146 n. 5: «*Ad matrimonium quod attinet, imprimis adnotanda indoles publica: non indiscriminate igitur in eodem partes omnia possunt omniaque ponunt. Sun hoc quidem respectu multi facienda est, uti puto, nova norma can. 1677, ad processum matrimonialem specifica, iuxta quam interventus iudicis in contestatione litis, quem vidimus ampliore in novo iure, magis adhuc extenditur et ex officio iubetur*». Si veda anche *coram* Bruno, *decretum diei 24 februarii 1989*, cit., p. 31 n. 4, ove il Ponente collega il maggior potere del giudice alla non necessità che le parti conoscano le ragioni giuridiche dei fatti. A sostenere la posizione viene anche quanto affermato in un decreto *coram* Palestro, 21 dicembre 1988, n. 11, che, in merito al potere del giudice nella dichiarazione di conformità equivalente, sostiene che si tratta di una: «prassi eccezionale (...) giustificata dalla *ratio spiritualis*, che, secondo il Decreto, sarebbe assente nel contenzioso privato, e, quindi, dalla natura delle cause di stato personale che hanno come oggetto il *bonum publicum*». S. VILLEGGIANTE, *La conformità equivalente delle sentenze affermative nel processo canonico di conformità matrimoniale*, «Monitor Ecclesiasticus» CXXIII, II (1998), pp. 295-377: 359.

⁵³ In argomento si veda: J. SERRANO RUIZ, *La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente*, in *El "consortium totius vitae". Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca, Universidad pontificia de Salamanca, 1986, pp. 347-377: 375-376.

⁵⁴ *Coram* Serrano Ruiz, *decretum diei 24 octobris 1986*, cit., p. 147 n. 5: «*Imo, ad caput nullitatis quod attinet quodque esset terminus et ipsum controversiae iuxta can. 1514, plura etiam animadvertenda essent quae aequivalenter – ideoque non secus ad conformitatem substantialem sententiarum, quae dein erint constablanda – alterum alteri referre possint et inde substantialiter congruentia. Nam primo et per se actor quaerit nullitatem matrimonii et intentione tribunali afferre vult quidquid ad eam demonstrandam aptum et utile esse potest*». Allo stesso modo il decreto *coram* Bruno, *decretum diei 24 februarii 1989*, cit., p. 32 n. 6, mette in luce il valore del *petitum* collegandolo alla *ratio factorum* rispetto al semplice capo di nullità. La dottrina che si oppone a questa argomentazione muove, tuttavia, dalla concezione del *caput nullitatis* quale unica *causa petendi* nella causa di nullità, così che la sua modifica comporterebbe una vera e propria lesione delle prerogative più intime della persona (cfr. G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, cit., pp. 340-341). La dottrina a questa argomentazione oppone il dettato normativo

Anche parte della dottrina guarda con favore al potere del giudice di modificare *ex officio* il dubbio di causa, anche se vi è minor intesa sulle modalità con cui con cui siffatto potere dovrebbe realizzarsi. Si parte dalla constatazione che possono darsi casi in cui, svolta l'istruttoria e presentate le difese, in fase di esame degli atti al giudice appaia che il capo di nullità risulti non ben formulato a fronte dell'evidenza dei fatti provati ed allegati.⁵⁵ In questi casi l'organo giudicante godrebbe della facoltà di modificare il *nomen iuris* attribuito ai fatti anche in sede di decisione e deliberazione della causa, senza incorrere in una violazione delle norme *ad validitatem*.⁵⁶ Inoltre, parte della dottrina, sostenuta anche dalla giurisprudenza,⁵⁷ fonda questa facoltà sull'elemento equitativo, ossia sulla necessità evitare che l'applicazione pedissequa della norma, specialmente qualora le parti non siano sostenute da un patrono, costringa il Tribunale, in assenza di modifica del dubbio di causa – ossia del *nomen iuris* – a fornire una decisione ingiusta.⁵⁸

del can. 1514 che richiede, per la modifica del dubbio una istanza di parte, al fine di evitare il pericolo di nullità della sentenza (cfr. G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, Roma, Pontificia università gregoriana, 2015⁴, pp. 86 s.).

⁵⁵ Cfr. M. POMPEDDA, *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 172.

⁵⁶ L'argomentazione su cui il ragionamento è basato si fonda sull'analogia con le norme speciali concesse ai Tribunali Americani nel 1970 (cfr. *Rescriptum Consilii pro Publicis Ecclesiae negotiis*, 28 aprile 1970, norm. 11, «Periodica de re canonica, morali, liturgica» LIX (1970), pp. 594-598: «*Durante processu, ipse adiungere poterit alterum vel alia capita nullitatis*»). Secondo altra dottrina, che pur mantenendo valida la facoltà del giudice di mutare il capo di nullità *ex officio* tuttavia la sottopone a limitazione, il capo di nullità potrebbe essere modificato dal giudice in sede decisionale soltanto in caso di continenza tra due capi: «quando il nuovo capo individuato in sede di decisione sia ricompreso in quello indicato nella *formula dubii* (...)». Ma già qualche perplessità può far sorgere un rapporto di continenza inverso, quando cioè il giudice ritenga di applicare un capo più ampio ricomprendente quello originariamente fondato» (P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'istruzione Dignitas connubii*, «Ius Ecclesiae» XVIII, 2 (2006), pp. 417-438: 422-433).

⁵⁷ La giurisprudenza richiama la sussistenza di una sorta di statuto proprio delle cause di nullità matrimoniale segnato da una sorta di *aequitas permanens*, mancante nelle altre cause private. Si legge in coram Palestro, *decretum diei 21 decembris 1988*, in D.S. v. VI, pp.: 252 n. 12: «*Principia, quibus talia decreta, in causis nullitatis matrimonii lata, innituntur, nempe "nihil ad talem conformitatem obicit quominus partes in petendo diversa tribuerint nomina actionibus, dum eadem appareant facta iuridica comprobata: iura novit Curia; nec officit quod, item stantibus iisdem factis iuridicis comprobatis, Iudices diversa capita nullitatis pronuntiant in decidendo: potius motiva et conclusiones sententiae prae oculis habenda sunt quam termini hadibiti"* (coram Serrano, *decr. 25 ianuarii 1974 n. 6*), in *causis contentiosis mere privatis, ubi ratio spieirtualis deest et iudex tantum ad instantiam partis procedere potest, recipi non possunt*».

⁵⁸ Così ritiene J. LLOBELL, *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell'art. 291 della Dignitas Connubii*, cit., p. 522. L'autore praticamente risolverebbe la questione attraverso l'emanazione di un decreto *ex officio* previo alla pubblicazione degli atti e fatta salva la possibilità delle parti di impugnare la decisione e proporre nuove prove. Per ulteriore specificazione vedi: J. LLOBELL, *La pubblicazione degli atti, la "conclusio in causa" e la discussione della causa*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione dignitas connubii*, v. III, cit., pp. 509-558:

Non manca, tuttavia, chi, in dottrina, è contrario all'affermazione di questo potere del giudice, riferendosi sia alla lesione al diritto di difesa che deriverebbe alle parti da tali iniziative dell'organo giudicante,⁵⁹ sia al contrasto con norme processuali stabilite *ad validitatem*,⁶⁰ sia alla nullità della sentenza che deciderebbe *extra petita*.⁶¹ Tali opposizioni che di fatto si fonderebbero, in ultima analisi, sul rischio del giudice di porre in essere una decisione che contrasti con quanto allegato nella domanda attorea, risultano però debitorie della concezione dottrinale che identifica il *caput nullitatis* con la *causa petendi tout court*, che – come si è sopra accennato – non permette una lettura completa della vicenda esistenziale. Qualora, invece, si attui una distinzione tra *causa petendi remota* e *proxima* si comprenderebbe come, sul fondamento dell'equità,⁶² possa rientrare nel potere del giudice, in sede decisionale, mo-

545-547. Altra soluzione pratica è proposta da Maragnoli che prevede la possibilità e l'utilità da parte del giudice sempre nella fase previa alla pubblicazione degli atti a convocare le parti, «per far presente a chi vi abbia interesse l'opportunità di ampliare il tema dell'indagine su cui verte il giudizio», proporre la modifica del dubbio di causa che sarà, poi, formalmente richiesta dalle parti (G. MARAGNOLI, *La formula del dubbio*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione dignitas connubii*, v. III, cit., p. 129) Entrambe le soluzioni, tuttavia, a sommosso parere dello scrivente, peccherebbero sia del fatto che il giudice sembrerebbe implicitamente offrire una decisione *nunc pro tunc* e, dall'altro lato, vedrebbe venire meno la terzietà del giudice che si porrebbe alla stregua della parte. La risoluzione risiederebbe, allora, in primo luogo nella modifica del *nome iuris* soltanto in sede di deliberazione – quindi con la sentenza –, ovvero qualora non sia ancora data la fase discussoria attraverso l'intervento del Promotore di giustizia. Infatti, stante il fatto che: «il promotore di giustizia potrà proporre certamente un capo di nullità perché ciò corrisponde al suo ruolo di parte se è stato nominato per intervenire in un processo» (N. SCHÖCH, *Il potere del giudice nella concordanza del dubbio nel processo di nullità matrimoniale*, cit., 67), il giudice sarebbe chiamato a sottoporre allo stesso la questione che si farebbe così parte nel processo matrimoniale *boni animarum ratione*. Così come accennato da: G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, cit., p. 534; P. BIANCHI, *oretenus tantum*).

⁵⁹ Così, ad es. G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, cit., pp. 351-353, che sottolinea il rischio derivante soprattutto per la difesa della parte convenuta che si vedrebbe impedita nel proporre le proprie argomentazioni ed osservazioni sull'oggetto del giudizio.

⁶⁰ Così P. V. PINTO, *I processi nel codice di diritto Canonico*, Città del Vaticano, LEV, 1993, pp. 253-254, il quale, sostenendo che le condizioni per la modifica del dubbio norma del can. 1514 siano *ad validitatem*, ritiene che il giudice non possa modificare di sua iniziativa il dubbio di causa senza istanza di parte.

⁶¹ Così, ad es., E. DI BERNARDO, *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 120. L'a. argomenta sia dottrinalmente che giurisprudenzialmente sostenendo la necessità di aderenza del *caput nullitatis* stabilito nel dubbio di causa alla sentenza. Tutto ciò asserendo che «nella sentenza il giudice deve rispondere rigorosamente ai capi di nullità concordati e dunque non può modificarli arbitrariamente».

⁶² Del resto la nozione di giustizia equitativa «che si faccia carico delle esigenze di coloro che si rivolgono ai tribunali» (cfr. P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'istruzione Dignitas connubii*, cit., p. 427) è quella spinta fondamentale che ha sempre mosso la possibilità della conformità equivalente, così da porre massimo

dificare la seconda, che entra nella sua disponibilità, senza influire sui fatti allegati dalle parti ed ampiamente investigati e dibattuti durante tutto l'*iter* processuale.

Nelle cause di nullità matrimoniale il giudice ecclesiastico si trova di fronte a «frammenti di vita vissuta, spaccato di vicenda umana che ha impedito al matrimonio di trovare una sua realizzazione: è ad esso che va ricondotto, sostanzialmente sul piano umano il suo fallimento»: ⁶³ ne consegue che, sulla base di queste evidenze fattuali, il suo compito è quello di indagare sulla validità dell'atto posto in essere, fulcro dell'indagine giudiziale. Così, chiamato ad applicare della norma alla vicenda umana concreta ed integrale, l'organo giudicante deve assecondare la necessità di Giustizia intesa come raggiungimento della verità sulla base di quanto allegato dalle parti. A tal fine si è cercato di descrivere il modo in cui il Tribunale della Rota Romana può fornire la qualificazione giuridica il più aderente possibile al vissuto completo delle parti ed ai fatti allegati dalle stesse, attraverso il ricorso alla categoria della *causa petendi proxima e remota*. È, quindi, la necessità di giustizia, ossia la necessità di attuare la norma divina di cui la Chiesa è depositaria – la *salus animarum* –, a richiedere che il giudice fissi primariamente lo sguardo sul fatto e non soltanto sul *nomen iuris* al fine di emettere la decisione. ⁶⁴ Il giudice canonico è, così, più che mai chiamato ad utilizzare, nell'applicazione della legge, l'*aequitas*, che non deve – né tanto meno può – essere ridotta a semplice *benignitas*, ma risultare strumento atto a comprendere razionalmente il fatto, per giungere alla certezza morale in merito alla verità di una situazione concreta connotata da una vicenda esistenziale complessa.

valore al fatto giuridico, allegato dalle parti, piuttosto che al *nomen iuris* fornito dal giudice a tali fatti. J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum nell'istruzione Dignitas Connubii e i suoi riflessi sulla dinamica del processo*, cit., pp. 524-525 sostiene come storicamente sia stato sempre dovere delle parti presentare i fatti, ossia la *causa petendi*, che il giudice poi qualificava attraverso il nome.

⁶³ P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'istruzione Dignitas connubii*, cit., p. 436. L'a. inserisce il discorso sull'*aequitas* per sostenere la *ratio* della conformità equivalente. Invero, così facendo e così fornendo doppio valore al vissuto, umano e giuridico, in effetti avalla indirettamente la tesi della *causa petendi remota e proxima*.

⁶⁴ Del resto l'attenzione primaria al fatto giuridico è connaturata al diritto occidentale, dal momento che essa compare già a partire dal diritto romano. Infatti, Accursio, nel commentare D. 44. 2. 6, brano di Paolo sulla *res iudicata* sostiene: «*unam controversiam dicit unam causam, id est factum iuridicum ex quo actio nascitur de quo cum semel actum fuerit: quamvis actione et occasione aliarum actionum non debet iterum quaeri de eodem*» (Franciscus Accursio, *Glossa: "singulis controversiis"* [44. 2. 6], in *Pandectarum seu Digestorum iuris civilis*, v. III, Venetiis, 1569, p. 551).

BIBLIOGRAFIA

- PIUS XII, *Allocutio ad prelatos auditores ceterosque officiales et admissarios Tribunalis Sacrae Romanae Rotaenon eiusdem Tribunalis advocatos et procuratores*, 29 octobris 1947, «AAS» XLI (1947), pp. 493-498.
- BENEDETTO XVI, *Allocutio ad omnes partecipes Tribunalis Rotae Romanae diei 26 ianuarii 2008*, in *Acta Apostolica Sedis*, vol. c, Città del Vaticano, 2008, pp. 84-88.
- FRANCISCUS, *Adhortatio Apostolica Evengelii gaudium*, 24 novembris 2013, «AAS» CV, 12 (2013), pp. 1019-1137.
- , *Allocutio ad Rotae Romanae Tribunal in occasione Inaugurationis anni iudicialis*, 29 ianuarii 2018, «AAS» CX, 2 (2018), pp. 237-240.
- *
- coram Perathoner, *decisio diei 2 ianuarii 1913*, in S. R.R.Dec. vol. v, pp. 1-7.
- coram Prior, *decisio diei 8 martii 1913*, in S. R.R.Dec. vol. v, pp. 210-216.
- coram De Jorio, *decisio diei 13 maii 1964*, in R.R.Dec. v. LVI, pp. 352-368.
- coram Jaeger, *decisio diei 29 novembris 2018*, *Portladen*. In Oregon [A 215/2018].
- coram Jaeger, *decisio diei 14 februarii 2019*, *Ianuen* [A 31/2019].
- coram Pinto, *decretum diei 17 martii 1971*, in *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano, LEV, 1997 («Studi giuridici» LXVI), pp. 159-162.
- coram Raad, *decretum diei 23 iunii 1973*, *Mexicana* [B 54/73].
- coram Serrano Ruiz, *decretum diei 24 octobris 1986*, in D.S. v. IV, pp. 143-156.
- coram Bruno, *decretum diei 24 februarii 1989*, in D.S. v. IV, pp. 29-36.
- coram Erlebach, *decretum diei 14 decembris 2006*, «Ius Ecclesiae» XIX, 3 (2007), pp. 627-635.
- *
- Rescriptum Consilii pro Publicis Ecclesiae negotiis*, 28 aprile 1970, norm. 11, «Periodica de re canonica, morali, liturgica» LIX (1970), pp. 594-598.
- *
- HENRICUS DE SEGUSIO, CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, L. II, *de libelli oblatione*, Lugduni, 1537, ristampa Aalen. 1962.
- BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa Decretalium*, lib. II, ti. III §2, ed. E. Ad. Th. Layspers, Graz, 1956.
- *
- ARROBA CONDE M. J., *Diritto processuale canonico*, Roma, Ediurcla, 2009⁵.
- , *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente al procedimento*, in *La “querele nullitatis” nel processo canonico*, Roma, LEV, 2005 («Studi giuridici» LXXXIX), pp. 145-166.
- BORDONALI S., *Matrimonio e famiglia: tra innovazione e manipolazione*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. F. Carulli, A. Sammassimo, Milano, Vita e Pensiero, 2015, pp. 91-105.
- CAPPELLO F., *Utrum conformes ad normam can. 1903 et 1987 dicendae sint duae sententiae de nullitate matrimonii latae, si eusdem nullitas declarata fuerit ex diverso capite*, «Periodica de re canonica, morali, liturgica» XX (1931).
- DI BERNARDO E., *Il nomen iuris tribuere da parte del giudice nelle cause di nullità matrimoniale*, «Quaderni dello Studio Rotale» 21 (2011), pp. 91-126.

- ERLEBACH G., *Il capo di nullità secondo la giurisprudenza della rota romana*, «Quaderni dello Studio Rotale» 19 (2009), pp. 131-162.
- , *Il caput nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali*, in *Iustitia et iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal, J. Llobell, v. III, Città del Vaticano, LEV, 2010 («Studi giuridici» LXXXIX), pp. 1753-1772.
- FRANCESCHI H., *Lo ius connubii come criterio interpretativo delle norme riguardanti la nullità del matrimonio. Alcune considerazioni sulla giurisprudenza della Rota Romana*, «Quaderni dello Studio Rotale» XX (2010), pp. 13-41.
- FUMAGALLI CARULLI O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale*, Milano, Vita e Pensiero, 1974.
- GIACCHI O., *Il consenso matrimoniale*, Milano, Vita e Pensiero, 1968³.
- LLOBELL J., *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di «conformitas aequipollens» fra i capi di accusa nelle cause di nullità del matrimonio*, «Ius Ecclesiae» XV, 3 (2003), pp. 614-656.
- , *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell'art. 291 della Dignitas Connubii, in Verità del consenso e capacità di donazione*, a cura di H. Franceschi, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2009, pp. 511-561.
- , *Il concetto di conformitas sententiarum nell'istruzione Dignitas Connubii e i suoi riflessi sulla dinamica del processo*, in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della Dignitas Connubii*, a cura di H. Franceschi, J. Llobell, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2005, pp. 193-230.
- MARAGNOLI G., *La formula del dubbio*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione dignitas connubii*, v. III, a cura di P. A. Bonnet, C. Gullo, Roma, LEV, 2008 («Studi giuridici» LXXVII), pp. 85-132.
- LEGA M., BARTOCETTI V., *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, vol. III, Roma, ALCI, 1950.
- MONETA P., *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'istruzione Dignitas connubii*, «Ius Ecclesiae» XVIII, 2 (2006), pp. 417-438.
- MONTINI G. P., *Alcune questioni in merito al can. 1514*, «Periodica de re canonica» XCII (2003), pp. 305-358.
- , *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, «Periodica de re canonica» XCV (2006), pp. 453-551.
- , *La funzione processuale del capo di nullità*, «Ephemerides iuris canonici» LI, 2 (2011), pp. 445-470.
- , *La Rota Romana e i Tribunali Locali*, in *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1998-2008)*, Città del Vaticano, LEV, 2010 («Studi giuridici» LXXXVII), pp. 41-61.
- , *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, Roma, Pontificia università gregoriana, 2015⁴.
- POMPEDDA F., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, Giuffrè, 1995.
- ROBERTI F., *De processibus*, v. I, Città del Vaticano, Salvi, 1956⁴.
- SCHÖCH N., *Il potere del giudice nella concordanza del dubbio nel processo di nullità matrimoniale*, «Quaderni dello Studio Rotale» 13 (2003), pp. 55-82.
- SERRANO RUIZ J., *La determinación del capitulo de nulidad de matrimonio en la discipli-*

na canónica vigente, in *El "consortium totius vitae". Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca, Universidad pontificia de Salamanca, 1986, pp. 347-377.

STANKIEWICZ A., *La conformità delle sentenze nella giurisprudenza*, in *La doppia conforme nel processo matrimoniale. problemi e prospettive*, Città del Vaticano, LEV, 2003 («Studi giuridici» LX), pp. 147-166.

VERSALDI G., *Elementa Psychologica matrimonialis consensus*, «Periodica de re canonica morali liturgica» LXXI (1982), pp. 179-209.

VILADRICH P. J., *È necessaria una riforma del canone 1095?*, in *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere*, a cura di H. Fanceschi, M. A. Ortiz, Roma, EDUSC, 2012 («Subsidia Canonica» 6), pp. 205-222.

VILLEGGIANTE S., *La conformità equivalente delle sentenze affermative nel processo canonico di conformità matrimoniale*, «Monitor Ecclesiasticus» CXXIII, II (1998), pp. 295-377.

*Studi sull'esercizio del diritto al culto
durante l'emergenza sanitaria*

In questa sezione si includono degli studi e informazioni sull'esercizio della libertà di culto in alcuni ordinamenti più emblematici e sul diritto dei fedeli di ricevere i mezzi salvifici.

COVID-19 E LIBERTÀ RELIGIOSA IN ITALIA:
LO SPIRITO DI RESILIENZA DELLO STATO
E DELLA CHIESA DAVANTI ALLA SFIDA
DELLA PANDEMIA

COVID-19 AND RELIGIOUS FREEDOM IN ITALY:
THE SPIRIT OF RESILIENCE OF THE STATE
AND THE CHURCH IN THE FACE OF THE CHALLENGE
OF THE PANDEMIC

DANIELA MILANI*

RIASSUNTO · Il presente contributo analizza i provvedimenti che hanno interessato l'esercizio del diritto di libertà religiosa in Italia in tempo di pandemia durante tutto il 2020. Tali provvedimenti hanno sollevato diverse questioni giuridiche. Da un lato, sotto il profilo del rispetto dei principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza e temporaneità, la cui osservanza serve a garantire che la compressione dei diritti, ivi compreso quello di libertà religiosa, avvenga

ABSTRACT · The contribution analyses the measures that affected the exercise of religious freedom in Italy in times of pandemic throughout the 2020. These measures raised several legal issues. On the one hand, from the point of view of compliance with the principles of necessity, proportionality, reasonableness and temporariness, whose observance aims to ensure that the compression of rights, including that of religious freedom, takes place in accordance with the

* daniela.milani@unimi.it, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano.

nel rispetto della Costituzione. Dall'altro, con specifico riferimento a possibili violazioni del principio pattizio. Parallelamente, ha inteso indagare il modo in cui l'autorità ecclesiastica si è posta di fronte alle misure che sono state adottate per contenere la diffusione del contagio, evidenziando come con spirito di collaborazione e senso di responsabilità la Chiesa italiana abbia provato a trasformare la tremenda lezione della pandemia in un tempo propizio.

PAROLE CHIAVE · Covid-19, Libertà religiosa, Principio pattizio, Diritto alla salute, Salvezza dell'anima, Celebrazioni in presenza.

Constitution. On the other hand, with specific reference to possible violations of the principle of bilateralism. At the same time, the paper sought to investigate the way in which the ecclesiastical authority has dealt with the measures that have been adopted to contain the spread of the contagion, highlighting how Italian Church has tried to turn the terrible lesson of the pandemic into a propitious time with spirit of collaboration and sense of responsibility.

KEYWORDS · Covid-19, Religious Freedom, Bilateralism, Right to Health, Salvation of The Soul, Coram Populo Ceremonies.

SOMMARIO: 1. Rifuggire dalla tentazione di leggere la pandemia come una punizione divina. – 2. La catena normativa dell'emergenza e i suoi presupposti. – 3. Fase 1: la salute del corpo, prima di tutto. – 4. Fase 2: il graduale ritorno alle celebrazioni in presenza. – 5. Fase 3: l'epilogo di un anno difficile. – 6. Primi bilanci: tempo di Covid, tempo propizio?

1. RIFUGGIRE DALLA TENTAZIONE DI LEGGERE LA PANDEMIA COME UNA PUNIZIONE DIVINA

IN un interessante volume del 2012 Sergio Givone ripercorre la storia della peste attraverso le pagine che diversi scrittori e intellettuali hanno dedicato a tale flagello, nelle sue diverse accezioni.¹ Lungo questo percorso «necessità e responsabilità, colpa e destino si toccano, si intrecciano, si sfidano»,² fornendo il pretesto per fare luce «sul nodo essenziale di ciò che», sempre Givone, in occasione di un ciclo di lezioni tenute nel 2014 alla Humboldt Universität di Berlino, ha definito «pensiero tragico, ovvero l'assumersi la responsabilità per il destino».³

Dall'*Iliade* di Omero a *La peste* di Camus,⁴ passando per *I Promessi sposi* di Manzoni, il rapido diffondersi di malattie contagiose è un *tòpos* che, come

¹ S. GIVONE, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino, Einaudi, 2012.

² Ivi, p. 11.

³ S. GIVONE, *I sentieri della filosofia*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2015, n. 1 consultabile in open access all'indirizzo <http://books.openedition.org/res/1039>.

⁴ Legge il romanzo di Camus in termini di contrapposizione tra religione e scienza, malattia e fede B. PISELLI, *Scienza e religione ne "La peste" di Camus*, «Studi Francesi» 179 (2016), p. 233 ss.

noto, ha goduto di grande fortuna nella storia della letteratura,⁵ narrando le paure reali e immaginarie dell'uomo di fronte allo smarrimento provocato da un male irrefrenabile e misterioso che semina all'improvviso sofferenza e morte. Ma soprattutto, accende cruciali domande di senso. Non tanto e non solo sul versante della malattia, considerata in sé e per sé, quanto piuttosto su quello delle ragioni per cui una sciagura di siffatte proporzioni possa essere inflitta agli uomini, con il carico di dolore che ne consegue. Domanda, quest'ultima, che ha trovato non di rado risposta in spiegazioni di natura retributiva, secondo le quali la malattia si "giustificerebbe" nei termini di un castigo divino inferto agli uomini per punirli delle colpe commesse.

Così è, per esempio, già nell'*Iliade*, dove il "morbo maligno" che si diffonde nel campo degli Achei assume il significato di un castigo che il dio Apollo manda loro per vendicarsi della tracotanza di Agamennone. Ma lo stesso può dirsi per la pestilenza che affligge la città di Tebe nell'*Edipo Re* di Sofocle. O ancora, per le epidemie che sono state narrate nella Bibbia come punizione del Signore per le colpe commesse, o in conseguenza di esse.⁶

Come non ricordare poi la peste di manzoniana memoria che è stata narrata in forma romanzata ne *I Promessi sposi* e poi documentata nella *Storia della colonna infame*, ripercorrendo gli atti del processo svoltosi contro i presunti untori. Per lo scrittore che ha dato i natali al romanzo ottocentesco in Italia la peste portata dai Lanzichenecchi rappresenta il paradigma esistenziale dell'intervento di Dio sulla vita dell'uomo. Rin vigorito nella fede dall'adesione al giansenismo, l'autore indaga il tema della peste in rapporto all'agire enigmatico e imperscrutabile della Provvidenza nella storia. In tale prospettiva il male non è semplicemente una punizione divina, né tanto meno una prova da superare, ma risponde a logiche e a ragioni che rimangono indecifrabili alla mente dell'uomo. Ciò nonostante, se anche il dolore non può spiegarsi dentro la storia, la fiducia in Dio può renderlo più sopportabile e rivelarsi – forse – persino utile per la salvezza dell'anima.⁷

⁵ Ricostruisce le tappe più rilevanti di questo percorso A. JELLAMO, *La peste, tra letteratura e storia*, in *Studiare la pandemia. Disuguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, a cura di D. Cersosimo, F. Cimatti, F. Raniolo, Roma, Donzelli, 2020, parte II, VI. Si veda inoltre il focus di M. MADONNA, *Diritto e letteratura ai tempi del Coronavirus: gli 'occhiali' dei giuristi e lo sguardo 'lungo' dei letterati*, 5 Aprile 2020, all'interno del dossier *Emergenza Coronavirus* di Ollir.it.

⁶ Sul punto R. PAURA, *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero cristiano e l'idea del Dio punitore*, «Orbis Idearum» 8 (2020), p. 43 ss.

⁷ «Dopo un lungo dibattere e cercare insieme (Renzo e Lucia), conclusero che i guai vengono bensì spesso, perché ci si è dato cagione; ma che la condotta più cauta e più innocente non basta a tenerli lontani; e che quando vengono, o per colpa o senza colpa, la fiducia in Dio li raddolcisce, e li rende utili per una vita migliore. Questa conclusione, benché trovata da povera gente, c'è parsa così giusta, che abbiám pensato di metterla qui, come il sugo di tutta la storia» (A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. xxxviii).

Apparentemente bandita da un presente che ripone nella scienza una fede incondizionata, la tentazione di leggere la pandemia come una punizione divina nei confronti dell'uomo⁸ è inaspettatamente riemersa anche al manifestarsi del SARS-CoV-2.⁹ Salvo essere prontamente respinta dalla pastorale della responsabilità, della fratellanza, del rinnovamento e dell'impegno per il bene comune che, quasi profeticamente, attraversa tutto il magistero di papa Francesco,¹⁰ tessendo un filo rosso che collega l'enciclica *Laudato si'* sulla cura della casa comune del 2015¹¹ alla *Fratelli tutti* del 3 ottobre 2020.¹² Un'enciclica, quest'ultima, dedicata alla fratellanza universale e all'amicizia sociale che il pontefice scrive proprio mentre irrompe la pandemia.¹³ In essa papa Bergoglio ammonisce contro il rischio che «il “si salvi chi può”» possa degradare «rapidamente nel “tutti contro tutti”», considerando questa eventualità anche «peggio di una pandemia».¹⁴ Occorre invece rammenta-

⁸ Cfr. R. PAURA, *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero cristiano e l'idea del Dio punitore*, cit., p. 42 il quale ricorda anche la pronta reazione affidata all'omelia pronunciata da padre Raniero Cantalamessa in occasione del Venerdì Santo: «Non è Dio che con il coronavirus ha scaraventato il pennello sull'affresco della nostra orgogliosa civiltà tecnologica. Dio è alleato nostro, non del virus! “Io ho progetti di pace, non di afflizione”, dice nella Bibbia (Geremia 29,11). Se questi flagelli fossero castighi di Dio, non si spiegherebbe perché essi colpiscono ugualmente buoni e cattivi, e perché, di solito, sono i poveri a portarne le conseguenze maggiori. Sono forse essi più peccatori degli altri? (...). Forse che Dio Padre ha voluto lui la morte del suo Figlio sulla croce, a fine di ricavarne del bene? No, ha semplicemente permesso che la libertà umana facesse il suo corso, facendola però servire al suo piano, non a quello degli uomini. Questo vale anche per i mali naturali, terremoti ed epidemie. Non le suscita lui. Egli ha dato anche alla natura una sorta di libertà, qualitativamente diversa, certo, da quella morale dell'uomo, ma pur sempre una forma di libertà» (R. CANTALAMESSA, *Io ho progetti di pace, non di afflizione*, Basilica di San Pietro, 10 aprile 2020, all'indirizzo <http://www.cantalamesa.org/?p=3883>, visitato il 22 gennaio 2021). Si veda inoltre D. NEHAUS, *Il virus è una punizione di Dio?*, «La Civiltà Cattolica» 4077 (2020), p. 238 ss.

⁹ Inizialmente denominato 2019-nCoV il coronavirus isolato in Cina all'inizio dell'epidemia è stato successivamente classificato dall'International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV) Sars-CoV-2. L'11 febbraio 2020 il direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha poi annunciato che la malattia provocata da questo virus avrebbe assunto il nome di Covid-19.

¹⁰ P. FANTOZZI, G. MARCELLO, *Le omelie di papa Francesco, in tempo di pandemia. Spunti per una politica al servizio della vita*, in *Studiare la pandemia. Disuguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, cit., parte II, ivi.

¹¹ FRANCESCO, lettera enciclica *Laudato si'* sulla cura della casa comune, 24 maggio 2015.

¹² ID., lettera enciclica *Fratelli tutti sulla fraternità e l'amicizia sociale*, 3 ottobre 2020.

¹³ «(...) mentre stavo scrivendo questa lettera» – afferma Francesco, lettera enciclica *Fratelli tutti sulla fraternità e l'amicizia sociale*, cit., n. 7 – «ha fatto irruzione in maniera inattesa la pandemia del Covid-19, che ha messo in luce le nostre false sicurezze. Al di là delle varie risposte che hanno dato i diversi Paesi, è apparsa evidente l'incapacità di agire insieme. Malgrado si sia iper-connessi, si è verificata una frammentazione che ha reso più difficile risolvere i problemi che ci toccano tutti. Se qualcuno pensa che si trattasse solo di far funzionare meglio quello che già facevamo, o che l'unico messaggio sia che dobbiamo migliorare i sistemi e le regole già esistenti, sta negando la realtà».

¹⁴ Ivi, n. 36.

re – ammonisce il pontefice – che «siamo tutti sulla stessa barca». ¹⁵ Non si tratta semplicemente di arginare la paura, bensì, ancora una volta, di avviare processi di conversione ¹⁶ che, lungo le vie tracciate dalla speranza e dalla solidarietà, sono chiamati a convertire il tempo di crisi, segnato dal Covid-19, in un “tempo propizio”. Un tempo in cui papa Francesco invita a trovare «il coraggio di una nuova immaginazione del possibile, con il realismo che solo il Vangelo può offrirci». ¹⁷

2. LA CATENA NORMATIVA DELL'EMERGENZA E I SUOI PRESUPPOSTI

L'uomo del XXI secolo si è così inaspettatamente trovato a combattere contro un virus che lo ha lasciato basito e inerme su molti fronti, incluso quello giuridico. Non tanto e non solo per la fretta di intervenire al fine di contenere il dilagare dell'epidemia, quanto per il tenore delle restrizioni inevitabilmente arrecate all'esercizio di diritti fondamentali, come la libertà di circolazione, di riunione, di associazione e, naturalmente, di culto. ¹⁸

La pandemia ha infatti indotto le autorità di molti Paesi a introdurre misure eccezionali, volte a «scongiurare qualsiasi “*assembramento*” di persone, suscettibile di accelerare la trasmissione del virus». ¹⁹ Università, scuole, palestre, stadi, cinema e teatri sono stati in tal modo serrati dall'oggi al domani. Analoga sorte è toccata, *mutatis mutandis*, ai luoghi di culto. ²⁰

¹⁵ Ivi, n. 30.

¹⁶ Sull'importanza che nel magistero di papa Francesco assume la capacità di avviare processi si rinvia a D. MILANI, *Sinodalità, primato e crisi della Famiglia. Quale diritto canonico per il terzo millennio*, Tricase (LE), Libellula, 2020, p. 105 ss., nonché alla bibliografia ivi indicata.

¹⁷ Così FRANCESCO, *'Un plan para resucitar' a la humanidad tras el coronavirus*, «Vida Nueva» 18-24 aprile 2020, pp. 8-11 all'indirizzo <https://tinyurl.com/ycg86fem>. La citazione si riferisce alla traduzione italiana pubblicata su «L'Osservatore Romano» il 17 aprile 2020. In proposito A. SPADARO, «Una nuova immaginazione del possibile». *Sette immagini di Francesco per il post Covid-2019*, «La Civiltà Cattolica» 4080 (2020), p. 567 ss.

¹⁸ Ha di recente denunciato la pericolosa tendenza degli Stati europei a restringere la libertà religiosa per motivi sanitari e di sicurezza contro la minaccia del terrorismo di ispirazione religiosa il presidente della Commission of the Bishops' Conferences of the European Union (COMECE), Claude Höllerich. Cfr. *Statement of the President of COMECE on the Erosion of Freedom of Religion in the Member States*, consultabile sul sito della COMECE all'indirizzo <https://tinyurl.com/y5275u9a> (visitato il 22 gennaio 2021).

¹⁹ In questi termini A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile collaborazione' con le confessioni religiose*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 18 (2020), p. 3.

²⁰ Per una rassegna delle misure che sono state introdotte nei vari Paesi si rinvia, oltre ai contributi pubblicati in questo fascicolo di «Ius Ecclesiae», a *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, papers 1 ed. P. Consorti, Pisa, DiReSom, 2020; *Law Religion and the Spread of Covid-19 Pandemic*, papers 2 ed. F. Balsamo, D. Tarantino, Pisa, DiReSom, 2020; *COVID-19 y libertad religiosa*, J. Martínez-Torrón, B. Rodrigo Lara (Coordinadores), Madrid, Iustel, 2020. Nelle riviste, si segnalano la sezione *Cronaca* dei «Quaderni di diritto e politica ecclesiasti-

L'emergenza sanitaria ha preso in questo modo il sopravvento su ogni diverso aspetto dell'esistenza umana e ha posto il diritto alla salute al di sopra di tutti gli altri, ridimensionando all'improvviso lo spazio ordinariamente riconosciuto dalla Costituzione ai diritti di libertà, ugualmente fondamentali, ma (a quanto pare) in condizioni normali.

E qui sta il punto. Il passaggio da una condizione di normalità a uno stato di emergenza, di per sé eccezionale, ha travolto il consueto procedere del bilanciamento tra diritti confliggenti, obbligando le democrazie costituzionali a confrontarsi con l'emergenza stessa.²¹ La bilancia costituzionale, per usare le parole di Francesco Alicino, ha cominciato «a pendere dalla parte della tutela della salute e a ridimensionare il peso del diritto di manifestare *coram populo* la fede religiosa».²² Forse non soltanto a pendere, ma addirittura a spezzarsi sotto il peso di un diritto, quello alla salute, che è stato assunto non tanto e non solo nella sua accezione individuale, quanto nella sua proiezione collettiva, anzi *pubblica*.

In questa situazione non sorprende che i canoni di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, su cui ordinariamente si fonda il bilanciamento

ca» 2 (2020), p. 225 ss. con contributi di S. Montesano, A. Castro Jover, J. García Oliva, V. Pacillo, M. Trédez-Lopez, W. Wieshaider rispettivamente su Italia, Spagna, Regno Unito, Svizzera, Francia, Austria e Germania; nonché la sezione *Monografica: "COVID-19 y libertad religiosa"*, Coordinadora B. Rodrigo Lara, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 54 (2020). Si vedano inoltre: A. LICASTRO, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità" nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 15 (2020), p. 34 ss.; A. MADERA, *Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 16 (2020), p. 70 ss.

²¹ Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, «Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali» 1 (2020), p. 368 ss.; P. CONSORTI, *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 54 (2020), p. 1 ss. Si vedano inoltre i contributi pubblicati nel numero monografico di «Questione Giustizia» 2 (2020) dedicato a *Il diritto nell'emergenza* di N. ROSSI, *Il diritto nell'emergenza*, p. 4 ss.; M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, p. 6 ss.; E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, p. 31 ss. Infine, tra i molti, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F. S. Marini, G. Scaccia, Torino, Giappichelli, 2020.

²² F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 19 (2020), p. 9. Cfr. inoltre A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto al tempo della pandemia*, «CONSULTA ONLINE» 1 (2020), p. 236 ss.; A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, «Calumet – intercultural law and humanities review» 2020 all'indirizzo http://www.windogem.it/calumet/upload/pdf/mat_97.pdf, pp. 92-96; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 9 (2020), p. 23 ss.

costituzionalmente orientato tra diritti in conflitto, abbia condotto agli esiti che conosciamo. Tali esiti – si è opportunamente rilevato – non possono «apprezzarsi se non alla luce del loro rapporto con l'emergenza concretamente in atto, in ossequio a quel principio di temporaneità che contribuisce a definire lo statuto dogmatico delle norme eccezionali». ²³ Si tratta inoltre di esiti che vanno considerati nel loro complesso, non incidendo soltanto sull'esercizio del diritto di libertà religiosa, ma interessando molti altri diritti fondamentali, dalla libertà personale (art. 13 Cost.), alla libertà di domicilio (art. 14 Cost.), di circolazione e di soggiorno (art. 16), passando per la libertà di riunione (art. 17 Cost.). ²⁴ Senza contare le restrizioni che hanno avuto per oggetto l'istruzione scolastica e universitaria, l'accesso a cinema, teatri e musei, o ancora, le attività commerciali e lo svolgimento di manifestazioni sportive.

Non si può dunque guardare agli effetti prodotti dalla «catena normativa dell'emergenza», che trova nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ²⁵ il suo primo anello, senza tenere nella dovuta considerazione due elementi: per un verso, la situazione emergenziale da cui è scaturita; per l'altro verso, il carattere generalizzato e trasversale delle restrizioni che sono state introdotte. Il fatto di ignorare tali presupposti – in fatto e in diritto – rischia infatti di aprire la strada a esegesi fuorvianti sul piano sistematico e, come tali, foriere di possibili conflitti. ²⁶

Quanto meno, se guardiamo alla cosiddetta “fase 1” dell'emergenza, quando l'esigenza di imporre il distanziamento sociale si è tradotta nell'adozione di misure unilateralmente imposte dalle autorità dello Stato con l'obiettivo indifferibile, primario e generalizzato di arrestare la diffusione del contagio. ²⁷

²³ Così A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile collaborazione' con le confessioni religiose*, cit., p. 8.

²⁴ Di «limitazione, per così dire indiretta, conseguenza necessaria di misure volte a limitare, in primo luogo, la libertà di circolazione e di riunione» parla A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, in www.settimananews.it.

²⁵ Consiglio dei Ministri, delibera 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, G. U. Serie Generale n. 26 dell'1 febbraio 2020.

²⁶ F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, cit., p. 8. Nello stesso senso N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 7 (2020), pp. 28-29.

²⁷ Non entriamo qui naturalmente nel merito del dibattito che ha animato i costituzionalisti in ordine alla legittimità, sul piano formale, dei provvedimenti susseguitisi all'interno della catena normativa dell'emergenza, come pure delle polemiche riguardanti il mancato aggiornamento del piano pandemico nazionale. Relativamente al primo di questi due aspetti si rinvia a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, «Rivista AIC» 2 (2020), p. 109 ss.; M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, «Questione Giustizia» 2 (2020), p. 11 ss.

3. FASE 1: LA SALUTE DEL CORPO, PRIMA DI TUTTO

Questa prima fase si è avviata, come noto,²⁸ con il decreto legge del 23 febbraio 2020²⁹ che, seppure circoscritto ad alcune aree del Paese, ha prescritto alle autorità competenti di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 1). Tra queste, il divieto di allontanarsi e di accedere ai comuni maggiormente interessati dall'epidemia,³⁰ la sospensione dei servizi educativi e delle gite scolastiche, la chiusura di università, uffici pubblici, musei e luoghi di cultura (art. 1, comma 2) e, per quanto più ci interessa, la «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e *religioso*, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico» (art. 1, comma 2, lett. c).

Successivamente, con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'1 marzo 2020 (DPCM)³¹ sono state confermate le limitazioni già disposte con il provvedimento del 23 febbraio nei confronti dei comuni di Lombardia e Veneto (art. 1). Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus in altre regioni (Emilia Romagna, Lombardia, Veneto) e province (Savona, Pesaro e Urbino, Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona),³² sono state però introdotte anche ulteriori misure di contenimento che, oltre a sospendere fino all'8 marzo l'esercizio di varie attività (art. 2) – tra cui le manifestazioni

²⁸ Per una puntuale ricostruzione dei provvedimenti che sono stati adottati da febbraio a maggio 2020 si rinvia a S. MONTESANO, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 2 (2020), p. 255 ss. Cfr. inoltre R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 10 ss.

²⁹ Decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 45 del 23 febbraio 2020. Abrogato dal decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (art. 5 c. 1 lett. a) ad eccezione degli articoli 3, comma 6-bis, e 4.

³⁰ I comuni immediatamente interessati da tali misure sono stati materialmente individuati con l'allegato 1 al DPCM, 23 febbraio 2020, *Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 45 del 23 febbraio 2020. Più in dettaglio, si è trattato dei comuni di Bertinico, Casalpusterlengo, Castelgerundo, Castiglione D'Adda, Codogno, Fombio, Maleo, San Fiorano, Somaglia, Terranova dei Passerini in Lombardia e del comune di Vo' in Veneto.

³¹ DPCM, 1 marzo 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 52 dell'1 marzo 2020. Il DPCM ha cessato di produrre effetti dalla data di efficacia delle disposizioni contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020.

³² Si vedano gli allegati 2 e 3 al DPCM dell'1 marzo 2020.

e gli eventi di *carattere religioso*, già considerati dal decreto legge del 23 febbraio (art. 2, comma 1, lett. c)³³ – hanno subordinato l’apertura dei luoghi di culto a determinate condizioni. Più in particolare, «all’adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro» (art. 2, comma 1, lett. d).³⁴

L’8 marzo 2020³⁵ le misure di contrasto e di contenimento del Covid-19 sono state estese all’intero territorio nazionale, seguendo però, ancora una volta, lo schema del «doppio binario». ³⁶ E così, in Lombardia, nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell’Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia è stata confermata la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, *anche religiosa* (art. 1, comma 1, lett. g).³⁷ Inoltre, si è subordinata l’apertura dei luoghi di culto all’osservanza delle condizioni già introdotte dal DPCM dell’1 marzo. Con riguardo alle restanti aree del Paese si è invece disposta, da un lato, la sospensione delle «cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri» (art. 1, comma 1, lett. i),³⁸ dall’altro, l’estensione

³³ Nel quadro dei ristori previsti in ragione delle limitazioni introdotte dai provvedimenti anti Covid qui esaminati, il decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 recante *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19* (G.U. Serie Generale n. 53 del 2 marzo 2020) ha considerato anche la sopravvenuta impossibilità di adempiere alle prestazioni concernenti attività di interesse religioso quali possono essere, ad esempio, i pellegrinaggi (art. 28, comma 1, lett. e). Più in generale, M. L. LO GIACCO, *I pellegrinaggi vietati in tempo di pandemia da Covid-19*, in www.diresom.net, p. 1 ss. (ultimo accesso 4 febbraio 2021). Il decreto legge del 2 marzo è stato abrogato dalla legge del 24 aprile 2020, n. 27 (art. 1, comma 2), fatti salvi gli atti e i provvedimenti adottati, nonché gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del provvedimento stesso.

³⁴ Rileva come a partire da questa disposizione le specificità religiose siano divenute progressivamente oggetto di crescente attenzione A. GIANFREDA, *Tra terra e cielo. Libertà religiosa, riti funebri e spazi cimiteriali*, Tricase (LE), Libellula, 2021, p. 328.

³⁵ DPCM, 8 marzo 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 59 dell’8 marzo 2020. In riferimento al DPCM dell’8 marzo 2020 il Ministro dell’Interno ha emanato la Direttiva n. 14606 dell’8 marzo 2020 destinata ai Prefetti per l’attuazione dei controlli nelle “aree a contenimento rafforzato”. Il DPCM ha cessato di produrre effetti dalla data di efficacia delle disposizioni contenute nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020.

³⁶ Così S. MONTESANO, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 257.

³⁷ Vengono sospese, più in particolare, «tutte le manifestazioni organizzate, nonché gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d’esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; nei predetti luoghi è sospesa ogni attività».

³⁸ Su quest’ultimo punto si rinvia ad A. GIANFREDA, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell’e-*

anche a quest'ultime dell'osservanza delle condizioni previste per l'apertura dei luoghi di culto, di cui si è appena detto (art. 2, comma 1, lett. v).

Con la sospensione delle cerimonie religiose, ivi comprese quelle funebri sull'intero territorio nazionale, lo stato d'emergenza ha preso irrimediabilmente il sopravvento sull'esercizio del culto in forma associata da parte dei fedeli della Chiesa cattolica, ma anche delle altre confessioni religiose.³⁹ E lo ha fatto con una disposizione che davanti al dilagare della sofferenza e della morte cagionato dal Covid-19 ha chiaramente anteposto la salute dei corpi alla salvezza delle anime e, ancor prima, al crescente bisogno di conforto spirituale invocato dai fedeli di ogni religione di fronte allo sgomento e alla ricerca di senso suscitati dal SARS-CoV-2.

Dal canto suo la Conferenza Episcopale Italiana (CEI) ha complessivamente avallato le decisioni del Governo, condividendone la *ratio* emergenziale, con spirito di collaborazione e senso di responsabilità.⁴⁰ Ben diversa è stata – come vedremo – la reazione di almeno una parte della dottrina che si è prontamente interrogata non solo sulla portata e dunque sugli effetti da attribuire al divieto di compiere cerimonie religiose,⁴¹ ma anche, più in generale, sulla legittimità delle restrizioni che hanno progressivamente compresso l'esercizio del diritto di libertà religiosa.

Come non menzionare, da questo punto di vista, anche le polemiche suscitate dall'introduzione del primo dei modelli di autodichiarazione volti a

poca del Coronavirus, 17 marzo 2020, all'interno del dossier *Emergenza coronavirus* di Olir.it. L'autrice rileva peraltro che le «restrizioni “dolorosamente” fatte proprie dalla Chiesa italiana (...) non escludono *in toto* le esequie ecclesiastiche, ma si limitano a ridurre, in molti casi, il rito alla sola fase della benedizione della salma nel luogo della sepoltura. Ciò che si perde rimane comunque la messa esequiale e dunque la percezione proprio del significato pasquale della stessa oltre che la dimensione comunitaria che segnala visibilmente l'appartenenza del defunto e dei suoi cari al Popolo di Dio».

³⁹ Basti ricordare tutte le questioni poste anche in ordine alle sepolture islamiche che hanno interessato non solo l'esercizio dei riti ma la stessa inumazione delle salme. In proposito si rinvia all'analisi puntuale di A. GIANFREDA, *Tra terra e cielo. Libertà religiosa, riti funebri e spazi cimiteriali*, cit., p. 330 ss.

⁴⁰ Si vedano al riguardo i comunicati della CEI del 5 e dell'8 marzo pubblicati sul sito della medesima Conferenza all'indirizzo <https://salute.chiesacattolica.it/emergenza-covid-19/> (ultimo accesso 4 febbraio 2021). Con particolare riferimento alla decisione del Governo di sospendere a livello preventivo «le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri», il comunicato dell'8 marzo si pronuncia nei seguenti termini: «l'interpretazione fornita dal Governo include rigorosamente le Sante Messe e le esequie tra le “cerimonie religiose”. Si tratta di un passaggio fortemente restrittivo, la cui accoglienza incontra sofferenze e difficoltà nei Pastori, nei sacerdoti e nei fedeli. L'accoglienza del Decreto è mediata unicamente dalla volontà di fare, anche in questo frangente, la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica».

⁴¹ Sul punto si rinvia ad A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto al tempo della pandemia*, cit., pp. 234-235 e alla bibliografia ivi indicata.

giustificare le ragioni degli spostamenti da consentirsi in deroga al generale divieto di circolazione previsto. Si tratta, come noto, di modelli che hanno subito nel corso del tempo tanti e tali cambiamenti da divenire persino oggetto di scherno.⁴² Nel primo di questi modelli, che è stato adottato all'indomani delle misure varate con il decreto #IoRestoaCasa,⁴³ gli spostamenti consentiti erano infatti espressamente ammessi per quattro motivi: salute, rientro al proprio domicilio, comprovate esigenze di lavoro e situazioni di necessità.

Sebbene il modello di autocertificazione predisposto dal Ministero dell'Interno non richiamasse espressamente le esigenze di culto tra tali motivi, le FAQs emanate dal Viminale (che con il passare del tempo hanno assunto la funzione, sicuramente discutibile sul piano giuridico, ma altrettanto utile su quello pratico, di integrare in via interpretativa il dettato di provvedimenti, non sempre cristallini) hanno fornito importanti chiarimenti in materia di esercizio del culto, ma non solo. Si è così, per un verso, fatta salva la possibilità di «raggiungere il luogo di culto più vicino a casa, intendendo tale spostamento per quanto possibile nelle prossimità della propria abitazione». Per l'altro, ammessa la facoltà di raggiungere anche altri «luoghi di culto in occasione degli spostamenti comunque consentiti, cioè quelli determinati da comprovate esigenze lavorative o da necessità», purché questi luoghi fossero collocati «lungo il percorso già previsto». Relativamente alla possibilità di celebrare messe e matrimoni, funerali o altri riti religiosi le FAQs precisavano poi che erano sospese sull'intero territorio nazionale le cerimonie prevedenti «la partecipazione di significativi gruppi di persone, compresi i funerali. Pertanto (era) sospesa la celebrazione in presenza di una pluralità di fedeli della messa e degli altri riti religiosi come, a mero titolo di esempio, la preghiera del venerdì mattina per la religione islamica, il culto evangelico domenicale o le funzioni presso la sinagoga durante il sabato». Si consentiva invece «l'apertura e l'accesso ai luoghi di culto, purché si evit(assero) assembramenti e si assicur(asse) la distanza tra i frequentatori non inferiore a un metro».⁴⁴

Il 25 marzo 2020, con un nuovo decreto legge, si è prevista la possibilità di adottare, «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità», una o più misure su specifiche parti del territorio nazionale o, all'occorrenza, sulla sua

⁴² L. DE GREGORIO, *(Sor)ridere al tempo del COVID 19*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 17 (2020), p. 1 ss.

⁴³ DPCM, 9 marzo 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, G.U. n. 62 del 9 marzo 2020. Questo DPCM ha cessato di produrre i suoi effetti dall'entrata in vigore delle disposizioni contenute nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020.

⁴⁴ Cfr. S. MONTESANO, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 258.

totalità, per periodi definiti e comunque non superiori a trenta giorni (art. 1, comma 1). Tra queste misure veniva nuovamente confermata, con particolare riferimento all'esercizio del culto, la possibilità di limitare o interrompere manifestazioni, iniziative, eventi e ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, «anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso». Inoltre, si rinnovava la facoltà di sospendere le «cerimonie civili e religiose»; di limitare l'«ingresso nei luoghi destinati al culto»; di chiudere i luoghi di aggregazione (art. 1, comma, 2, lett. g, h, i).⁴⁵

Parallelamente, una nota del Ministero dell'Interno – Direzione centrale degli Affari dei Culti del 27 marzo,⁴⁶ forniva importanti precisazioni in risposta ai quesiti formulati dalla CEI, alla vigilia delle celebrazioni pasquali.

La nota chiariva innanzitutto che, «salvo diversa disposizione delle autorità religiose», i provvedimenti adottati dallo Stato non disponevano la chiusura dei luoghi di culto. La preghiera individuale era dunque consentita, purché l'accesso alle chiese avvenisse nel rispetto della normativa vigente, garantendo le distanze minime previste ed evitando assembramenti. A tal fine si precisava che l'accesso alla chiesa doveva avvenire soltanto «in occasione di spostamenti determinati da “comprovate esigenze lavorative”, ovvero “per situazioni di necessità” e che la chiesa», circostanza quest'ultima foriera di critiche, doveva trovarsi «lungo il percorso».

Sul versante delle celebrazioni liturgiche si chiariva poi, evocando la *ratio* di tutela della salute pubblica sottesa alle limitazioni introdotte con la normativa anti Covid, che le limitazioni in questione non vietavano le celebrazioni in sé e per sé, quanto piuttosto «la partecipazione del popolo», con l'obiettivo di impedire “raggruppamenti” potenzialmente idonei a favorire la diffusione del virus. Per la stessa ragione, non si escludeva la presenza, insieme ai celebranti, degli «accoliti necessari per l'ufficiatura del rito», trattandosi di attività ordinariamente svolte da un numero limitato di persone e, come tali, inidonee a causare il pericolo di assembramenti.

Analoga sorte è stata riservata ai riti della Settimana Santa, con riferimento ai quali sono state indicate però anche le tipologie di soggetti ammessi allo svolgimento dei riti in presenza: celebranti, diaconi, lettori, organisti, cantori e operatori di trasmissione.⁴⁷ A ciò si aggiunge la precisazione – se

⁴⁵ Decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 79 del 25 marzo 2020, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, G.U. 23 maggio 2020, n. 132. Alcuni esempi di provvedimenti adottati dai Presidenti delle Regioni sono riportati in A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta?*, cit., pp. 90-91.

⁴⁶ Nota Ministero dell'Interno – Direzione centrale degli Affari dei culti (prot. 3617 del 27 marzo 2020), consultabile all'indirizzo <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/specifiche-chiese.pdf> (ultimo accesso 4 febbraio 2021).

⁴⁷ Si tratta in realtà delle stesse figure la cui presenza era stata sollecitata nell'interlocu-

non discutibile, curiosa – che ha autorizzato tali soggetti ad autocertificare l'esistenza di «comprovate esigenze lavorative», nonostante «il servizio liturgico non sia direttamente assimilabile ad un rapporto di impiego, e peraltro non comporti né un contratto né una retribuzione».

Infine la nota del Ministero dell'Interno puntualizzava che la celebrazione dei matrimoni era consentita solo se alla presenza del celebrante, dei nubendi e dei testimoni, onde evitare, ancora una volta, assembranti tali da favorire la diffusione del contagio. Quest'ultimo chiarimento ha peraltro e per converso acceso i riflettori sulle celebrazioni che la nota del Ministero non ha viceversa menzionato; non ultime le esequie, avvertite tanto più urgenti e irrinunciabili in un frangente come quello segnato dal SARS-CoV-2.⁴⁸

Mentre si ricostruisce la catena normativa che nella prima fase dell'emergenza ha raggiunto il suo culmine con il decreto del 25 marzo 2020 viene quasi naturale ripercorrere, come in un *flashback*, le immagini insolite e dolorose della preghiera universale che papa Francesco ha indetto e celebrato, in completa solitudine sotto una pioggia battente, proprio il 27 marzo 2020, sul sagrato della basilica di San Pietro.

Ma lo stesso può dirsi per i riti della Pasqua vissuta in tempo di Covid, o per i tanti fotogrammi che raccontano le messe celebrate in *streaming* durante il *lockdown*, dapprima con strumenti di fortuna, poi in forma sempre più consapevole e organizzata.⁴⁹ Una “soluzione di fortuna” che, se da una parte, ha consentito ai fedeli di continuare a riunirsi, seppure rigorosamente

zione della Segreteria Generale della CEI con la Presidenza del Consiglio dei Ministri «per garantire un minimo di dignità alla celebrazione». Cfr. al riguardo gli *Orientamenti per la Settimana Santa* che sono stati pubblicati dalla Presidenza della CEI il 25 marzo 2020 (https://chiciseparera.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/59/2020/03/Orientamenti_Settimana_Santa.pdf), sulla base del decreto con cui la Congregazione per il Culto divino e la Disciplina dei Sacramenti ha aggiornato, su richiesta del pontefice, le indicazioni già offerte con precedente provvedimento del 19 marzo. Il testo della Congregazione (consultabile online all'indirizzo https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccdds/documents/rc_con_ccdds_doc_20200325_decreto-intempodicovid_it.html) disciplinava le celebrazioni della Settimana Santa, dando disposizioni specifiche per i Paesi colpiti dall'emergenza sanitaria.

⁴⁸ Più diffusamente sul punto A. GIANFREDA, *Tra terra e cielo. Libertà religiosa, riti funebri e spazi cimiteriali*, cit., p. 323 ss.

⁴⁹ Al fine di accompagnare i sacerdoti in questa nuova sfida l'Ufficio Nazionale per le Comunicazioni Sociali della CEI ha pubblicato il 27 marzo 2020 alcune indicazioni pratiche. Il documento, dal titolo *Celebrare in diretta TV o in streaming* è consultabile all'indirizzo https://chiciseparera.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/59/2020/03/Messa_Tv_streaming.pdf. Tra le indicazioni fornite, vi era, in particolare, l'invito a celebrare in sincrono. La “contemporaneità” assicurata dalla trasmissione “in diretta” delle celebrazioni «vuole e può (infatti) favorire la “partecipazione”, che, precisava il documento, «è molto più di un semplice “seguire” la Messa».

distanziati, davanti a televisori e *device*,⁵⁰ per l'altra parte, ha improvvisamente esteso a tutti, senza distinzione alcuna, l'esperienza della comunione spirituale, fino a questo momento riservata soltanto ad alcuni fedeli.⁵¹

Ma alla mente tornano anche gli episodi di cronaca di cui sono state pro-

⁵⁰ In proposito si rinvia alle analisi svolte da R. MAIER, *Streaming eucaristici in tempi di epidemia. Una riflessione in seconda battuta*, 29 marzo 2020 all'interno del dossier *Emergenza Coronavirus* di Olir.it. Nell'ambito del medesimo dossier, sempre a opera dello stesso autore, si segnalano i contributi *Libertà religiosa e pandemia: tre paradossi invisibili e tre varchi per abitarli / Parte I – Tre paradossi invisibili nonché Libertà religiosa e pandemia: tre paradossi invisibili e tre varchi per abitarli / Parte II – I varchi possibili* che sono stati rispettivamente pubblicati l'11 e il 17 maggio 2020 e sono ugualmente consultabili all'interno del medesimo dossier. Cfr. inoltre R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, cit., p. 97 ss.

Preoccupazioni per le limitazioni imposte alla celebrazione dei sacramenti durante la prima fase dell'emergenza sono state in particolare espresse da V. PACILLO, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, 6 aprile 2020, nel dossier *Emergenza Coronavirus* di Olir.it. Opportuni rilievi muove anche G. BONI, *Il fondamentale diritto dei fedeli ai sacramenti*, 7 maggio 2020, <https://www.centrostudilivatinio.it/il-fondamentale-diritto-dei-fedeli-ai-sacramenti/>.

Dal canto suo, G. DALLA TORRE, *Coronavirus. Gli ordini dati dallo Stato e gli ordini interni della Chiesa*, «Avvenire», 22 marzo 2020 (<https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/gli-ordini-dati-dello-stato-e-lordine-interno-della-chiesa>), pur ammettendo che «esiste un diritto fondamentale dei fedeli a ricevere dai propri pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, in particolare i sacramenti (can. 213 del Codice canonico)» ricorda anche che «il diritto ai sacramenti è soggetto a determinate condizioni, nel senso che essi non possono essere negati a quanti siano ben disposti a riceverli, non abbiano una proibizione giuridica di riceverli, e inoltre – secondo quanto recita il can. 843 § 1 – siano chiesti “opportunitamente”. A ben vedere» – proseguiva l'autore – «è in questo “opportunitamente” la chiave di risposta al quesito prospettato. Nel senso che l'esercizio del diritto al sacramento – e quindi l'obbligo per il pastore di amministrarlo – è legato a circostanze soggettive e oggettive, di tempo e di luogo. In particolare, insieme al bene spirituale del fedele, si deve tenere conto anche di situazioni come quella presente, in cui è in gioco il bene salute e il bene vita dei consociati, oltre che il bene comune dell'intera società, che il diffondersi del coronavirus attacca sotto molti profili: da quelli relazionali, a quelli lavorativi, economici culturali. Si tratta di beni tutti che il magistero sociale della Chiesa ha più volte sottolineato vedendone la connessione con diritti naturali. D'altra parte, a fronte dell'affermazione del diritto di libertà religiosa quale inviolabile spettanza dell'uomo, come singolo e nelle comunità religiose, la stessa dottrina cattolica considera che in determinate evenienze l'autorità civile possa legittimamente porre dei limiti al relativo esercizio. Come afferma la dichiarazione del Concilio Vaticano II *Dignitatis humanae* (n. 7)» – conclude Giuseppe Dalla Torre «il criterio per legittimare un intervento limitativo dell'esercizio della libertà religiosa è che esso sia conforme all'ordine morale oggettivo, cioè risponda a un ordine pubblico informato a giustizia. A questo fa eco, tra l'altro, il principio morale della responsabilità personale e sociale nell'esercizio dei diritti, anche quelli qualificabili come naturali o fondamentali».

⁵¹ In proposito F. LOMBARDI, *La comunione spirituale*, 18 aprile 2020, in vaticanews all'indirizzo <https://www.vaticannews.va/it/vaticano/news/2020-04/diario-crisi-comunione-spirituale-padre-lombardi-coronavirus.html>.

tagoniste le forze dell'ordine, che hanno fatto il loro ingresso nelle chiese durante le messe per sanzionare il mancato rispetto delle disposizioni anti Covid.⁵² Si tratta di episodi che, indipendentemente dalle singole circostanze, sono stati giuridicamente stigmatizzati in relazione all'art. 5.2 dell'accordo di revisione del Concordato lateranense e all'art. 405 del codice penale: il primo – fatti salvi i «casi di urgente necessità» – vieta, come noto, l'ingresso della forza pubblica negli edifici aperti al culto, senza previo avviso all'autorità ecclesiastica; il secondo, sanziona invece penalmente il turbamento di funzioni, cerimonie e pratiche religiose.⁵³

A prescindere da questi rilievi, ciò che forse maggiormente colpisce, rievocando a distanza di tempo tali episodi, è l'affiorare di un'insoddisfazione crescente verso le restrizioni imposte dalle disposizioni anti contagio all'esercizio del culto *coram populo*.⁵⁴ Dopo una prima fase, ispirata al senso di collaborazione e di responsabilità promosso dalla CEI, tale insoddisfazione ha infatti cominciato a diffondersi tra alcuni pastori e fedeli, parimenti animati dall'intenzione di riaffermare il diritto/dovere riconosciuto in capo ai secondi di ricevere dai primi «gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla Parola di Dio e dai sacramenti», secondo quanto prescritto al can. 213 del codice di diritto canonico.⁵⁵

4. FASE 2: IL GRADUALE RITORNO ALLE CELEBRAZIONI IN PRESENZA

A onor del vero, come già detto, anche in dottrina non tutti hanno condiviso, nel metodo e nel merito, i provvedimenti unilateralmente imposti dal Governo italiano nella prima fase dell'emergenza. Non tanto e non solo sul piano dell'osservanza dei canoni di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza chiamati a garantire – anche in tempo di pandemia – la legittimità

⁵² Ricostruisce alcuni di questi episodi di cronaca A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, «Giustizia insieme» 16 maggio 2020, p. 1 ss. all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1089-liberta-di-culto-ed-emergenza-sanitaria-il-protocollo-del-7-maggio-2020?hitcount=0> (ultimo accesso 4 febbraio 2021).

⁵³ Al riguardo R. SANTORO, *La tutela penale del sentimento religioso ai tempi del Covid-19: il caso del turbamento di funzioni religiose da parte delle Forze dell'ordine*, 22 aprile 2020, all'interno del dossier *Emergenza Coronavirus* di OIIR.it. Cfr. inoltre M. D'ARIENZO, *È legittima la sospensione della Messa in forma pubblica? Risponde un'ecclesiasticista*, in Acistampa.com, 23 aprile 2020 (all'indirizzo <https://www.acistampa.com/story/e-legittima-la-sospensione-della-messa-in-forma-pubblica-risponde-una-ecclesiasticista-13992>, ultimo accesso 4 febbraio 2021); G. BONI, *Il fondamentale diritto dei fedeli ai sacramenti*, cit.; R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, cit., pp. 24-26.

⁵⁴ In tal senso A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 2-3.

⁵⁵ Sull'amministrazione dei sacramenti in tempo di pandemia R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, cit., p. 90 ss.

costituzionale del giudizio di bilanciamento tra diritti in conflitto,⁵⁶ quanto piuttosto su quello dell'asserita violazione del principio di bilateralità pattizia.⁵⁷

Secondo quest'ultimo orientamento i provvedimenti unilateralmente imposti dall'Esecutivo avrebbero infatti comportato un'indebita ingerenza dello Stato nell'ordine proprio delle confessioni religiose, in evidente contrasto con gli artt. 7, comma 2 e 8, comma 3 della Costituzione. Viceversa, l'osservanza di tali disposizioni avrebbe voluto che il Governo introducesse limitazioni al libero esercizio del culto solo in accordo con le confessioni religiose, così da assicurare l'effettiva salvaguardia delle «specificità teologiche e istituzionali» di ognuna di esse.⁵⁸

Nell'ambito poi dei rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, la scelta dell'Esecutivo di procedere unilateralmente avrebbe causato anche la violazione di obblighi ulteriori, che si trovano sanciti all'interno dell'accordo di Villa Madama. Più in particolare, dell'obbligo di rispettare la «libertà della Chiesa cattolica di disciplinare senza interventi dello Stato il libero esercizio

⁵⁶ Tra i molti, T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 11 (2020), p. 36 ss. Critiche esprime anche A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto al tempo della pandemia*, cit., p. 236 ss.

⁵⁷ V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, cit.; ID., *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, «Il diritto ecclesiastico» 1-2 (2019), p. 11 ss.; ID., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 8 (2020), p. 85 ss.; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, «federalismi.it», Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020, p. 1 ss.; F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiasticistico*, «Diritti regionali» 1 (2020), p. 482 ss.; M. CARRER, *Salus rei publicae et salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, «BioDiritto» 2 (2020), p. 339 ss. Di sana cooperatio parla V. MARANO, *Covid e libertà religiosa. Una prova inedita per la sana cooperatio fra Stato e Chiesa*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 257 ss.

⁵⁸ V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, cit., p. 87. Nel merito, secondo l'autore, la situazione di «forza maggiore» causata dal Covid «non può in alcun modo consentire di ritenere lettera morta il secondo comma dell'art. 7 e il terzo comma dell'art. 8 della Costituzione italiana: perché, nel nostro ordinamento, la concreta attuazione della libertà religiosa (che si ha, che sia ben chiaro, non solo quando si promuove, ma anche quando si è costretti a reprimere) passa attraverso una garanzia delle specificità, non attraverso l'azzeramento di queste a colpi di atti amministrativi» (ivi, pp. 89-90). *Contra* N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., p. 31 ss. Analogamente G. CIMBALO, *Il papa e la sfida della pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 9 (2020), p. 13 ss. Si vedano inoltre F. BOTTI, *Bagattelle per una pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 10 (2020), p. 1 ss.; F. ALCINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, cit., p. 10 ss.; A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile collaborazione' con le confessioni religiose*, cit., p. 10 ss.

del culto» (art. 2.1).⁵⁹ Con l'aggravante, integrata nel caso di specie, della violazione del principio di diritto internazionale *pacta sunt servanda*. In altre parole, per essere legittima la limitazione «anche temporanea» della libertà di culto, «– pur se diretta alla tutela di altri diritti fondamentali –»,⁶⁰ doveva avvenire nel rispetto delle regole e delle procedure fissate sia dalla normativa pattizia sia dal diritto internazionale.⁶¹ Inclusa la previsione, di cui all'art. 14 dell'accordo di revisione del Concordato lateranense che demanda a una commissione paritetica il compito di trovare «un'amichevole soluzione» di fronte all'eventuale insorgere di difficoltà interpretative o applicative.

Se i termini di questo dibattito, a tratti molto acceso, sono a tutti noti, altrettanto risaputo è che con l'avvio della “fase 2”, diretta a disciplinare il graduale ritorno alla normalità, anche i presupposti della decretazione d'urgenza sono mutati,⁶² come pure le condizioni in base alle quali procedere al bilanciamento tra i diversi diritti in conflitto fra loro.

Nel merito la fase 2 è stata varata con il DPCM del 26 aprile 2020⁶³ che, sul versante specifico dell'esercizio del culto, non ha sicuramente soddisfatto le aspettative in esso riposte. Il provvedimento in esame non ha infatti concesso il tanto auspicato ritorno alle celebrazioni con il concorso del popolo. Ha invece mantenuto in vigore le disposizioni che già sospendevano le cerimonie e le manifestazioni a carattere religioso, come pure la previsione che consentiva l'apertura dei luoghi di culto, ma solo in subordine all'adozione di misure idonee a prevenire la diffusione del contagio. Di nuovo, autorizzava soltanto la partecipazione dei “congiunti” alle cerimonie funebri «fino a un massimo di quindici persone, con funzione da svolgersi preferibilmente all'aperto, indossando protezioni delle vie respiratorie e rispettando rigorosamente la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro» (art. 1, comma 1 lett. i).⁶⁴

⁵⁹ V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, cit.

⁶⁰ ID., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, cit., p. 91 (il corsivo è di chi scrive).

⁶¹ *Ibid.* Di diverso avviso F. BOTTI, *Bagattelle per una pandemia*, cit., p. 8 ss.

⁶² Cfr. A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto al tempo della pandemia*, cit., p. 241, che pare indicare proprio nella *proporzionalità, durata e differenziazione* i criteri sulla base dei quali procedere alle valutazioni del caso.

⁶³ DPCM, 26 aprile 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, G.U. Serie Generale n. 108 del 27 aprile 2020.

⁶⁴ Ulteriori precisazioni in materia sono state peraltro fornite dal capo dipartimento del Ministero dell'Interno il 30 aprile 2020 in risposta a un quesito sottoposto dalla Segreteria Generale della CEI (<https://chiciseparera.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/59/2020/04/Esequie-indicazioni-Ministero-Interno-30-aprile-2020.pdf>). Si veda inoltre la nota complementare al testo del Ministero dell'Interno a firma del segretario generale della CEI rilasciata il 30 aprile 2020 (<https://salute.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/>

L'entità della delusione cagionata dall'infrangersi delle aspettative riposte nel provvedimento del 26 aprile 2020⁶⁵ è stata direttamente proporzionale alla fermezza con cui la CEI ha espresso, in un comunicato rilasciato il giorno stesso, tutto il suo disappunto per l'accaduto. Ma questo comunicato, travalicando i confini della singola questione, ha segnato anche un importante mutamento di prospettiva rispetto all'atteggiamento di sostanziale condiscendenza che ha caratterizzato il comportamento della Chiesa italiana durante la prima fase dell'emergenza, procurandole – come noto – anche alcune critiche.⁶⁶ Il senso di responsabilità che, con spirito di sacrificio ha ispirato e guidato la CEI sino a questo momento ha infatti ceduto il passo alla ferma rivendicazione del diritto a riprendere l'esercizio della propria azione pastorale «nel rispetto delle misure disposte, ma (anche) nella pienezza della (...) autonomia» che compete alla Chiesa di «organizzare la vita della comunità cristiana».⁶⁷

La reazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri è stata pressoché istantanea, con la pronta diffusione di una nota diretta a rassicurare la CEI circa l'intenzione di predisporre al più presto un protocollo, volto a disciplinare lo svolgimento in sicurezza delle celebrazioni liturgiche con il concorso del popolo.⁶⁸

Tale protocollo è stato materialmente sottoscritto il 7 maggio 2020 dal Presidente della CEI, dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro dell'Interno.⁶⁹ Con esso sono state formalizzate le condizioni che le parti hanno concordato per ritornare allo svolgimento delle cerimonie in

sites/26/2020/02/28/Esequie-nota-complementare-30-aprile-2020.pdf). Infine, si consideri l'ultimo aggiornamento, sempre a firma di Stefano Russo, del 2 maggio (<https://chicise-parera.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/59/2020/04/Aggiornamento-sulle-esequie-2-maggio-2020.pdf>).

⁶⁵ Per una rassegna delle principali critiche sollevate dai vescovi e dall'associazionismo cattolico nell'immediato di quanto avvenuto si rinvia all'articolo pubblicato da G. GAMBASSI, *Coronavirus. Lo stop delle Messe a prescindere delude e ferisce le realtà cattoliche*, «Avvenire» del 27 aprile 2020 (<https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/italia-senza-messe-critiche-davescovi-e-associazioni>).

⁶⁶ Tra i tanti, F. ADERNÒ, *L'emergenza "Coronavirus" in Italia: il Governo e la Chiesa*, «Ius in itinere» 8 maggio 2020 (<https://www.iusinitinere.it/lemergenza-coronavirus-in-italia-il-governo-e-la-chiesa-27827>).

⁶⁷ La nota della CEI sul DPCM del 26 aprile 2020 può consultarsi all'indirizzo <https://www.chiesacattolica.it/dpcm-la-posizione-della-cei/>. Esprime critiche all'«approccio rivendicativo» che si rinviene nel comunicato della CEI A. FERRARI, *CEI: un'occasione mancata*, 29 aprile 2020, in www.settimananews.it.

⁶⁸ Nota della Presidenza del Consiglio, 26 Aprile 2020, all'indirizzo <http://www.governo.it/it/articolo/nota-della-presidenza-del-consiglio/14521> (visitato il 5 febbraio 2021).

⁶⁹ Il Protocollo, è entrato in vigore il 18 maggio 2020. Il testo del *Protocollo riguardante la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo* è consultabile all'indirizzo <https://www.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/31/2020/05/07/Protocollo-per-la-ripresa-delle-celebrazioni-con-il-popolo-7-maggio-2020.pdf>.

presenza. Le misure in esso contenute, se da una parte, non differiscono da quelle che vanno ordinariamente osservate in tutti i luoghi aperti al pubblico – come il fatto di indossare la mascherina, di mantenere il distanziamento minimo prescritto, o ancora di astenersi dal partecipare alle celebrazioni in caso di febbre o sintomi influenzali (1.1.-1.9) – dall'altra, affrontano nello specifico altrettante esigenze proprie del culto cattolico. Basti pensare alle indicazioni che, con riguardo all'«igienizzazione dei luoghi e degli oggetti» (2.1.-2.3.), raccomandano di continuare a «mantenere vuote le acquasantiere della chiesa» (2.3.). Oppure ancora, alle disposizioni che, sul versante delle «attenzioni da osservare nelle celebrazioni liturgiche» (3.1.-3.10.), impongono ai fedeli di continuare a omettere lo scambio della pace (3.3.),⁷⁰ così come al celebrante o ai ministri straordinari dell'eucarestia di distribuire l'ostia soltanto sulle mani del comunicando, utilizzando guanti monouso e facendo attenzione a evitare ogni contatto (3.4.).⁷¹

L'osservanza delle prescrizioni relative al distanziamento e all'impiego di dispositivi di protezione personale, prevista per le celebrazioni eucaristiche, viene inoltre estesa dal protocollo in questione anche ai battesimi, ai matrimoni,⁷² all'unzione degli infermi e alle esequie (3.8.), mentre in sospeso viene lasciata soltanto la celebrazione del sacramento della confermazio-

⁷⁰ Nel Consiglio permanente del 26 gennaio 2021 i vescovi italiani hanno deciso di “ripri-
stinare”, a partire da domenica 14 febbraio, un gesto con il quale ci si scambia il dono della
pace, guardandosi negli occhi o facendo un inchino del capo ([https://www.chiesacattolica.
it/consiglio-permanente-del-26-gennaio-il-comunicato-finale/](https://www.chiesacattolica.it/consiglio-permanente-del-26-gennaio-il-comunicato-finale/)).

⁷¹ Con nota del 23 giugno 2020, il Ministero dell'Interno su quesito della CEI circa la possi-
bilità di derogare all'obbligo dell'uso dei guanti da parte dell'officiante al momento della di-
stribuzione della Comunione ha ricordato che «in considerazione delle osservazioni espres-
se, anche sulla base degli attuali indici epidemiologici, il CTS raccomanda che l'officiante, al
termine della fase relativa alla consacrazione delle ostie, dopo aver partecipato l'Eucarestia
ma prima della distribuzione delle ostie consacrate ai fedeli, proceda ad una scrupolosa de-
tersione delle proprie mani con soluzioni idroalcoliche. Il CTS (n.d.r. Comitato Tecnico
Scientifico) raccomanda altresì che, in assenza di dispositivi di distribuzione, le ostie dovran-
no essere depositate nelle mani dei fedeli evitando qualsiasi contatto tra le mani dell'offician-
te e le mani dei fedeli medesimi. In caso di contatto, dovrà essere ripetuta la procedura di
detersione delle mani dell'officiante prima di riprendere la distribuzione della Comunione. Il
CTS ritiene auspicabile che la medesima procedura di detersione delle mani venga osservata
anche dai fedeli prima di ricevere l'ostia consacrata». Il testo della nota può leggersi sul si-
to della CEI all'indirizzo [https://www.chiesacattolica.it/celebrazioni-liturgiche-la-risposta-
del-ministero-dellinterno-a-due-quesiti-della-cei/](https://www.chiesacattolica.it/celebrazioni-liturgiche-la-risposta-del-ministero-dellinterno-a-due-quesiti-della-cei/).

⁷² Sempre nella nota del 23 giugno 2020, cit., il Ministero dell'Interno in relazione al quesito
della CEI «concernente l'obbligatorietà dell'uso dei dispositivi di protezione delle vie aeree da
parte degli sposi durante le celebrazioni dei matrimoni» ha ritenuto, sulla base delle indicazio-
ni fornite dal CTS, «che, non potendo certamente essere considerati estranei tra loro, i coniugi
possano evitare di indossare le mascherine, con l'accortezza che l'officiante mantenga l'uso
del dispositivo di protezione delle vie respiratorie e rispetti il distanziamento fisico di almeno
un metro. Il CTS ritiene che tale raccomandazione possa estendersi anche alla celebrazione
del matrimonio secondo il rito civile o secondo le liturgie delle altre confessioni religiose».

ne (3.10.).⁷³ Un discorso a parte viene invece riservato al sacramento della penitenza con l'obiettivo di contemperare il rispetto delle norme di distanziamento sociale, prescritte dall'emergenza sanitaria, con quello alla riservatezza (*rectius* segreto), da assicurarsi in materia (3.9.).⁷⁴

Il processo di graduale ritorno all'esercizio ordinario della prassi pastorale, che ha avuto nel protocollo del 7 maggio 2020⁷⁵ una svolta fondamentale, si

⁷³ La Presidenza della CEI, con lettera inviata ai vescovi italiani il 22 luglio 2020, in vista della ripresa dell'attività pastorale in autunno, ha successivamente raccomandato, in merito alla celebrazione dei sacramenti, che questi, seppure officiati «in gruppi contenuti», si svolgessero comunque in un «contesto comunitario». Con riguardo poi al sacramento della Confermazione, fermo restando il «rispetto delle indicazioni sanitarie», ha consigliato di procedere all'unzione «usando un batuffolo di cotone o una salvietta per ogni cresimando». Analoga attenzione è stata richiesta anche «per le unzioni battesimali e per il sacramento dell'Unzione dei malati» (<https://www.chiesacattolica.it/la-presidenza-della-cei-scrive-ai-vescovi-aprirsi-a-nuove-forme-di-presenza-ecclesiale/>).

⁷⁴ Il 15 maggio 2020 il presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro dell'Interno hanno sottoscritto analoghi protocolli con i rappresentanti di altre comunità religiose: le Comunità ebraiche italiane; le Chiese Protestanti, Evangeliche, Anglicane; le Comunità ortodosse; le Comunità Induista, Buddista (Unione Buddista e Soka Gakkai), Baha'i e Sikh; le Comunità Islamiche; la Comunità della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni. Tali protocolli sono stati pubblicati, unitamente a quello con la Chiesa cattolica, come allegati al DPCM del 17 maggio 2020, *Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 126 del 17 maggio 2020.

Il 25 maggio è stato infine approvato il protocollo del Governo con la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova. Per un quadro sinottico dei testi dei protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica si rinvia al power point di S. BALDETTI, in Diresom.net all'indirizzo <https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/sinossi-protocolli-acattolici.pdf> (visitato il 14 febbraio 2021). Sulla natura e i contenuti di tali protocolli che sollevano, a onore del vero, più d'uno interrogativo si rinvia a F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, cit., p. 19 ss.; A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile collaborazione' con le confessioni religiose*, cit., p. 15 ss.; M. L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 12 (2020), p. 107 ss.; L. DECIMO, *La "stagione" dei protocolli sanitari tra Stato e confessioni religiose*, 14 maggio 2020, all'interno del dossier *Emergenza Coronavirus* di Olir.it; A. TIRA, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, «Giustizia insieme», 8 giugno 2020, all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1132-normativa-emergenziale-ed-esercizio-pubblico-del-culto-dai-protocolli-con-le-confessioni-diverse-dalla-cattolica-alla-legge-22-maggio-2020-n-35>; E. CASTORINA, *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i "protocolli sanitari" per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, «Dirittifondamentali.it» 3 (2020), p. 566 ss.; L. M. GUZZO, *Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla bilateralità pattizia alla multilateralità estesa*, «Ordines» 1 (2020), p. 305 ss.

⁷⁵ Nel mezzo possiamo ricordare anche la circolare del Ministero dell'Interno dell'11 giugno 2020 con cui sono state formulate le indicazioni da rispettare per lo svolgimento delle processioni religiose in vista della festa del *Corpus Domini*. La circolare, muovendo dalle proposte formulate dalla CEI, elenca le misure da osservare. Misure che il CTS ha fatto oggetto di raccomanda-

è infine simbolicamente concluso con la circolare del Ministero dell'Interno del 12 agosto 2020.⁷⁶

Questa circolare è stata emanata in risposta ad “ulteriori specifiche esigenze” che la Segreteria Generale della CEI ha sottoposto al Ministero dell'Interno con nota del 29 giugno.⁷⁷ I quesiti formulati dalla CEI vertevano, nello specifico, su tre questioni: la possibilità di superare il limite numerico di duecento fedeli per la celebrazione delle messe svolte in presenza all'interno di edifici religiosi di dimensioni tali da assicurare ugualmente il distanziamento prescritto; l'urgenza di riammettere alle celebrazioni i cantori, che vi erano stati esclusi ancora con il protocollo del 7 maggio (3.3.); l'esonero dall'obbligo di osservare la distanza minima tra familiari conviventi.

Con provvedimento del 22 luglio 2020 (nota prot. 7686) il Ministero dell'Interno ha rimesso alle regioni la decisione relativa al primo dei quesiti sollevati dalla CEI.⁷⁸ Le altre due “esigenze” sono state invece considerate nella circolare del 12 agosto 2020 che le ha accolte, secondo le indicazioni fornite dal Comitato Tecnico Scientifico (CTS). Nel primo caso, prescrivendo ai cantori di «mantenere una distanza interpersonale laterale di almeno 1 metro e almeno 2 metri tra le eventuali file del coro e dagli altri soggetti presenti»; fatta comunque salva la possibilità di ridurre tali distanze grazie all'impiego di «barriere fisiche, anche mobili, adeguate e prevenire il contagio tramite droplet». Nel secondo caso, esentando dall'obbligo di osservare la distanza interpersonale i componenti dello stesso nucleo familiare, i conviventi, i congiunti, i parenti con stabile frequentazione, nonché le persone che, seppure non legate da vincoli di parentela, affinità o *coniugio* condividono abitualmente i medesimi luoghi o conducono vita sociale in comune.

zioni particolari, rimettendo l'applicazione delle stesse alla «diretta responsabilità delle autorità sanitarie, civili e religiose». Il testo della circolare si può consultare all'indirizzo https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-06/protocollo_5978_circolare_ocr-2.pdf.

⁷⁶ Il testo della circolare può visionarsi all'indirizzo https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/circolare_dlci_12082020_emergenza_covid_celebrazioni_quesiti_cei.pdf.

⁷⁷ I quesiti posti dalla CEI il 29 giugno si trovano in allegato al verbale n. 95 del 16 e 20 luglio 2020 del CTS, p. 55. Tutti i verbali del CTS sono pubblicati sul sito della Protezione civile all'indirizzo <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus>.

⁷⁸ Sempre il verbale n. 95 del 16 e 20 luglio 2020 del CTS, a p. 11, sottolinea, in merito a tale quesito, «la vigenza attuale del DPCM 14/07/2020 che disciplina la fruizione dei luoghi durante le manifestazioni in luoghi chiusi, compresa la possibilità di rimodulazione del numero massimo di persone da parte delle Regioni e delle Province Autonome che possono stabilire un diverso numero massimo di persone in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi». Il parere del CTS è stato poi riportato nella nota del 22 luglio 2020 (prot. 7686 e non 7688, come erroneamente riportato nella circolare del 12 agosto 2020). Il testo della nota è consultabile all'indirizzo <https://www.diocesitursi.it/wp-content/uploads/sites/2/2020/07/Nota-prot.-7686.pdf>.

Chi dall'inizio di questa vicenda aveva invocato il rispetto del principio di bilateralità pattizia può dirsi dunque soddisfatto dei progressi compiuti in tale direzione mediante i protocolli che sono stati siglati nel mese di maggio con le diverse confessioni religiose, anche nella forma inedita di raggruppamenti apparentemente omogenei, accomunati dalla probabile circostanza di appartenere a una sorta di "famiglia spirituale".⁷⁹ Ciò nonostante, non possiamo sorvolare sul dato che tutti gli allentamenti progressivamente concessi sulle restrizioni dapprimo previste sono stati disposti con il beneplacito (*rectius* parere favorevole) del CTS.⁸⁰ Quel Comitato Tecnico Scientifico che tanta importanza ha assunto durante la pandemia e che, al di là delle interlocuzioni instaurate tra lo Stato italiano, la Chiesa cattolica e le altre comunità religiose, è divenuto nei fatti l'arbitro incontrastato di una partita che è stata giocata in tempo di pandemia secondo regole nuove, fatalmente subordinate alle oscillazioni presentate dall'indice di trasmissione del contagio.

5. FASE 3: L'EPILOGO DI UN ANNO DIFFICILE

I DPCM del 17 maggio,⁸¹ 11 giugno,⁸² 7 agosto 2020,⁸³ 13 ottobre 2020,⁸⁴ ricorrendo a uno schema ormai consolidato, distinguono tra esercizio in forma individuale e collettiva del culto. Nel primo caso, prevedono che l'accesso

⁷⁹ Di "familiarità religiosa" parla Pierluigi Consorti, nell'intervista rilasciata a L. M. Guzzo, *La tutela della libertà di religione nella fase 2. I protocolli sanitari*, 16 maggio 2020, www.diresom.net.

⁸⁰ Il Comitato Tecnico Scientifico (CTS) è stato istituito con Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus. Il Comitato è composto da esperti e qualificati rappresentanti di Enti e Amministrazioni dello Stato.

⁸¹ DPCM 17 maggio 2020, *Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 126 del 17 maggio 2020, art. 1, comma 1, lett. n) e o).

⁸² DPCM 11 giugno 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 147 dell'11 giugno 2020, art. 1, comma 1, lett. n) e o).

⁸³ DPCM 7 agosto 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 198 dell'8 agosto 2020, art. 1, comma 6, lett. o) e p).

⁸⁴ DPCM 13 ottobre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», G.U. Serie Generale n. 253 del 13 ottobre 2020, art. 1, comma 6, lett. o) e p).*

ai luoghi di culto debba avvenire nel rispetto di misure organizzative tali da evitare assembramenti e da consentire che vi sia tra le persone il distanziamento minimo di un metro; nel secondo caso, rinviano a quanto previsto nei protocolli sottoscritti dal Governo con le confessioni religiose.

I decreti del 24 ottobre,⁸⁵ 3 novembre⁸⁶ e 3 dicembre⁸⁷ lasciano invariato quanto già prescritto in quelli precedenti, limitandosi a precisare, con riferimento alla celebrazione delle funzioni religiose che avvengono con la partecipazione di più persone, che queste si devono svolgere «nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni», così come integrati con le successive indicazioni del CTS.

Queste integrazioni, lo sappiamo, con specifico riguardo alla Chiesa cattolica hanno gradualmente attenuato le restrizioni che ancora presentava il protocollo di maggio, agendo sia sul modo di celebrare i sacramenti, sia sul numero di fedeli contestualmente ammessi, così come sulle distanze da osservare tra congiunti.

Nemmeno l'introduzione del sistema di classificazione a colori della mappa dell'indice di contagio, che applica misure a intensità crescente e differenziata al progredire dell'indice di contagio, ha modificato nella sostanza le regole venute consolidandosi per l'esercizio del culto a partire dal mese di maggio.⁸⁸ Come precisato, peraltro, dalla circolare del Ministero dell'Interno del 7 novembre che, in considerazione delle restrizioni applicate agli

⁸⁵ DPCM 24 ottobre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», G.U. Serie Generale n. 265 del 25 ottobre 2020, art. 1, comma 9, lett. p) e q).

⁸⁶ DPCM 3 novembre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», G.U. Serie Generale n. 275 del 4 novembre 2020 – Suppl. Ordinario n. 41, art. 1, comma 9, lett. p) e q).

⁸⁷ DPCM 3 dicembre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante: «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19» e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante: «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19»*, G.U. Serie Generale n. 301 del 3 dicembre 2020, art. 1, comma 10, lett. p) e q).

⁸⁸ DPCM 3 novembre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», G.U. Serie Generale n. 275 del 4 novembre 2020 – Suppl. Ordinario n. 41.

spostamenti in zona arancione e rossa si è limitata a raccomandare di recarsi nei luoghi di culto ragionevolmente più vicini alla propria abitazione;⁸⁹ fatto naturalmente salvo il ricorso all'autocertificazione, ove prescritto.

L'epilogo di un anno difficile e controverso, sotto tanti punti di vista, si è infine consumato con il decreto legge del 18 dicembre 2020, che è stato emanato allo scopo di rinforzare il quadro delle misure di contenimento già vigenti in previsione delle festività natalizie.⁹⁰

Anche in questo caso non si è registrato alcun cambiamento, né sul fronte dell'accesso individuale ai luoghi di culto, né su quello dei riti celebrati *coram populo*. L'esercizio di questi diritti ha infatti continuato a essere garantito, seppure in condizioni di sicurezza e in ossequio alle norme vigenti. Da questo punto di vista, niente di più lontano da quanto è avvenuto durante la Settimana Santa nella primissima fase dell'emergenza.

Non è tuttavia sfuggito, neppure ai meno osservanti, l'effetto che l'imposizione del divieto assoluto di circolare fra le 22,00 di sera e le 05,00 del mattino avrebbe avuto sulla Santa Messa della notte di Natale. Tale evenienza era stata peraltro affrontata dal Consiglio Episcopale Permanente della CEI già nella seduta straordinaria dell'1 dicembre.⁹¹ In quella sede i vescovi italiani, rifacendosi al «Messaggio alle comunità cristiane in tempo di pandemia»,⁹² che è stato a queste rivolto proprio nell'intento di sostenerne il cammino di fronte all'avanzare della seconda ondata di contagi da Covid-19, avevano nuovamente ribadito la necessità e l'importanza di celebrare il culto *coram populo* «in condizioni di sicurezza, nella piena osservanza delle norme». Con particolare riferimento alla Messa di Natale, il Consiglio Permanente aveva poi invitato vescovi e sacerdoti a considerare le diverse possibilità offerte dalla liturgia, muovendo dalla Messa vespertina per arrivare a quella del giorno, nonché a prevedere per la Santa Messa della notte di Natale un orario e una durata «compatibil(i) con il cosiddetto “coprifuoco”».

6. PRIMI BILANCI: TEMPO DI COVID, TEMPO PROPIZIO?

Le esperienze, traumatiche sul piano fisico, e violente, su quello emotivo, scandiscono nel vissuto di ogni individuo altrettante cesure e passaggi che sono destinati a rimanere scolpiti nella vita delle persone, come altrettanti

⁸⁹ Il testo della circolare può consultarsi all'indirizzo https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-11/circolare_dpcm_3_novembre.pdf.

⁹⁰ Decreto legge 18 dicembre 2020, n. 172, *Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19*, G.U. n. 313 del 18 dicembre 2020.

⁹¹ Consiglio Permanente della CEI, *Comunicato finale*, 1 dicembre 2020 (<https://www.chiesacattolica.it/consiglio-permanente-del-1-dicembre-il-comunicato-finale/>).

⁹² Consiglio Permanente della CEI, *Messaggio alle comunità cristiane in tempo di pandemia*, 22 novembre 2020 (<https://www.chiesacattolica.it/alle-comunita-cristiane-in-tempo-di-pandemia/>).

momenti indelebili. L'epidemia da SARS-CoV-2 appartiene indubbiamente a questo genere di esperienze. Basta ricordare l'impressionante e interminabile procedere della colonna di mezzi militari che nella tarda serata del 18 marzo ha attraversato le vie di Bergamo, con a bordo i feretri delle vittime del Covid-19, per non avere più dubbi al riguardo.⁹³

Ma il Covid ha messo anche alla prova i saperi tradizionali e imposto di rivedere consolidati modelli di organizzazione sociale e giuridica, dall'oggi al domani. La catena normativa dell'emergenza, che è stata ricostruita nelle pagine precedenti, ne costituisce sul piano giuridico un'indiscutibile prova. Lo stato di pandemia ha infatti travolto, si diceva, l'ordinario procedere del bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti. Così come ha travolto il consueto articolarsi della dialettica tra lo Stato e le confessioni religiose. Responsabilità, senso pratico e spirito di immaginazione hanno improvvisamente occupato la scena, prendendo il sopravvento sulle categorie ordinarie, ma soprattutto attivando nuove risorse e aprendo, di conseguenza, inedite prospettive.

Se è vero che in termini giuridici anche questo processo deve avvenire nel rispetto dei principi e delle garanzie fissate dalla Costituzione, è altrettanto vero però che quanto accaduto ha portato nuova luce sul mondo di intendere postulati, come quello della collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese, che si apre oggi a ulteriori scenari e possibilità.

A maggior ragione per la Chiesa cattolica italiana dove quanto accaduto è stato fortemente mediato da un approccio chiaramente ispirato al magistero di papa Francesco.⁹⁴ Pur nella frammentazione territoriale, che in un primo momento ha segnato la risposta della Chiesa italiana alle disposizioni adottate dalle autorità civili a livello locale,⁹⁵ si è infatti fortemente avvertita l'urgenza di assicurare il pieno rispetto di tali disposizioni, unitamente alla ricerca di misure pastorali, per quanto possibile, adeguate alla situazione.

Questa attitudine, di metodo e di merito, è stata valorizzata anche nel messaggio del Consiglio Episcopale Permanente della CEI alle comunità cristiane in tempo di pandemia del 22 novembre 2020,⁹⁶ dove, nonostante e

⁹³ M. CORRADI, *Per estrema accoglienza. I camion da Bergamo e la corale pietà*, «Avvenire» 30 marzo 2020 (<https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/per-estrema-accoglienza>).

⁹⁴ N. FIORITA, *Religione, libertà, sovranismo: la Chiesa di Francesco nel tempo della pandemia*, in *Studiare la pandemia. Disuguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, cit., parte II, v. Nello stesso volume di V. BOVA, *La barca di Pietro e la tempesta pandemica*, parte II, III, nonché ID., *Credere, obbedire, convertire. Chiesa cattolica italiana e pandemia*, 14 aprile 2020 all'interno del dossier *Emergenza Coronavirus* di OIIR.it.

⁹⁵ In proposito R. ASTORRI, *Interventi delle Conferenze episcopali europee e delle conferenze regionali italiane in materia di Coronavirus. Per un primo e provvisorio bilancio*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 2 (2020), p. 301 ss.

⁹⁶ Consiglio Permanente della CEI, *Messaggio alle comunità cristiane in tempo di pandemia*, cit.

grazie alle difficoltà generate dal Covid, i vescovi italiani intravedono nel solco dell'esperienza maturata nell'anno appena passato i margini per dare corso ad «un tempo di possibile rinascita sociale». «È questo» – si legge infatti nel messaggio – «il migliore cattolicesimo italiano, radicato nella fede biblica e proiettato verso le periferie esistenziali, che certo non mancherà di chinarsi verso chi è nel bisogno, in unione con uomini e donne che vivono la solidarietà e la dedizione agli altri qualunque sia la loro appartenenza religiosa».

Se il rinnovato impegno sociale che, investe e responsabilizza tutta la comunità cristiana, sarà anche l'eredità lasciata dalla tremenda lezione del SARS-CoV-2 non è dato per il momento sapere. Così come non è dato sapere se prossimità, creatività, responsabilità continueranno a dialogare con l'impegno per la cura pastorale dei fedeli. E ancora, se «l'opzione Sinodo», invocata da più parti,⁹⁷ per la Chiesa italiana sarà l'occasione per confrontarsi in chiave costruttiva su quanto accaduto.

Quel che è certo è che siamo per fortuna lontanissimi da quell'uso strumentale della religione che affiora ancora nelle pagine di Alessandro Manzoni,⁹⁸ come pure dalla tentazione di leggere il virus nei termini di una punizione divina. Al contrario, con pochi poteri decisionali la Chiesa italiana si è confrontata con la sfida, certamente non facile, di ripensare e valorizzare la propria dimensione comunitaria in questi tempi difficili. Una sfida che può paradossalmente trovare proprio nell'irrompere della profonda domanda di senso generata dalla pandemia il frutto migliore di questa tragica esperienza.

BIBLIOGRAFIA

ALICINO F., *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 19 (2020), pp. 1-24.

ASTORRI R., *Interventi delle Conferenze episcopali europee e delle conferenze regionali italiane in materia di Coronavirus. Per un primo e provvisorio bilancio*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 2 (2020), pp. 301-305.

⁹⁷ G. BRUNELLI, *L'opzione Sinodo. La CEI, le Chiese locali, i cambiamenti del paese*, «Il Regno - Attualità» 2 (2021), p. 1.

⁹⁸ «L'autorità cittadina si rivolge allora al governatore, ma questi nega ogni aiuto perché impegnato nella guerra. Gli amministratori chiedono al cardinale Federigo di far svolgere una processione per assicurarsi la protezione divina, egli inizialmente rifiuta ma dopo nuove pressioni del governo milanese, il vescovo acconsente a far svolgere la processione e a far venerare la reliquia di San Carlo. Il lungo corteo vede la partecipazione di popolani, di borghesi, di nobili e di ecclesiastici. // Il giorno successivo alla processione si moltiplicano i casi di peste, ma invece di cercare la causa nel contatto tra tanta gente, si dà la colpa agli untori (...)» (*I Promessi Sposi*, capitolo xxxii).

- BOTTI F., *Bagattelle per una pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 10 (2020), pp. 1-21.
- CASTORINA E., *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i “protocolli sanitari” per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, «Dirittifondamentali.it» 3 (2020), pp. 564-583.
- CESARINI A., *I limiti all’esercizio del culto nell’emergenza sanitaria e la ‘responsabile collaborazione’ con le confessioni religiose*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 18 (2020), pp. 1-26.
- CIMBALO G., *Il papa e la sfida della pandemia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 9 (2020), pp. 13-20.
- COLAIANNI N., *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 7 (2020), pp. 25-40.
- CONSORTI P., *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 54 (2020), pp. 1-15.
- DE GREGORIO L., *(Sor)ridere al tempo del COVID 19*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 17 (2020), pp. 1-25.
- DI IORIO T., *La quarantena dell’anima del civis-fidelis. L’esercizio del culto nell’emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 11 (2020), pp. 36-67.
- FERRARI A., *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, in www.settimananews.it.
- , *CEI: un’occasione mancata*, 29 aprile 2020, in www.settimananews.it.
- FIORITA N., *Religione, libertà, sovranismo: la Chiesa di Francesco nel tempo della pandemia*, in *Studiare la pandemia. Disuguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, a cura di D. Cersosimo, F. Cimatti, F. Raniolo, Roma, Donzelli, 2020.
- FUCCILLO A., ABU SALEM M., DECIMO L., *Fede interdetta? L’esercizio della libertà religiosa collettiva durante l’emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, «Calumet – intercultural law and humanities review» 2020, pp. 87-117.
- GIANFREDA A., *Tra terra e cielo. Libertà religiosa, riti funebri e spazi cimiteriali*, Tricase (LE), Libellula, 2021, pp. 1-376.
- GUZZO L. M., *Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla bilateralità pattizia alla multilateralità estesa*, «Ordines» 1 (2020), pp. 305-320.
- LICASTRO A., *Il lockdown della libertà di culto al tempo della pandemia*, «CONSULTA ONLINE» 1 (2020), pp. 229-241.
- LO GIACCO M. L., *I “Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica”: una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 12 (2020), pp. 107-114.
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, «Rivista AIC» 2 (2020), pp. 109-141.
- MACRÌ G., *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello “stato di emergenza” e nuove opportunità pratiche di socialità*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 9 (2020), pp. 23-49.
- MILANI D., *Sinodalità, primato e crisi della Famiglia. Quale diritto canonico per il terzo millennio*, Tricase (LE), Libellula, 2020, pp. 1-229.

- MONTESANO S., *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 2 (2020), pp. 255-263.
- NEHAUS D., *Il virus è una punizione di Dio?*, «La Civiltà Cattolica» 4077 (2020), pp. 238-243.
- PACILLO V., *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, «Il diritto ecclesiastico» 1-2 (2019), pp. 11-33.
- PAURA, R., *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero cristiano e l'idea del Dio punitore*, «Orbis Idearum» 8 (2020), pp. 41-67.
- RUGGERI A., *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, «Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali» 1 (2020), pp. 368-378.
- SANTORO R., FUSCO G., *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 1-144.
- SPADARO A., «Una nuova immaginazione del possibile». *Sette immagini di Francesco per il post Covid-2019*, «La Civiltà Cattolica» 4080 (2020), pp. 567-580.
- TIRA A., *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, «Giustizia insieme» 16 maggio 2020, pp. 1-11.

LIBERTÀ RELIGIOSA IN TEMPO DI PANDEMIA DI COVID-19.

LA SITUAZIONE IN GERMANIA

RELIGIOUS FREEDOM IN TIMES OF COVID-19 PANDEMIC.
THE SITUATION IN GERMANY

STEFAN MÜCKL^{*}

RIASSUNTO · Dopo un riassunto del quadro costituzionale e delle opzioni possibili secondo la *legge sulla protezione dalle infezioni*, l'articolo analizza le misure adottate dalle autorità statali ed ecclesiastiche per contenere la pandemia di coronavirus in termini di impatto sulla libertà religiosa. Tre ordinanze della Corte costituzionale federale meritano una particolare attenzione, poiché evidenziano il grande valore della libertà religiosa. In una prospettiva più ampia, le reazioni alla sfida della pandemia mostrano quale sia (ancora) la rilevanza della religione e del suo libero esercizio in una società secolarizzata.

PAROLE CHIAVE · Culto pubblico, Decreti, Precetto domenicale, Corte costituzionale federale.

SOMMARIO: I. Libertà religiosa nell'ordinamento giuridico tedesco. – II. Strumentario legale riguardante le misure di protezione dalle infezioni. – III. La prima ondata (marzo – maggio 2020). – 1. Fase delle indicazioni e raccomandazioni. – 2. Fase delle limitazioni e proibizioni regionali e nazionali. – 3. Verso l'attenuazione delle limitazioni. – 4. Procedimenti giudiziari in difesa della libertà religiosa. – IV. La distensione (maggio – settembre 2020). – V. La seconda ondata (da ottobre 2020). – VI. Riflessioni conclusive. – Bibliografia.

ABSTRACT · After a look at the constitutional framework and the options for action under the (German) *Protection against Infection Act*, the paper analyses the measures taken by the State and Church authorities to contain the corona pandemic in terms of their impact on religious freedom. Three decisions of the Federal Constitutional Court which emphasised the high value of religious freedom deserve special attention. In a further perspective, the reactions to the challenge of the pandemic illuminate which is (already) the relevance of religion and its free practice in a secularised society.

KEYWORDS · Public Worship, Statutory Instruments, Sunday Obligation, Federal Constitutional Court.

* mueckl@pusc.it, Straordinario di Diritto Ecclesiastico dello Stato, Diritto del Munus docendi, Pontificia Università della Santa Croce.

IN numerosi stati democratici, l'istituzione dello stato di emergenza sembrava essere un'opzione del diritto costituzionale puramente teorica. Da poco più di un anno, lo stato di emergenza è una realtà: la diffusione del coronavirus ha portato a massicce restrizioni dei diritti fondamentali senza precedenti nella storia recente degli stati democratici.¹ Anche la libertà religiosa ne è colpita enormemente.

Questo articolo cerca di valutare l'impatto dell'emergenza sanitaria sulla pratica del libero esercizio della religione nelle tre fasi della pandemia finora trascorse (prima ondata, distensione, seconda ondata). Prima di farlo, però, è utile dare un'occhiata al significato della libertà religiosa nell'ordinamento giuridico tedesco e alle disposizioni legali per la lotta contro le malattie infettive.

I. LIBERTÀ RELIGIOSA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO TEDESCO

La libertà religiosa è ampiamente protetta dal diritto costituzionale tedesco. L'art. 4, par. 1, della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) dichiara «inviolabile» la libertà di fede e di credo religioso; inoltre, l'art. 4, par. 2, garantisce il «libero esercizio del culto». Sebbene una restrizione della libertà religiosa, almeno secondo il testo della costituzione, non sembri possibile, la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale federale consente limitazioni anche nel caso dei diritti fondamentali senza una riserva scritta sulla base del principio dell'«unità della Costituzione»: ² solo gli interessi giuridici derivanti dalla stessa Costituzione possono porre limiti a un diritto fondamentale come la libertà di religione, vale a dire, i diritti fondamentali antagonisti altrui o altri interessi giuridici di rango costituzionale.³ D'altro canto, il diritto costituzionale tedesco non contiene – a differenza, ad esempio, dell'art. 15, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – una clausola d'urgenza generale.

Nella situazione della pandemia di coronavirus, sia i diritti fondamentali altrui alla vita e all'integrità fisica (art. 2, par. 2, della *Grundgesetz*) che la «salute pubblica» come altro interesse giuridico di rango costituzionale⁴ possono essere considerati antagonisti della libertà religiosa. Per risolvere un

¹ Riflessioni nella dottrina tedesca in J. KERSTEN, S. RIXEN (a cura di), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, Beck, 2020; S. MÜCKL (a cura di), *Religionsfreiheit in Seuchenzeiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2021.

² Tale principio fu sviluppato e descritto dal costituzionalista nonché giudice costituzionale Konrad Hesse (1919-2005), cfr. A. DI MARTINO, G. REPETTO (a cura di), *Konrad Hesse. L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, Edizione Scientifiche, 2014.

³ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE, *Rassegna ufficiale* (BVerfGE) 28, 243, 261; 81, 278, 292 sgg.; 93, 1, 21; 108, 282, 297.

⁴ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE, *Rassegna ufficiale* (BVerfGE) 7, 377, 414 sgg.

conflitto costituzionale di questa portata, il potere pubblico – legislativo, esecutivo e giudiziario – deve realizzare un atto di bilanciamento generale aperto, in cui le due posizioni giuridiche antagonistiche si contrappongono. Secondo l’assioma della “concordanza pratica”,⁵ in tale conflitto si cerca di non “sacrificare” completamente una o l’altra delle due posizioni giuridiche opposte ma di determinare dei limiti per ambedue in modo strettamente proporzionale, al fine di ottimizzarle.

Pertanto, è necessaria una base giuridica per giustificare una limitazione della libertà religiosa (la quale, a sua volta, deve presentarsi come emanazione delle posizioni giuridiche antagoniste).

II. STRUMENTARIO LEGALE RIGUARDANTE LE MISURE DI PROTEZIONE DALLE INFEZIONI

Durante la pandemia di coronavirus, la base legale per i provvedimenti adottati dalle autorità pubbliche è la legge (federale) sulla protezione dalle infezioni (*Infektionsschutzgesetz, IfSG*) del 20 giugno 2000⁶ che lungo l’anno 2020 è stata modificata tre volte in diverse disposizioni per rispondere meglio alle sfide attuali.⁷ Lo scopo generale della legge è quello di (1) prevenire le malattie infettive tra le persone, (2) individuare le infezioni allo stadio iniziale e (3) prevenire la loro ulteriore diffusione (§ 1, comma 1, *IfSchG*). Per raggiungere questo scopo, la legge prevede tre approcci di azione con diverse misure concrete, vale a dire monitorare gli sviluppi epidemici (§§ 6 sgg. *IfSchG*), prevenire le malattie infettive (§§ 16 sgg. *IfSchG*) e fronteggiare la loro diffusione (§§ 24 sgg. *IfSchG*). Sia per la fase di prevenire che per quella di fronteggiare le malattie infettive, la legge prevede una clausola generale che autorizza “l’autorità competente” a “prendere le misure di protezione necessarie” (§§ 16, comma 1, 28 comma 1, *IfSchG*). Tali misure nella fase di fronteggiare la diffusione delle malattie infettive coprono una vasta gamma: divieto di uscire da un determinato luogo o, al contrario, divieto di entrarvi, restrizione o divieto di riunioni e assembramenti, chiusura di strutture educative e di cura

⁵ Anche questo assioma è frutto degli studi di Konrad Hesse, vid. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999²⁰, n. 72, il quale successivamente fu recepito dalla Corte costituzionale federale in giurisprudenza consolidata.

⁶ Gazzetta Ufficiale Federale 2000, parte 1, n. 33 del 25 giugno 2000, pp. 1045 sgg.

⁷ *Legge per la protezione della popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale* del 27 marzo 2000, Gazzetta Ufficiale Federale 2020, parte 1, n. 14 del 27 marzo 2020, pp. 587 sgg.; *Seconda Legge per la protezione della popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale* del 19 maggio 2000, Gazzetta Ufficiale Federale 2020, parte 1, n. 23 del 22 maggio 2020, pp. 1018 sgg.; *Terza Legge per la protezione della popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale* del 18 novembre 2020, Gazzetta Ufficiale Federale 2020, parte 1, n. 52 del 18 novembre 2020, pp. 2397 sgg.

(tutte misure previste nel § 28, comma 1, *IfSchG*), inoltre, l'osservazione (§ 29 *IfSchG*) e la quarantena obbligatoria di persone con accertata o sospetta malattia (§ 30 *IfSchG*) come anche la loro astensione dalle attività lavorative (§ 31 *IfSchG*). Nella (per ora) ultima modifica dell'*IfSG*, il legislatore ha inserito un catalogo esteso di altre 17 "misure di protezione specifiche per prevenire la diffusione del Covid-19", fra cui l'opzione di proibire o restringere le "riunioni religiose o ideologiche" (§ 28a, comma 1, n. 10 *IfSG*), ma solo se il contenimento efficace della diffusione del coronavirus sarebbe notevolmente messo in pericolo, anche tenendo conto di tutte le altre misure di protezione adottate finora (§ 28a, comma 2, n. 1 *IfSG*).

Tutte queste misure vengono adottate o per atto amministrativo o per decreto; a tal fine i governi dei Länder sono autorizzati ad emanarle (§ 32 *IfSchG*). Qui si fa evidente un principio strutturale fondamentale del diritto costituzionale tedesco: le leggi sono emanate dal potere federale (sotto la condizione che abbia la competenza legislativa corrispondente) e la loro esecuzione, tuttavia, spetta alla responsabilità dei Länder. Come chiarisce il § 54 *IfSchG*, questo principio si applica anche alla legge in questione, in particolare sono i Länder che devono determinare le autorità competenti per la sua esecuzione. Questa "separazione verticale dei poteri" –priorità del potere federale nella legislazione e priorità dei Länder nell'esecuzione– ha lo scopo di favorire la flessibilità dell'amministrazione e farla capace di prendere in considerazione le specificità regionali o addirittura locali. D'altra parte, la competenza amministrativa decentralizzata richiede un maggiore sforzo di coordinamento, soprattutto in situazioni di sfida a livello nazionale, il che può comportare il rischio di perdita di tempo prezioso, inefficienza e provvedimenti contraddittori e incoerenti da parte di diverse autorità.⁸

III. LA PRIMA ONDATA (MARZO - MAGGIO 2020)

È stato soltanto a fine febbraio 2020 che la crescente diffusione del coronavirus, fino a quel momento percepita piuttosto come un «fenomeno lontano», ha realmente attirato l'attenzione del pubblico e dei decisori politici. In un primo passo ci si è limitati a indicazioni e raccomandazioni generiche, prima che fossero prese le prime misure drastiche a livello regionale e locale. La grande svolta avvenne a metà marzo, quando le procedure decisionali sono state di fatto centralizzate per tutto il Paese. Fu solo in questo contesto che si vietò il culto pubblico della Chiesa e di altre comunità religiose in modo generalizzato e quasi senza eccezione. Questa situazione durò fino a mag-

⁸ La descritta distribuzione delle competenze è stata criticata da diversi studiosi già da tempo, ad es., A.-M. GRÜNER, *Biologische Katastrophen*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 208 sgg.; A. WALUS, *Pandemie und Katastrophennotstand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes*, «Die Öffentliche Verwaltung» 2010, pp. 127, 131.

gio, quando cominciò una graduale riapertura a favore della libertà religiosa, seppure ancora con restrizioni.

1. Fase delle indicazioni e raccomandazioni

A livello nazionale, fu proprio la Conferenza episcopale tedesca a prendere l'iniziativa per contribuire alla prevenzione di un'ulteriore diffusione del coronavirus nel contesto delle celebrazioni liturgiche e nei luoghi di culto. Il 26 febbraio 2020, il Segretariato della Conferenza emise delle "raccomandazioni" sull'argomento;⁹ così si consigliava di non partecipare al culto pubblico in caso di sintomi o sospetto d'infezione da Covid-19, di "limitare" l'uso delle acquasantiere, di essere cauti durante la concelebrazione eucaristica, di disinfettare le mani nel caso dei ministri della Comunione, di omettere la distribuzione della Comunione in bocca e l'amministrazione della Comunione sotto le due specie e di evitare altri contatti fisici, per esempio nello scambio della pace. Come regola generale, il Segretariato della Conferenza episcopale fece appello da un lato ad agire responsabilmente, ma dall'altro di evitare "l'ansia esagerata".

Mentre alcune Diocesi si sono limitate a trasmettere semplicemente le raccomandazioni del Segretariato (lasciando così la loro concretezza alla responsabilità locale secondo le circostanze specifiche del luogo),¹⁰ altre Diocesi hanno trasformato le raccomandazioni in precetti vincolanti. Di conseguenza, diverse Curie diocesane ordinarono lo svuotamento delle acquasantiere, la distribuzione esclusiva della Comunione in mano e l'omissione assoluta di contatto fisico durante le celebrazioni liturgiche.¹¹

Un giorno dopo la pubblicazione delle raccomandazioni della Conferenza episcopale, il 27 febbraio 2020, l'unità di crisi del Ministero federale dell'interno e del Ministero federale della salute si pronunciò sui "principi generali circa la valutazione del rischio e azioni raccomandate riguardo ai grandi eventi",¹² evidenziando che "potrebbe essere giustificato secondo le circostanze del caso singolare cancellare, spostare o riorganizzare i grandi eventi". Non ne derivarono conseguenze immediate: la prima divisione di calcio (*Bundesliga*) continuò a svolgere le partite fino alla 25ª giornata (dal 6 all'8

⁹ https://dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2020/Hinweise-zur-Vermeidung-von-Ansteckungen-mit-dem-Coronavirus.pdf (questo link, come tutti i successivi, è stato visitato l'ultima volta l'8 aprile 2021).

¹⁰ Ad es., l'Arcidiocesi di Friburgo, cfr. Bollettino diocesano, n. 6 del 2 marzo 2020, pp. 288 sgg.

¹¹ Così, ad es. le (Archi-)Diocesi di Amburgo, Aquisgrana, Colonia, Hildesheim, Paderborn e Rottenburg-Stoccarda.

¹² www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/4_Pressemitteilungen/2020/Anlage_PM_BMG_BMI_Veranstaltungen-Risikoabwaegung-COVID-19_2020-02-27.pdf.

marzo 2020) con pubblico, in occasione della Giornata internazionale della donna (8 marzo 2020) ebbero luogo, come anche in altri Paesi, grandi manifestazioni con intorno a 10.000 partecipanti.

2. Fase delle limitazioni e proibizioni regionali e nazionali

a) Limitazioni statali ed ecclesiastiche

È stato soltanto il 10 marzo 2020 che alcuni Länder, a seguito di un appello in tal senso da parte del Ministro federale della Salute, adottarono misure giuridicamente vincolanti e vietarono grandi eventi con 1000 o più partecipanti.¹³ Già dal 6 marzo 2020 c'era qualche restrizione riguardante le scuole,¹⁴ prima che alcuni Länder ordinassero la sospensione generale della scuola una settimana dopo.¹⁵ A quel punto, si cominciarono a disporre anche delle limitazioni delle visite presso determinate strutture (case di cura, per disabili e altre persone vulnerabili).¹⁶

Per quanto riguarda le attività della Chiesa, è stata di nuovo essa stessa a prendere, su propria iniziativa, ulteriori misure di protezione e di cautela, come la sospensione di tutte le attività non-liturgiche (esercizi spirituali, eventi di formazione e di pastorale giovanile). Si è sconsigliato di celebrare “grandi eventi” (pensando a funerali con più di 100 persone) e sono state rinviata altre celebrazioni con un'affluenza tipicamente elevata (Prime Comunioni e Cresime).

Di fronte al continuo aumento dei numeri di contagi, numerose Diocesi tedesche hanno preso ulteriori misure nei giorni precedenti alla terza domenica di Quaresima (15 marzo 2020): limitando il numero dei partecipanti alle Messe (100 o addirittura 50 persone),¹⁷ sconsigliando alle persone appartenenti a gruppi a rischio la frequentazione delle Messe o consigliando la loro sospensione, e contemporaneamente dispensando dal precetto domenicale.

¹³ 10 marzo 2020: Brema, Renania Settentrionale-Vestfalia e Sassonia; 11 marzo 2020: Baviera e Saarland; 12 marzo 2020: Amburgo; seguiva il 14 marzo 2020 l'Assia, limitando però gli eventi consentiti a soli partecipanti 100.

¹⁴ Il 6 marzo 2020 la Baviera dispose il divieto di frequentare la scuola per gli allievi rientrati da zone a rischio.

¹⁵ 13 marzo 2020: Baviera e Saarland; 14 marzo 2020: Brema (soltanto le scuole private).

¹⁶ 13 marzo 2020: Assia (solo per rientrati da zone a rischio) e Renania Settentrionale-Vestfalia.

¹⁷ *Pars pro toto*: Arcidiocesi di Bamberga, Comunicato stampa n. 20 / 2020 del 13 marzo 2020: sospensione di tutte le Messe con una presenza prevista di più di 100 persone, tutte le funzioni per bambini, le celebrazioni della Prima comunione e della Cresime nonché di altri eventi delle parrocchie e di gruppi parrocchiali. Per tutte le misure si fissava la scadenza 19 aprile 2020. L'Arcivescovo di Bamberga combinava la dispensa dal precetto domenicale con l'appello di “santificare la domenica a casa attraverso la preghiera personale o in famiglia”.

b) Le proibizioni del culto pubblico e di altre attività pastorali

In ambito cattolico,¹⁸ l'Arcidiocesi di Monaco e Frisinga assunse il ruolo di pioniere: l'Arcivescovo sospese il 13 marzo 2020 in un decreto generale ai sensi del c. 29 CIC con effetto immediato, inizialmente con scadenza 3 aprile 2020, "tutte le funzioni religiose pubbliche nel territorio dell'Arcidiocesi di Monaco e Frisinga" dispensando tutti i fedeli che si trovavano nel territorio arcidiocesano dal precetto domenicale per questo periodo (c. 1247 CIC). Inoltre, il decreto dispose il rinvio dei battesimi e dei matrimoni, così come la cessazione generale della Comunione a casa e dell'unzione degli infermi. Le eccezioni sono state concesse solo per i battesimi nella cerchia familiare più stretta (questo però solo nelle "situazioni eccezionali più urgenti", e in genere nelle case private ai sensi del c. 860 § 1 CIC) e per l'amministrazione della Comunione e l'unzione degli infermi in situazioni di pericolo di morte. Allo stesso modo, erano interdette le Messe funebri; solo le esequie ecclesiastiche ai sensi del c.1176 CIC erano consentite. L'ultima disposizione del decreto prevedeva l'apertura delle chiese "per la preghiera personale con gli orari abituali".

L'esempio di Monaco – sospensione delle funzioni pubbliche e dispensa dal precetto domenicale – è stato seguito, con effetto immediato per la terza domenica di Quaresima (o il lunedì successivo), da diverse altre Arcidiocesi e Diocesi (Dresden-Meißen, Fulda, Amburgo, Hildesheim, Spira, Limburg, Magonza e Paderborn).

Tutte queste misure sono state prese in un momento in cui non esistevano ancora i corrispondenti provvedimenti statali, in altre parole, si trattava di decisioni autonome delle autorità ecclesiastiche. L'Arcidiocesi di Colonia fu la prima Diocesi tedesca a trovarsi di fronte alla sfida di rispondere a un esplicito divieto delle funzioni religiose da parte di un'autorità pubblica: il 14 marzo 2020, un'ordinanza del Comune di Colonia proibì per prima volta in Germania "qualsiasi evento nel territorio municipale ... fino al 10 aprile 2020 compreso" includendo espressamente le "funzioni religiose e altri eventi delle comunità religiose".¹⁹ Lo stesso giorno, l'Arcidiocesi comuni-

¹⁸ Lo stesso giorno, il metropolita della metropoli greco-ortodossa della Germania aveva annunciato in una lettera pastorale la sospensione della celebrazione della Divina Liturgia così come di tutti gli altri eventi ecclesiali per un mese (www.orthodoxie.net/post/hirtenbrief), allo stesso modo diverse associazioni islamiche avevano annullato le preghiere del venerdì nelle moschee fino alla fine del mese (www.zentralrat.de/32058.php così come www.ditib.de/detail.php?id=699&lang=de). Pochi giorni prima la chiesa evangelica luterana di Württemberg aveva già proposto alle congregazioni appartenenti, anche se a titolo di raccomandazione, di rinunciare temporaneamente alla celebrazione della Santa Cena e di limitarsi alla liturgia della parola.

¹⁹ Ordinanza municipale del Comune di Colonia del 14 marzo 2020, n. 1, Gazzetta Ufficiale del Comune, n. 17 del 16 marzo 2020, pp. 394 sgg.

cò²⁰ la sospensione di tutto il culto pubblico per lo stesso periodo e per tutto il territorio diocesano aggiungendo che ora esisteva “la grave causa” impossibilitante la partecipazione alla celebrazione eucaristica, contemplata nel c.1248 § 2 CIC. Ai sacerdoti si consigliava “in modo speciale” la celebrazione in privato “come realizzazione vicaria”. Le chiese dovevano rimanere aperte per la preghiera personale “per quanto possibile con gli orari abituali nel modo consueto e in osservanza delle regole di igiene pubblicate”, e si doveva continuare con l’amministrazione della Comunione e l’unzione degli infermi per i gravemente ammalati e i moribondi “nel modo finora consueto”.

A partire da metà marzo 2020 le procedure decisionali furono centralizzate, cosa che creava una nuova situazione anche per la Chiesa: i Länder, che sono i (soli) responsabili per l’esecuzione delle leggi federali secondo la distribuzione delle competenze prevista nella *Grundgesetz*, concordavano le loro linee d’azione da intraprendere fra di loro e con il Governo federale in numerose riunioni di coordinamento dei ministri presidenti con il cancelliere federale. Le conclusioni di queste riunioni, rese note al pubblico come “accordi tra il Governo federale e i capi di governo dei Länder”, erano da qualificarsi in senso giuridico quali intese politiche ma ancora bisognose di trasformazione nelle forme giuridicamente dovute dai Länder, ossia in decreti o ordinanze. Già nella prima di queste riunioni celebratasi il 16 marzo 2020, si concordò un divieto di “riunioni in chiese, moschee, sinagoghe nonché delle riunioni di altre comunità religiose”, nonché limitazioni di accesso agli ospedali, case di cura e strutture analoghe;²¹ nella successiva del 22 marzo 2020 si aggiungevano vaste limitazioni di contatto fra persone non conviventi.²² Il Governo federale e i ministri presidenti qualificarono le misure – anche secondo loro “drastiche” – come “necessarie e proporzionate in vista del bene giuridico da proteggere, ossia la salute pubblica”.

I decreti e le ordinanze dei Länder promulgati nei giorni successivi sulla base delle conclusioni delle riunioni di coordinamento causarono notevoli ingerenze nella libertà religiosa in tre aree:

In tutti i Länder il culto pubblico fu sospeso, quasi dappertutto in base a un divieto generale di “riunioni nelle chiese, moschee e sinagoghe” e “delle riunioni di altre comunità religiose”.²³ Solo la Renania Settentrionale-Vestfalia

²⁰ www.domradio.de/themen/erzbistum-koeln/2020-03-14/keine-messen-bis-karfreitag-erzbistum-koeln-stellt-alle-oeffentliche-gottesdienste-ein-aber-internet.

²¹ n. III e IV del menzionato “accordo”, reperibile su www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/vereinbarung-zwischen-der-bundesregierung-und-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-bundeslaender-angesichts-der-corona-epidemie-in-deutschland-1730934.

²² n. I-III delle conclusioni prese nella menzionata riunione, reperibile su www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bsprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-vom-22-03-2020-1733248.

²³ *Pars pro toto*: n. 1 dell’Ordinanza del Ministero di Salute e Assistenza sociale bavarese del 16 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale dei Ministeri bavaresi, n. 148 del 25 marzo 2020.

scelse una strada speciale dal punto di vista della tecnica giuridica: invece di vietare le funzioni religiose pubbliche, il Land richiese il rispettivo impegno volontario da parte delle chiese e delle comunità religiose. Dopo averlo ottenuto da parte della Chiesa cattolica, delle chiese regionali protestanti, della comunità ebraica e delle associazioni islamiche, il decreto, facendo riferimento alle dichiarazioni corrispondenti, si limitò alla mera osservazione dichiarativa “Si omettono le riunioni con fine dell’esercizio del culto”.²⁴ Alcuni dei decreti prevedevano la possibilità di ottenere un’autorizzazione speciale dal divieto generale se c’era una causa grave e se ciò era accettabile dal punto di vista della situazione epidemiologica.²⁵ Ma tali opzioni non ebbero nessun effetto pratico, in parte, perché le stesse chiese e comunità religiose non ne fecero richiesta, in parte per restrittiva pratica amministrativa.

Data l’impossibilità di partecipare al culto pubblico, la situazione gravosa ha suscitato in molti fedeli il desiderio e il bisogno di accedere almeno ai luoghi sacri per la preghiera personale. Senza dubbio tali attività rientrano nell’ambito di protezione della libertà religiosa, ma sembrava meno chiaro, almeno sulla base di una semplice lettura dei rispettivi decreti, se ciò fosse ancora autorizzato nella situazione di un «lockdown» e, in caso affermativo, sotto quali condizioni. Certamente, non si procedette alla chiusura dei luoghi sacri,²⁶ ma il divieto di “assembramenti di più di due persone in pubblico”, contenuto in alcuni decreti,²⁷ fece sorgere delle perplessità dato che questa disposizione è stata interpretata (e, in alcuni casi, applicata!) in modo tale che solo la presenza contemporanea di due persone in una chiesa era consentita, indipendentemente dalle sue dimensioni.

Per proteggere i pazienti negli ospedali e nelle case di cura e di riposo, tutti i decreti stabilirono restrizioni o addirittura divieti di visita. Tuttavia, tali misure di protezione potevano entrare in conflitto con la libertà religiosa dei malati e dei moribondi che desiderano ricevere l’assistenza pastorale, così come con la libertà religiosa dei sacerdoti e dei pastori di anime che de-

²⁴ § 11, comma 3 del Decreto della Renania Settentrionale-Vestfalia del 22 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, n. 6° del 22 marzo 2020, pp. 177a sgg.

²⁵ § 1, comma 1, frase 3 del Decreto bavarese del 27 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale dei Ministeri bavaresi, n. 158 del 27 marzo 2020; § 3, comma 5, frase 2 del Decreto del Baden-Württemberg del 20 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, p. 133; § 1, comma 7 del Decreto di Berlino del 22 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, p. 220 (per riunioni all’aperto e con un massimo di 20 partecipanti).

²⁶ Una disposizione univoca conteneva § 1, comma 5 del Decreto dell’Assia del 18 di marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, n. 9 del 20 marzo 2020, pp. 167 sgg., regolando che i luoghi di culto potevano essere “tenuti aperti per la preghiera personale”.

²⁷ § 12, comma 1 del Decreto della Renania Settentrionale-Vestfalia (nota 24); § 2, comma 3 del Decreto della Bassa Sassonia del 27 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, p. 48; § 4, comma 1 del Decreto della Renania-Palatinato del 23 marzo 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, p. 79.

sideravano fornirla. Sembra che questo problema non sia stato riconosciuto da tutti gli autori dei decreti: in Baviera sono stati emessi divieti generali di visite ed entrate nelle strutture menzionate senza eccezione,²⁸ nel Baden-Württemberg la concessione di un'autorizzazione speciale spettava alla direzione dell'istituzione in questione a sua discrezione.²⁹ Sembra evidente che tali disposizioni erano insufficienti e sproporzionate; potevano evitare il verdetto dell'incostituzionalità solo per mezzo di un'interpretazione conforme alla costituzione.³⁰ Una maggiore sensibilità giuridica (e anche una maggiore umanità) dimostrarono altri decreti che, senza ulteriori condizioni, concedettero ai sacerdoti e ai pastori di anime l'accesso a queste strutture, così come ai parenti dei pazienti e dei residenti.³¹

Tutte le misure soprammenzionate prevedevano un limite temporale fissato al 19 o 20 aprile 2020, il che significa che a metà marzo 2020 era già chiaro che le autorità presumevano in quel momento che le celebrazioni liturgiche della Pasqua (Giovedì Santo: 9 aprile, Domenica di Pasqua: 12 aprile) e la Pesach ebraica (8 al 16 aprile) non avrebbero avuto luogo.

Tuttavia, in questa prima fase (fino al 19 o 20 aprile 2020), la Chiesa – come anche le altre comunità religiose – si piegava a ciò che le era stato prescritto. Le limitazioni statali furono accettate senza contraddizioni, e la questione se la libertà religiosa potesse essere toccata o addirittura lesa non fu nemmeno sollevata. La Chiesa ha adempiuto al suo dovere civico di rispettare le leggi in modo veramente esemplare e ha rinunciato al suo diritto civico di ricorrere contro di esse dinanzi ai tribunali. Così, subito dopo la menzionata riunione di coordinamento del 16 marzo, tutte le Diocesi, in cui non erano state precedentemente prese le misure corrispondenti in modo autonomo, annunciarono immediatamente la sospensione delle funzioni pubbliche, in parte in riferimento alle misure statali, in quel momento ancora imminenti, e in parte per mezzo di un divieto pronunciato dalle autorità ecclesiastiche.³² Soltanto la Diocesi di Ratisbona aspettò finché il decreto statale bavarese entrasse in vigore e comunicò la sospensione delle funzioni – come ultima Diocesi tedesca – il 18 marzo 2020.³³

²⁸ § 3, comma 1 del Decreto (nota 25).

²⁹ § 6, comma 3 e comma 6 del Decreto (nota 25).

³⁰ CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE, *Rassegna ufficiale* (BVerfGE) 2, 266, 282, giurisprudenza consolidata; breve riassunto in K. HESSE, *Grundzüge, cit.*, nn. 79 sgg.; per la ricezione nella dottrina italiana vid. M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009.

³¹ § 6, comma 4 e comma 6 del Decreto di Berlin (nota 25); § 3, comma 1 del Decreto dell'Assia del 13 de marzo 2020, *Gazzetta Ufficiale del Land*, n. 8 del 19 marzo 2020, pp. 153 sgg.

³² Oltre all'Arcivescovo di Monaco (vid. sopra, testo alla nota 18), anche il Vescovo di Würzburg emise un decreto formale in data 16 marzo 2020, cfr. Bollettino diocesano, n. 4 del 20 aprile 2020, pp. 88 sgg.

³³ Indicazioni del Vicario generale del Vescovo di Ratisbona del 18 marzo 2020 (www.

Ancora di più, la Chiesa non solo accettò le limitazioni statali ma le fece anche proprie e le difese contro voci critiche sorte dalle fila dei fedeli. In una “Parola congiunta”, intitolata “Assistenza, conforto e speranza” del 20 marzo 2020³⁴ il Presidente della Conferenza episcopale tedesca, il Presidente del Consiglio della Chiesa evangelica in Germania e il Presidente della Conferenza episcopale ortodossa in Germania classificarono la “rinuncia” al culto pubblico e agli altri eventi della vita ecclesiale come “necessaria” e si impegnarono ad “aderire coerentemente alle direttive dello Stato”. Questa “rinuncia” è stata da un lato giustificata ulteriormente con considerazioni edificanti – di stampo civico (“contributo al bene comune”), di stampo genericamente umanistico (“un servizio che rendiamo gli uni agli altri”)³⁵ e addirittura di stampo teologico (“precetto di carità”) –, e dall’altro lato difesa dall’accusa di limitare la libertà religiosa: c’erano anche vescovi a dichiarare di non sentirsi limitati nella loro libertà religiosa³⁶ e a giudicare la sospensione delle funzioni religiose un “problema quasi di lusso”.³⁷ Tali reazioni discrete, alle quali si aggiunsero interventi assecondanti di giuristi vicini alla chiesa,³⁸ provocarono un qualche stupore anche in costituzionalisti e in giornalisti non aventi fama di pronunciata affinità ecclesiale.³⁹

In nessun caso, le Diocesi hanno fatto uso delle possibilità di ottenere un’autorizzazione speciale per le funzioni religiose, in parte previste nei de-

bistum-regensburg.de/bistum/dienst-fuer-pfarreien/fuer-mitarbeiter-der-dioezese, sotto la voce “18.03.2020, 16.00 Uhr”).

³⁴ www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2020/2020-046a-Gemeinsames-Wort-der-Kirchen-zur-Corona-Krise.pdf.

³⁵ Cfr. la lettera pastorale del Vescovo di Limburg ai diocesani del 14 marzo 2020, *Bollettino diocesano*, n. 4 dell’8 aprile 2020, pp. 42 sg.

³⁶ Intervista del Vescovo di Hildesheim con il canale di notizie *Deutschlandfunk* del 12 aprile 2020 (www.deutschlandfunk.de/bischof-wilmer-zur-coronakrise-das-viele-streamen-von.868.de.html?dram:article_id=474469).

³⁷ Articolo del Vescovo di Magdeburgo intitolato *L’annullamento delle nostre funzioni non è quasi un problema di lusso?* del 20 aprile 2020, reperibile su www.katholisch.de/artikel/25237-feige-sind-unsere-gottesdienstausfaelle-nicht-fast-luxusprobleme.

³⁸ Cfr. B. TH. DRÖSSLER, B. KÄMPER, A. SCHILBERG, *Infektionsschutz und Religionsausübung: Religionsfreiheit unter dem Eindruck von Corona*, «Kirche und Recht» (2020), pp. 2 sgg.

³⁹ Cfr. le interviste con i costituzionalisti H. DREIER (su «Rheinische Post» del 7 aprile 2020, p. A04), C. MÖLLERS (con l’agenzia cattolica KNA del 29 maggio 2020: www.domradio.de/themen/kirche-und-politik/2020-05-29/manchmal-zu-demuetig-rechtsexperte-kirche-muss-systemrelevanz-staerker-artikulieren); diversi commenti su giornali giravano intorno alla percezione di un “silenzio della Chiesa”: S. GASCHKE, «Welt am Sonntag» del 12 aprile 2020, p. 8 (“silenzio sacro”); C. BECKER, «Die Welt» del 27 aprile 2020, p. 3 (“il silenzio delle Chiese”); E. FINGER, «Die Zeit» del 28 maggio 2020, p. 1 (“silenzio pio”). Vid. anche la recente critica dura di H. PRANTL *La chiesa sembrava pusillanime e conformista nella pandemia* (www.katholisch.de/artikel/28235-heribert-prantl-kirche-wirkte-in-pandemie-kleinmuetig-und-angepasst).

creti statali.⁴⁰ Le istanze corrispondenti non sono state fatte da parte della competente autorità ecclesiastica, nemmeno nei casi in cui perfino le autorità statali ne hanno esplicitamente indicato la possibilità.⁴¹ Nei confronti di tentativi di singoli fedeli di ottenere tale autorizzazione speciale (che rispondeva alle condizioni contenute nei decreti statali), le autorità ecclesiastiche reagirono con pubbliche prese di distanza⁴² o addirittura minacciando i sacerdoti coinvolti con sanzioni disciplinari.⁴³ La politica di non mettere in discussione le limitazioni statali e di assumerle anche nell'ambito ecclesiastico si mostrava nella comprensione del divieto di "assembramenti di più di due persone in pubblico" contenuto in alcuni decreti dei Länder:⁴⁴ ci furono anche autorità ecclesiastiche che lo interpretarono – senza metterlo in questione – nel senso che in una chiesa, indipendentemente delle sue dimensioni, poteva "fermarsi contemporaneamente un massimo di due persone".⁴⁵ Non risulta che siano state fatte richieste di chiarimenti presso le autorità statali, nemmeno che ci sia stata un'intercessione a favore di fedeli soggetti a sanzioni statali a causa di presunti assembramenti non autorizzati.⁴⁶

⁴⁰ Cfr. nota 25.

⁴¹ Istruttivo l'articolo di D. DECKERS, *Wie der Bischof den Katholiken die Messe verbot. In Mecklenburg verbot der Bischof den Katholiken, an den Ostertagen Gottesdienst zu feiern – obwohl es die Landesregierung zugelassen hätte*, «Frankfurter Allgemeine Zeitung» del 16 agosto 2020.

⁴² L'Istituto San Filippo Neri di Berlino, un istituto religioso di diritto pontificio, aveva richiesto un'autorizzazione speciale per la celebrazione del Triduo Pasquale presentando un dettagliato protocollo sanitario e – dopo il rifiuto dell'istanza da parte del Comune – si è rivolto ai tribunali. "Cerchie della Conferenza episcopale tedesca" dichiararono ai media che "quest'agire non è la posizione Chiesa cattolica nella crisi del coronavirus" e che sarebbe "un'azione isolata" (www.sueddeutsche.de/politik/corona-gottesdienstverbot-klage-berliner-gemeine-katholiken-1.4868363).

⁴³ Un esempio concreto viene riferito in C. BEHLERT, G. LÜTKENHAUS, *Individualschutz von Gläubigen gegen staatliche Beschränkungen der Religionsfreiheit am Beispiel der Eilverfahren in Bayern und Hessen*, in S. MÜCKL (a cura di), *Religionsfreiheit in Seuchenzeiten*, cit.

⁴⁴ Cfr. nota 27.

⁴⁵ Istruzione del Vicario generale del Vescovo di Magonza del 23 marzo 2020, Indicazioni per le aree funzione religiose, liturgia, pastorale, n. 4 (<https://bistummainz.de/export/sites/bistum/organisation/.galleries/downloads/Dienstanweisungen-23.03.2020.pdf>).

⁴⁶ Soprattutto un'operazione di polizia presso la comunità polacca di Hannover il 29 marzo 2020 ha attirato qualche attenzione mediatica: quel domenica pomeriggio la loro chiesa (di una dimensione di 700 m²) era aperta per due ore per la preghiera personale. Man mano, circa 30-40 fedeli vi accedettero mantenendo la prescritta distanza minima di 1,50 m. Più tardi, di propria iniziativa cominciarono a pregare il rosario. La polizia, informata dai vicini, espulse i fedeli dalla chiesa. Sulla base di notizie sui media, la Regione di Hannover è riuscita a individuare due dei fedeli coinvolti e impose una sanzione amministrativa di 180 € a ciascuno di loro (al sacerdote della comunità, invece una di 1.000 €). Tutte le sanzioni sono state annullate nel novembre 2020 facendo seguito al ricorso delle persone interessate (ma senza che la Diocesi avesse prestato qualche sostegno giuridico o morale). Documentazione della causa in A. MACHUY, *Streitpunkt Verhältnismäßigkeit*, «Die Tagespost», n. 14 del 2 aprile 2020, p. 1; nonché su www.idea.de/Frei-/Kirchen/detail/pfarrer-soll-bussgeld-zahlen-wegen-missachtung-der-corona-regeln-111344.html.

3. Verso l'attenuazione delle limitazioni

Pochi giorni prima della scadenza delle disposizioni nei decreti dei Länder, il 15 aprile 2020 si tenne un'altra riunione di coordinamento dei ministri presidenti con il cancelliere federale per discutere un possibile allentamento delle restrizioni. In linea di massima, le decisioni precedenti furono confermate ed estese per altre due settimane fino al 3 maggio 2020. Solo i negozi con una superficie di vendita fino a 800 m² e, senza ulteriori restrizioni, i rivenditori di macchine e biciclette e le librerie furono autorizzati a riaprire a partire dal 19 aprile 2020. Tuttavia, per quanto riguarda il culto pubblico, il ministro presidente della Renania Settentrionale-Vestfalia, che si dichiarava favorevole alla ripresa delle funzioni religiose, non riuscì a prevalere contro la politica restrittiva, sostenuta innanzitutto dal cancelliere federale e dal ministro presidente bavarese.⁴⁷ Nelle conclusioni della riunione si ritenne "ancora urgente limitarsi a comunicare contenuti religiosi attraverso i media" cosicché "le riunioni nelle chiese, moschee e sinagoghe come le feste religiose e le riunioni di altre comunità religiose" avrebbero dovuto continuare a essere sospese per il momento. Alle chiese e comunità religiose vennero dedicate alcune considerazioni più confortanti che giuridiche ("siamo consapevoli che l'esercizio del culto è un bene particolarmente prezioso e che ... la fede vissuta dà forza e fiducia") e l'annuncio che il Ministero federale dell'interno avrebbe intrapreso da lì a poco dei colloqui con le principali comunità religiose.⁴⁸

Forse l'atteggiamento di lealtà verso lo Stato e di responsabilità civica da parte delle chiese e comunità religiose suscitò fra i responsabili politici l'aspettativa che esse avrebbero continuato ad accettare la sospensione del culto pubblico, un'aspettativa che in realtà fu soddisfatta solo parzialmente: il Presidente della Conferenza episcopale tedesca intervenne con una chiarezza mai vista prima.⁴⁹ Esprimendo il suo "disappunto" dichiarò che la decisione non era comprensibile alla luce dei primi allentamenti in altri settori della vita pubblica. Il divieto di culto pubblico "interferiva gravemente nel diritto al libero esercizio del culto" ed era "difficile da sopportare per molti fedeli", in particolare durante la Settimana Santa e la Pasqua. D'altra parte, il Presi-

⁴⁷ Cfr. l'articolo *Glaubenskrieg um Corona* su «Die Welt» del 19 aprile 2020, p. 5, che riporta qualche particolare sui dibattiti nella riunione.

⁴⁸ Teleconferenza del cancelliere federale con i ministri presidenti dei Länder, Comunicato di stampa n° 124, 15 aprile; reperibile su www.bundestkanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/telefonschaltkonferenz-der-bundestkanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-15-april-2020-1744228, n. 12.

⁴⁹ Cfr. Comunicazione di Mons. G. BÄTZING circa le misure del Governo federale del 15 aprile 2020, Comunicato di stampa n° 67, reperibile su www.dbk.de/presse/aktuelles/meldung/bischof-dr-georg-baetzing-zu-den-corona-massnahmen-der-bundesregierung.

dente del Consiglio della Chiesa evangelica in Germania manifestò “espressamente” il suo sostegno allo “sforzo sociale generale ancora necessario” e si concentrò, ringraziando il cancelliere per le sue parole confortanti sull’atteggiamento delle chiese nelle settimane precedenti, sui colloqui da intraprendere al fine di “riammettere forme responsabili di funzioni religiose”.⁵⁰

In questi colloqui, i rappresentanti delle chiese e comunità religiose presentarono i propri protocolli sanitari per le celebrazioni liturgiche e gli altri eventi in condizioni di pandemia. Detti protocolli⁵¹ hanno poi costituito la base per le modifiche dei decreti dei Länder, che hanno reso possibile la ripresa del culto a partire da fine di aprile.

Nel frattempo, l’apparente consenso politico della riunione del 15 aprile 2020 si dimostrò di breve durata: la Sassonia decise di riammettere il culto pubblico a partire dal 20 aprile 2020,⁵² anche se ancora sotto condizioni restrittive (massimo 15 partecipanti, controlli di accesso, liturgia in gran parte silenziosa). Allo stesso modo, il governo della Renania Settentrionale-Vestfalia annunciò il 23 aprile 2020 di ripristinare il culto pubblico a partire dal 1° maggio 2020, fatte salve le condizioni di un protocollo sanitario.⁵³ Dato questo contesto, si capisce che, nella successiva riunione di coordinamento dei ministri presidenti con il cancelliere federale del 30 aprile 2020, un’ulteriore proroga del divieto di culto pubblico non era più politicamente raggiungibile. Di conseguenza, “si è convenuto di permettere che il culto pubblico abbia di nuovo luogo, ma tenendo conto delle particolari esigenze di protezione contro le infezioni”. A tal fine, da metà aprile, i rappresentanti delle chiese e delle comunità religiose avevano concordato con le autorità statali “protocolli sanitari complessivi per lo svolgimento del culto e degli eventi religiosi”, tenendo conto delle “particolari esigenze di protezione

⁵⁰ Comunicazione del *Landesbischof* H. BEDFORD-STROHM circa le misure del Governo federale “Trovare forme responsabili delle funzioni religiose” del 15 aprile 2020, Comunicazione di stampa, reperibile su www.ekd.de/bedford-strohm-zu-corona-massnahmen-der-bundesregierung-55255.htm.

⁵¹ Si sottoposero al Ministero federale dell’interno in totale 16 protocolli di diverse chiese e comunità religiose, fra cui quello del Consiglio centrale degli ebrei in Germania del 21 aprile 2020 (www.zentralratderjuden.de/fileadmin/user_upload/pdfs/Hygiene-_und_Gesundheitskonzept_fuer_juedische_G_ttesdienste.pdf); quello della Conferenza episcopale tedesca del 24 aprile 2020 (www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2020/2020-04-24-Empfehlungen-zur-Feier-der-Liturgie-in-Zeiten-der-Corona-Krise.pdf); quello della Chiesa evangelica in Germania del 24 aprile 2020 (www.ekd.de/eckpunkte-verantwortliche-gestaltung-von-gottesdiensten-55462.htm); inoltre anche altri da parte del Consiglio di coordinamento dei musulmani in Germania e della Conferenza episcopale ortodossa in Germania.

⁵² § 3, comma 2, n. 3 del Decreto della Sassonia del 17 aprile 2020, Gazzetta Ufficiale del Land, p. 170.

⁵³ www.land.nrw/de/pressemitteilung/wiederaufnahme-von-versammlungen-zur-religionsausuebung-nordrhein-westfalen-ab-dem.

dalle infezioni”, che dovevano essere prese in considerazione nella pratica futura.⁵⁴

Come misure concrete dei protocolli concordati⁵⁵ se ne trovavano, da una parte, alcune che si esigevano generalmente in tempi di pandemia, come limitare il numero di partecipanti e registrare i loro nominativi, evitare assembramenti, astenersi da grandi eventi (come pellegrinaggi e processioni), mantenere le regole di distanza, contrassegnare i posti utilizzabili, prevedere un servizio d’ordine, proibire l’accesso a persone con accertata o sospetta malattia, usare una mascherina. Altre delle misure elencate, invece, influenzavano in modo non insignificante la spiritualità, ad es. l’omissione della comunione in bocca e del canto liturgico, sia popolare che corale, l’amministrazione del sacramento della penitenza al di fuori dei “confessionali tradizionali”, lo svuotamento continuo delle acquasantiere. Per la cura pastorale negli ospedali, nelle case di cura e in strutture analoghe si richiedeva, se del caso, l’utilizzo di indumenti protettivi e l’osservanza del protocollo sanitario dell’istituzione in questione.

4. *Procedimenti giudiziari in difesa della libertà religiosa*

Contrariamente ad altri paesi europei, in Germania i tribunali sono stati chiamati, in una fase relativamente iniziale, a controllare la costituzionalità dei divieti di culto pubblico contenuti nei decreti dei Länder.⁵⁶ In tutti i casi, i ricorrenti erano singoli fedeli o piccoli gruppi, tutti cattolici, non invece le chiese e le comunità religiose stesse o una delle loro strutture organizzative (diocesi, parrocchia, ecc.). I procedimenti giudiziari cominciarono a partire dalla fine di marzo al fine di poter celebrare la Santa Messa almeno a Pasqua, cosa che chiedevano, a causa dei tempi stretti e dell’urgenza delle cause, tramite la procedura sui provvedimenti provvisori. Durante la Settimana Santa, diversi tribunali amministrativi emisero decisioni negative. In due casi, fedeli cattolici si rivolsero alla Corte costituzionale federale tramite il ricorso costituzionale, anch’essi senza esito.

In parte, i tribunali amministrativi cercarono una risoluzione a livello formale dei casi sottoposti all’esame: il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Baviera ritenne il ricorso di un fedele cattolico come inammissibile

⁵⁴ Teleconferenza del cancelliere federale con i ministri presidenti dei Länder, Comunicato di stampa n°. 144, 30 aprile 2020, n. 6; reperibile su www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/beschluss-bund-laender-kontaktbeschraenkungen-30-april.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁵⁵ Annesso 1 al verbale della teleconferenza (vid. nota precedente).

⁵⁶ Un’analisi riassuntiva della giurisprudenza si trova in P. BENDER, *Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Gottesdienstverbote durch Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus*, «Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra», n°. 9b del 1° maggio 2020, pp. 1 sgg.

per mancanza di legittimità di agire poiché l'Arcivescovo di Monaco aveva, sulla base di una propria decisione autonoma, sospeso qualsiasi culto pubblico fino al 19 aprile 2020 compreso e il ricorrente quindi non avrebbe più avuto la possibilità di partecipare alla Messa per ragioni di fatto.⁵⁷ Anche il TAR Assia mise in dubbio l'interesse ad agire di un altro fedele cattolico alla luce della sospensione delle Messe disposta dal Vescovo competente, ma – senza pronunciarsi definitivamente su questo aspetto – respinse il ricorso in quanto infondato: pur costituendo “limitazioni di portata straordinariamente vasta alla libertà religiosa di tutti” e “ingerenze massicce” in questo diritto, tali limitazioni erano da considerare, secondo il TAR, giustificate in vista degli interessi giuridici antagonisti di rango costituzionale come la protezione della salute pubblica e la prevenzione del sovraccarico delle capacità esistenti nel sistema sanitario. In una tale situazione di pericolo dinamico, la libertà religiosa dovrebbe passare al secondo posto almeno temporaneamente. Dato il carattere provvisorio delle misure, sostenne il TAR, la sospensione del culto pubblico risulterebbe proporzionato, tanto più che tali misure sarebbero state riviste periodicamente per garantire la loro continua necessità.⁵⁸ Alla stessa conclusione giunse, attraverso un bilanciamento dei diritti e interessi coinvolti anche il TAR Berlino rifiutando l'istanza di un istituto religioso per ottenere un'autorizzazione speciale per la celebrazione del Triduo Pasquale sotto condizioni di un protocollo sanitario da esso presentato.⁵⁹

I due casi provenienti dall'Assia e da Berlino sono stati deferiti alla Corte costituzionale federale tramite il ricorso costituzionale presentato contro le decisioni negative dei TAR. Pur non emanando provvedimenti provvisori a favore della celebrazione del Triduo Pasquale, le due sentenze della Corte costituzionale del Venerdì Santo⁶⁰ contenevano nelle motivazioni indicazioni chiare sull'importanza della libertà religiosa in generale nonché linee guida per il futuro agire delle autorità statali dopo la scadenza delle misure protettive contenute nei decreti.

La Corte costituzionale giudicò la sospensione totale del culto pubblico come una “gravissima ingerenza nel diritto alla libertà religiosa”, tanto più che il divieto fu esteso anche alla Pasqua e quindi al momento culminante della vita religiosa dei cristiani. Il punto di vista del ricorrente, basato

⁵⁷ TAR BAVIERA, Ordinanza del 9 aprile 2020, n. 20 NE 20 / 738. – Un giornale non proprio vicino alla Chiesa commentò la decisione con il titolo pungente: “Marx come scusa” (<https://taz.de/Gerichtsurteil-zu-Corona-Beschraenkungen/!5677838>).

⁵⁸ TAR ASSIA, Ordinanza del 7 aprile 2020, n. 8 B 892 / 20.

⁵⁹ TAR BERLINO-BRANDEBURGO, Ordinanza del 7 aprile 2020, n. 14 L 32 / 20; cfr. sopra nota 42.

⁶⁰ CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE, Ordinanza del 10 aprile 2020, «Neue Juristische Wochenschrift» 2020, pp. 1427 sgg. (Assia); Ordinanza del 10 aprile 2020, «COVID-19 und Recht» 2020, pp. 96 sgg. (Berlino).

sulla dichiarazione del Concilio Vaticano II e del Catechismo della Chiesa Cattolica,⁶¹ secondo cui la celebrazione dell'Eucaristia in comunità è un elemento centrale della fede che non può essere sostituito da forme alternative come la trasmissione di Messe su internet o la preghiera individuale, era per la Corte “comprensibile” e “intelligibile”. Tuttavia, sosteneva che la libertà religiosa doveva “per il momento” cedere a interessi costituzionali antagonisti (diritti fondamentali altrui alla vita e all'integrità fisica secondo l'art. 2, par. 2, della *Grundgesetz*, per evitare il collasso del sistema sanitario). La Corte ha basato questa valutazione principalmente sul fatto che la “ingerenza estremamente grave” sarebbe scaduta il 19 aprile 2020. Per il futuro, la Corte ha sottolineato la necessità di un “test di proporzionalità rigoroso”, in cui si dovrà verificare se, alla luce di nuovi dati, un allentamento della proibizione del culto pubblico possa essere giustificato, anche se a condizioni eventualmente rigorose e limitate a livello regionale.

Alla fine di aprile 2020 si dimostrò che la Corte costituzionale federale stava prendendo sul serio le indicazioni date nelle sue ordinanze del Venerdì Santo: per la prima volta un ricorso contro il divieto del culto pubblico ebbe successo.⁶² Un'associazione che coordina le funzioni religiose di una moschea voleva organizzare la preghiera del venerdì nella propria moschea ogni venerdì del mese di maggio – il mese in cui cadde il Ramadan nel 2020 – assicurando le corrispondenti misure seguendo un protocollo sanitario. Il decreto della Bassa Sassonia nella sua versione allora in vigore, però, continuava a proibire tutti i tipi di riunioni ed eventi religiosi senza eccezione cosicché il TAR, come precedentemente tutti i tribunali amministrativi, respinse il ricorso facendo domanda di provvedimenti provvisori. La Corte costituzionale federale, invece, ritenne che, vista la grave ingerenza nella libertà religiosa, il divieto generale del culto avrebbe dovuto, per motivi di proporzionalità, almeno prevedere la possibilità che, in singoli casi, tali funzioni religiose nelle quali si poteva escludere un rischio elevato di infezione potessero almeno essere consentite con un'autorizzazione speciale. Sicuramente questa ordinanza del 29 aprile 2020 ha avuto altri effetti al di là del caso concreto, nel senso che ha fatto capire ai responsabili politici che la continuazione di un divieto generale del culto pubblico avrebbe richiesto un grado di motivazione e giustificazione più elevato. Pochi giorni dopo, i Länder modificarono i loro decreti.

Riassumendo, i tribunali hanno esercitato la loro funzione di controllo con estrema moderazione. Eccetto l'ordinanza della Corte costituzionale

⁶¹ Il ricorrente si appoggiava sulla Costituzione dogmatica sulla Chiesa *Lumen Gentium*, n. 11 e su CCC, n. 1324-1327.

⁶² CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE, Ordinanza del 29 aprile 2020, “*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*” 2020, pp. 783 sgg.

federale del 29 aprile 2020, i tribunali hanno accettato senza eccezione le decisioni statali e le valutazioni dei rischi di infezione su cui si basavano. Tuttavia, bisogna anche notare che fino a questo punto tutte le decisioni dei tribunali furono prese nella procedura sui provvedimenti provvisori, non ci furono ancora decisioni nel merito. Ad ogni modo, le chiare indicazioni della Corte costituzionale federale ebbero un impatto a lungo termine: nella seconda ondata del coronavirus dall'autunno 2020 in poi, non ci sono stati – nonostante numeri di infezione significativamente più alte – da nessuna parte divieti generali di funzioni religiose come in primavera.

IV. LA DISTENSIONE (MAGGIO - SETTEMBRE 2020)

In conformità con gli orientamenti concordati nella riunione di coordinamento del 30 aprile 2020, i Länder hanno modificato i loro decreti per consentire la ripresa del culto pubblico, variando da Land a Land, fino al 10 maggio 2020 al più tardi, anche se alcuni Länder hanno stabilito disposizioni di protezione più severe, come limitare la durata di una celebrazione liturgica a un'ora o richiedere al sacerdote di indossare guanti monouso (almeno nel momento della distribuzione della Comunione).

Nella Chiesa cattolica, il culto pubblico fu ripreso a partire dalla fine di aprile (Sassonia) o dall'inizio di maggio, a seconda dei decreti dei Länder e secondo i rispettivi protocolli sanitari.⁶³ Solo la Diocesi di Würzburg fu un'eccezione sconcertante: con decreto del 28 aprile 2020⁶⁴ il Vescovo diocesano autorizzò esclusivamente le liturgie non eucaristiche, vale a dire, le liturgie della Parola senza distribuzione della Comunione, la liturgia delle Ore e le devozioni. La proibizione delle liturgie eucaristiche fu giustificata facendo riferimento ad un parere del consiglio medico del governo bavarese; in questa prospettiva va letto l'inizio del decreto diocesano che afferma: "La cosa più importante nella situazione della crisi del coronavirus è proteggere la salute dei fedeli". Solo "dopo un certo tempo e l'acquisizione di esperienze e la loro valutazione" il Vescovo si dichiarò disposto a riconsiderare l'autorizzazione anche delle Messe pubbliche. Tuttavia, egli non riuscì a mantenere a lungo a sua linea restrittiva; il decreto – non solo per i toni burocratici e freddi – trovava un'eco fortemente critico da parte del clero diocesano, dei fedeli e anche dei media.⁶⁵ Così, un nuovo decreto del

⁶³ In ogni caso, la ripresa del culto pubblico si riferiva alla celebrazione della Messa nelle chiese (almeno, in quelle più spaziose). I grandi eventi di massa, come i pellegrinaggi, continuavano ancora ad essere sospesi, ad es., in molti luoghi le processioni del Corpus Domini furono cancellate.

⁶⁴ Decreto del Vescovo di Würzburg del 28 aprile 2020, Bollettino diocesano, n. 5 del 20 maggio 2020, pp. 110 sgg.

⁶⁵ Cfr. H. HOPING, *Messe unter Quarantäne*, «Die Tagespost», n. 19 del 7 maggio 2020, p. 11.

15 maggio 2020⁶⁶ modificò quello precedente e dal 21 maggio 2020 – quindi due settimane dopo le altre Diocesi bavaresi – si permisero di nuovo le Messe pubbliche.

Per quanto riguarda i protocolli sanitari, le chiese e le comunità religiose adattarono quanto concordato con le autorità statali in modo vincolante per la loro sfera, in parte nella forma di decreti, in parte attraverso istruzioni interne. In termini di contenuto, questi regolamenti riguardavano la fissazione di numeri massimi per la partecipazione alla liturgia e ad altri eventi, la fissazione e il controllo della “distanza sociale” e linee guida dettagliate per le celebrazioni liturgiche.⁶⁷ Il canto liturgico era in gran parte proibito. Tutto ciò che poteva avvicinarsi al contatto fisico era strettamente regolato o proibito. Così, le chiese regionali protestanti raccomandarono “vivamente” alle loro comunità locali di non celebrare la Santa Cena per il momento. Molte Diocesi della Chiesa cattolica hanno prescritto particolari misure protettive per la distribuzione della Comunione, come l’uso di mascherine e guanti, la collocazione di un divisorio in plexiglass tra ministro della Comunione e fedeli (sotto il quale la Comunione doveva essere distribuita), o l’uso di pinze. Non raramente le disposizioni protettive ecclesiastiche superavano quanto richiesto dai regolamenti statali.⁶⁸ Nonostante le possibilità di partecipare alle Messe pubbliche, il dovere corrispondente – ossia il precetto domenicale (c. 1247 CIC) – rimaneva ancora sospeso. Solo nell’agosto 2020 alcune Diocesi – l’Arcidiocesi di Bamberg e le Diocesi di Fulda, Görlitz,⁶⁹ Hildesheim e Ratisbona – misero fine al regime di eccezione che era in vigore da marzo. In ultima analisi e tenendo conto del c. 1248 §2 CIC, non vi fu in nessun momento una necessità canonistica per dispensare dal precetto domenicale, tale misura fu probabilmente dovuta piuttosto alla sensibilità psicologica. Parimenti, alcune Diocesi mitigarono – sulla base di pareri medici – nel corso dell’estate il divieto rigoroso della distribuzione della Comunione in bocca.⁷⁰

Anche dopo la riammissione del culto pubblico, alcuni fedeli ricorsero nuovamente presso i tribunali, questa volta per appellarsi contro le supposte restrizioni alla libertà religiosa imposte dalle misure protettive (limitazioni

⁶⁶ Decreto del Vescovo di Würzburg del 15 maggio 2020, Bollettino diocesano, n. 6 del 22 giugno 2020, pp. 148 sgg.

⁶⁷ Ad es., la «Istruzione circa le celebrazioni liturgiche in tempo della crisi del coronavirus» dell’Arcivescovo di Friburgo del 4 maggio 2020, Bollettino diocesano, n. 16 del 8 maggio 2020, pp. 339 sgg.

⁶⁸ I Länder prescrivevano una «distanza sociale» di 1,50 m – le norme ecclesiastiche, invece, una di 2 m.

⁶⁹ Lettera pastorale del Vescovo di Görlitz del 30 agosto 2020, cfr. www.bistum-goerlitz.de/wp-content/uploads/2020/08/Hirtenwort-in-der-Coron-Zeit-2020-in-A4.pdf.

⁷⁰ Cfr. B. STÜHLMAYER, *Punktsieg für die Stillen*, «Die Tagespost», n. 41 del 8 ottobre 2020, p. 10.

del numero di partecipanti, le mascherine obbligatorie, ecc.), ma senza successo.⁷¹

V. LA SECONDA ONDATA (DA OTTOBRE 2020)

Passata un'estate relativamente tranquilla, i numeri di nuove infezioni tornarono a risalire considerevolmente dall'inizio di ottobre 2020, tanto che i politici temettero che una diffusione incontrollata della pandemia potesse verificarsi a causa di catene di infezione non tracciabili. Anche in questa fase, come in primavera, alcuni comuni con una maggiore incidenza di contagi («hotspot») cominciarono ad adottare misure protettive più incisive, che in parte concernevano anche l'esercizio del culto: così, il Comune di Francoforte fece obbligatorio l'uso di una mascherina durante le funzioni religiose anche per i ministri,⁷² e quello di Colonia proibì il canto popolare nelle celebrazioni.⁷³

Contrariamente alla situazione in primavera, durante la seconda ondata non ci sono stati divieti di funzioni religiose generalizzati e in tutto il territorio. Sembra che le chiare parole della Corte costituzionale federale pronunciate nelle tre ordinanze di aprile,⁷⁴ che le ingerenze nella libertà religiosa sono giustificate solo in condizioni restrittive, non hanno mancato di avere effetto moderatore sui governi. Anche quando nei mesi di ottobre e novembre il numero di nuove infezioni in alcuni distretti ha raggiunto proporzioni tali che le autorità locali si sono sentite costrette a imporre un «lockdown locale», il culto pubblico rimase esente da misure incisive: diversi distretti bavaresi dichiararono esplicitamente che le funzioni religiose continuavano a essere consentite⁷⁵ e la partecipazione ad essi venne considerata come un motivo giustificato per uscire di casa.⁷⁶ Solo un piccolo distretto in Turingia, in cui tutti i cristiani sono una minoranza,⁷⁷ proibì – senza previa consulta-

⁷¹ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE DI BAVIERA, Ordinanza dell'8 maggio 2020, n. Vf. 34-VII-20; TAR BADEN-WÜRTTEMBERG, Ordinanza del 18 maggio 2020, n. 1 S 1357 / 20; TAR BAVIERA, Ordinanza del 26 giugno 2020, n. 20 NE / 1423.

⁷² Ordinanza municipale del Comune di Francoforte del 15 ottobre 2020, n. 5, Gazzetta Ufficiale del Comune, n. 42a del 16 ottobre 2020, pp. 1410 sgg.; il ricorso di un sacerdote cattolico contro questo provvedimento fu respinto, cfr. TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DI FRANCOFORTE, Ordinanza del 27 ottobre 2020, n. 5 L 2449 / 20.F.

⁷³ Ordinanza municipale del Comune di Colonia del 9 ottobre 2020, n. 5, Gazzetta Ufficiale del Comune, n. 76 del 9 ottobre 2020, pp. 1377 sgg.

⁷⁴ Vid. note 60 e 62.

⁷⁵ Ordinanza del Distretto Berchtesgadener Land del 19 ottobre 2020, n. 2, frase 2; Ordinanza del Distretto Rottal-Inn del 26 ottobre, n. 2, frase 2, Gazzetta Ufficiale del Distretto, n. speciale 7 del 26 ottobre 2020, pp. 42 sgg.; Ordinanza municipale del Comune di Passau del 27 novembre 2020, n. 3.

⁷⁶ *Ibid.*, n. 1.2.8.

⁷⁷ Secondo i dati dell'ultimo censimento del 2011, tra i ca. 66.000 abitanti del distretto il 40% è protestante, il 2 % cattolico.

zione delle chiese –, “le riunioni e gli eventi a scopo religioso o ideologico” per due mesi, da fine novembre a fine gennaio.⁷⁸

Questa misura era esplicitamente basata sulla disposizione del § 28a *IfSG*, che era stata inserita nella legge sulla protezione dalle infezioni pochi giorni prima⁷⁹ e la cui costituzionalità è, tuttavia, messa in dubbio da non pochi autori.⁸⁰ Con riferimento alla stessa disposizione, due distretti della Sassonia orientale stabilirono nel dicembre 2020, per le “riunioni di chiese e comunità religiose per l’esercizio del culto” il divieto di “assumere cibi e bevande rituali da parte dei visitatori”.⁸¹ Questa misura, evidentemente adottata più che per cattiva volontà per manifesta ignoranza, era chiaramente intesa a precludere la Comunione (nel caso dei protestanti, della Santa Cena) dei fedeli. Dopo un energico intervento del competente Vescovo diocesano, offrendo le dovute chiarificazioni sul significato dell’Eucaristia nonché annunciando un ricorso presso il tribunale amministrativo nel caso in cui le limitazioni continuassero ad essere in vigore, i due distretti interessati modificarono le ordinanze in questione, con effetto retroattivo, già nei giorni successivi.⁸²

A livello nazionale, le riunioni di coordinamento tra i ministri presidenti dei Länder e il cancelliere federale vennero ripresi a metà ottobre 2020. Mentre le conclusioni della prima riunione del 14 ottobre 2020 si limitarono agli appelli ai cittadini e ad alcuni punti chiave,⁸³ il 28 ottobre 2020 i partecipanti si accordarono su misure⁸⁴ da loro stessi descritte come “molto drastiche”. Queste misure – in sostanza un «lockdown light» – sono state giustificate “necessarie e proporzionate per quanto riguarda il bene giuridico della salute pubblica da proteggere e per evitare danni economici ancora più estesi nel

⁷⁸ § 2, comma 4, dell’Ordinanza del Distretto Hildburghausen del 28 novembre 2020 (in quel momento, l’incidenza era di più di 525 casi per 100.000 abitanti), l’ordinanza fu prorogata due volte, in data 15 dicembre 2020 (incidenza: 452 / 100.000 abitanti) e 9 gennaio 2021 (incidenza: 424 / 100.000) e, finalmente, il 27 gennaio 2021 abrogata (incidenza: 248 / 100.000).

⁷⁹ Vid. nota 7.

⁸⁰ H. EIBENSTEIN, *Die (vertane) Chance des § 28a IfSG*, «COVID-19 und Recht» 2020, pp. 856 sgg.; M. BUSCHMANN, *Die rechtsstaatlichen Schwächen des neuen § 28a Infektionsschutzgesetz als zentrale Eingriffsnorm zur Bekämpfung von Covid-19*, in R. CHR. VAN OUYEN, H. WASSERMANN (a cura di), *Corona und Grundgesetz*, Berlin, Duncker&Humblot, 2021, pp. 120 sgg. – Il TAR BAVIERA, invece, non condivise questi dubbi in un’ordinanza emessa in una procedura sui provvedimenti provvisori (dell’8 dicembre 2020, n. 20 NE 20 / 2461), con una motivazione notevolmente superficiale.

⁸¹ Ordinanza del Distretto Görlitz del 8 dicembre 2020, n. 9a; Ordinanza del Distretto Bautzen del 9 dicembre 2020, n. 8a.

⁸² Ordinanza del Distretto Bautzen del 10 dicembre 2020; Ordinanza del Distretto Görlitz del 12 dicembre 2020, n. 1.

⁸³ www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1798920/9448da53f1fa442c24c37abc8b0b2048/2020-10-14-beschluss-mpk-data.pdf.

⁸⁴ www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/videokonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-28-oktober-2020-1805248.

caso di uno sviluppo incontrollato della pandemia”. Detto «lockdown light», originariamente con scadenza 30 novembre 2020, è stato ripetute volte prorogato – fino ad oggi. In tutte queste riunioni di coordinamento, era pacifico il fatto che le funzioni religiose avrebbero dovuto continuare ad avere luogo. Di conseguenza, i decreti dei Länder, periodicamente aggiornati e modificati, non contenevano divieti generalizzati; al massimo, tali divieti erano imposti a livello locale in pochi casi eccezionali. Nella riunione di coordinamento del 19 gennaio 2021 i ministri presidenti dei Länder e il cancelliere federale concordarono ulteriori misure protettive anche per il culto pubblico (oltre a quelle già conosciute – limitazione dei partecipanti, distanza minima, divieto del canto popolare – l’uso obbligatorio di una mascherina FFP2),⁸⁵ disponendo anche il dovere di notificare due giorni lavorativi in anticipo le funzioni religiose con una presenza prevista di più di 10 persone all’autorità pubblica.⁸⁶

Tuttavia, diverse misure non specifiche riguardanti la religione avevano lo stesso un impatto sull’esercizio della libertà religiosa: così, nel dicembre 2020, diversi Länder disposero il coprifuoco notturno (tra le ore 20 o le 21 e le ore 5 del giorno successivo). Mentre in alcuni casi rientravano nelle fattispecie per un’eccezione anche la partecipazione a riunioni religiose, le norme furono applicate rigorosamente in particolare in Baviera, senza eccezioni nemmeno per Natale (contrariamente alle promesse iniziali), così che le Messe natalizie nella notte dovevano finire entro le ore 21 – una protesta dell’episcopato bavarese rimase inascoltata.⁸⁷ Allo stesso modo, il nuovo inasprimento dei regolamenti di visita negli ospedali, nelle case di cura e in strutture analoghe ha reso più difficili le possibilità di cura pastorale. È vero che nell’ultima modifica della legge sulla protezione dalle infezioni, nel novembre 2020, il legislatore aveva espressamente disposto che i pastori di anime dovessero avere accesso.⁸⁸ Tuttavia, la norma era spesso sconosciuta nella prassi e non poche volte è rimasta semplicemente – deliberatamente – non applicata dalle strutture.⁸⁹

⁸⁵ www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1840868/1c68fcd2008b53cf12691162bf20626f/2021-01-19-mpk-data.pdf?download=1.

⁸⁶ Questo dovere non si applicava a quelle chiese e comunità religiose che avevano già concordato con l’autorità pubblica un protocollo sanitario (come, ad es., la Chiesa cattolica). Sembra che tale misura mirasse alle comunità evangeliche indipendenti, diverse volte la stampa riferiva su eventi con contagi nelle funzioni di dette comunità, di solito causati per inosservanza delle regole. Invece, non c’erano notizie su eventi simili nel contesto con Messe della Chiesa cattolica, cfr. www.domradio.de/themen/corona/2020-10-15/keine-einzigeeinfektion-durch-katholische-gottesdienste-nrw-katholisches-buero-nrw-bewertet-neue.

⁸⁷ www.katholisch.de/artikel/27992-ausgangssperre-an-heiligabend-soeder-macht-keine-ausnahmen-fuer-kirchen.

⁸⁸ § 30, comma 4, frase 2 IfSG.

⁸⁹ H. KLUETING, *Wie eingesperrt. Priester berichtet über Erfahrungen, die er aktuell bei Krankenbesuchen macht*, «Die Tagespost», n. 49 del 3 dicembre 2020, p. 28; cfr. anche le esperienze durante il primo «lockdown» nella primavera 2020: M. BERGHOFER, D. PETRITSCH, D.

Come in primavera, le chiese e le comunità religiose si mostrarono in generale estremamente conformi e coscienziose nell'osservare dei provvedimenti statali. Salendo considerevolmente l'incidenza dei contagi in molte regioni nelle due settimane prima di Natale, alcune Diocesi – anche alla luce del fatto che parti dell'opinione pubblica divennero sempre più critiche sulla continuazione delle funzioni religiose pubbliche (“privilegio”)⁹⁰– disposero di propria iniziativa ulteriori restrizioni alle funzioni religiose (meno partecipanti, durata più breve) o le cancellarono del tutto.⁹¹ Il Vescovo di Essen aveva già raccomandato alle parrocchie a metà dicembre di rinunciare alle Messe feriali, e poco dopo lasciò alle parrocchie la scelta di celebrare o meno la liturgia natalizia.⁹² Le chiese regionali protestanti di Westfalia e Lippe fecero un passo in più, raccomandando alle congregazioni locali già dieci giorni prima di Natale, come “dettame della ragione”, di rinunciare alle funzioni presenziali almeno fino al 10 gennaio 2021.⁹³ Questo esempio, a quanto pare, ha a sua volta stimolato anche numerose parrocchie cattoliche a cancellare le funzioni religiose per diverse settimane per loro stessa decisione, giustificandola come una “responsabilità verso il prossimo”.

VI. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Rispetto al passato, le società di oggi sperimentano un'inversione dei meccanismi di reazione umana a un'epidemia.⁹⁴ In passato, si implorava il cielo

SCHWARZ, *Was willst Du, daß ich Dir tue? (Lk 18,41) Zur Situation der katholischen Krankenhaus-seelsorge (KHS) Österreichs während der Covid-19-Pandemie*, in W. KRÖLL, J. PLATZER, H.-W. RUCKENBAUER, W. SCHAUPP (a cura di), *Die Corona-Pandemie. Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 283 sgg.

⁹⁰ Secondo un sondaggio online, il 50% degli intervistati sarebbe stato a favore del divieto delle funzioni natalizie (www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-gottesdienst-weihnachten-100.html); due primi ministri dichiarano pubblicamente che non avrebbero partecipato alle funzioni natalizie (www.evangelisch.de/inhalte/179751/14-12-2020/ministerpraesidenten-fuer-verzicht-auf-weihnachtsgottesdienst) e un costituzionalista criticò la disparità di trattamento tra funzioni religiose (permesse) e spettacoli teatrali (proibiti), cfr. «Die Welt» del 9 dicembre 2020, p. 4).

⁹¹ Ad es., lettera del Vescovo di Rottenburg-Stoccarda, al clero, ai collaboratori pastorali e ai membri dei consigli parrocchiali del 17 dicembre 2020, reperibile su www.drs.de/fileadmin/user_upload/Dossiers/Coronavirus/Bischoefliche_Anordnungen/20201217/201217_40_Mitteilung_zur_aktuellen_Lage.pdf.

⁹² Lettera del Vescovo di Essen, al clero, ai collaboratori pastorali e ai membri dei consigli parrocchiali del 18 dicembre 2020, reperibile su www.bistum-essen.de/fileadmin/relaunch/Bilder/Bistum/Bischof/Texte_Ruhrbischof/Gottesdienste_zu_Weihnachten_2020_Brief_an_die_Verantwortlichen_in_den_Pfarreien_18.12.20.pdf.

⁹³ Per i dettagli: www.evangelisch-in-westfalen.de/aktuelles/detailansicht/news/coronaupdate-weihnachtsgottesdienste-2020/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=dbbd864ed3d5a7a10248922e217b0189 e www.lippische-landeskirche.de/9434-0-1.

⁹⁴ Descrizione dettagliata in S. WINKLE, *Geißeln der Menschheit. Kulturgeschichte der*

di fermare la peste. Così, un decreto bavarese del 1592 non solo esortò le persone a osservare le regole elementari di igiene, ma le incoraggiò espressamente a vivere una vita pia. Quando la cosiddetta “Grande Peste” devastava la Prussia Orientale all’inizio del Settecento, il re Federico I stabilì un giorno generale di digiuno, penitenza e preghiera per ottenere “la giustizia divina attraverso il vero pentimento e la penitenza” e per prevenire la “peste atroce”.

Ovviamente, oggi lo Stato non prende più tali misure e si astiene, per la semplice ragione della condizione di Stato laico, anche dall’appellarsi all’intervento divino. Ma d’altra parte, il fatto che il culto pubblico sia stato proibito a livello quasi universale è uno sviluppo completamente nuovo. Ciò che esisteva finora erano divieti selettivi e parziali del culto pubblico in luoghi particolarmente colpiti da epidemie, per esempio durante le varie diffusioni di colera nell’Ottocento o durante la pandemia dell’“influenza spagnola” di 100 anni fa in alcune città statunitensi.

La sospensione del culto pubblico nonché le altre restrizioni parimenti onerose, ovunque e di lunga durata, tanto più adottate in gran parte come misure preventive, suscitano interrogativi significativi, fra cui il prezzo della libertà in favore della sicurezza, il ruolo della libertà religiosa in una società sempre più secolarizzata e, infine, il modo in cui la Chiesa stessa debba svolgere la sua missione tenendo conto anche della salute spirituale dei fedeli.

BIBLIOGRAFIA

- BENDER P., *Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Gottesdienstverbote durch Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus*, «Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra», n. 9b del 1° maggio 2020, pp. 1-6.
- DI MARTINO A., REPETTO G. (a cura di), *Konrad Hesse. L’unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2014.
- D’AMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009.
- DRÖSSLER B. TH., KÄMPER B., SCHILBERG A., *Infektionsschutz und Religionsausübung: Religionsfreiheit unter dem Eindruck von Corona*, «Kirche und Recht» 2020, pp. 2-11.
- EIBENSTEIN H., *Die (vertane) Chance des § 28a IfSG*, «COVID-19 und Recht» 2020, pp. 856-864.
- FANGERAU H., LAIBISCH A., *Pest und Corona. Pandemien in Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Freiburg, Herder, 2020.
- GRÜNER A.-M., *Biologische Katastrophen*, Baden-Baden, Nomos, 2017.
- HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999²⁰.

Seuchen, Düsseldorf, Artemis&Winkler, 2013; H. FANGERAU, A. LAIBISCH, *Pest und Corona. Pandemien in Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Freiburg, Herder, 2020.

- KERSTEN J., RIXEN S. (a cura di), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, Beck, 2020.
- MÜCKL S. (a cura di), *Religionsfreiheit in Seuchenzeiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2021.
- VAN OUYEN R. CHR., WASSERMANN H. (a cura di), *Corona und Grundgesetz*, Berlin, Duncker&Humblot, 2021.
- WALUS A., *Pandemie und Katastrophennotstand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes*, «Die Öffentliche Verwaltung» 2010, pp. 127-133.
- WINKLE S., *Geißeln der Menschheit. Kulturgeschichte der Seuchen*, Düsseldorf, Artemis&Winkler, 2013.

CULTO RELIGIOSO Y ESTADO DE DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

RELIGIOUS WORSHIP & THE RULE OF LAW
IN TIMES OF PANDEMIC: SPAIN & USA

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ*

RESUMEN · Como en otros países, los gobiernos de España y Estados Unidos limitaron la asistencia de los ciudadanos a los lugares de culto por la COVID-19. Lo hicieron por razones de salud pública, pero sin respetar siempre otros derechos fundamentales que fueron restringidos de forma unilateral y sin la proporcionalidad debida en un Estado de Derecho. En ciertos casos, las actividades religiosas, consideradas servicios no esenciales, recibieron peor trato que las seculares en similar situación de riesgo o incluso menor. Las confesiones religiosas y los creyentes vieron limitado sustancialmente su libre ejercicio religioso sin que el gobierno hubiera podido probar la existencia de un poderoso interés estatal que no fuera satisfecho por otros medios menos restrictivos.

PALABRAS CLAVE · Acceso al culto y asistencia religiosa, Estado de emergencia, COVID-19.

ABSTRACT · As in other countries, the governments of Spain and the United States limited citizen attendance at places of worship by COVID-19. They did so for public health reasons, but without always respecting other fundamental rights that were unilaterally restricted and without the proportionality required in a state governed by the rule of law. In certain cases, religious activities, considered non-essential services, received worse treatment than secular activities at similar risk or even less. Religious denominations and believers were substantially limited in their free exercise of religion without the government being able to prove the existence of a compelling state interest that was not satisfied by other less restrictive means.

KEYWORDS · Access to Worship and Religious Assistance, State of Emergency, COVID-19.

SUMARIO: 1. El culto religioso en España durante la COVID-19. – 1.1. Gobierno nacional. – 1.2. Gobiernos autonómicos. – 1.2.1. Comunidad de Madrid. – 1.2.2. Comunidad de Cataluña. – 2. El culto religioso en USA durante la COVID-19. – 2.1. Gobierno

* frjoseignaciorubio@gmail.com, Profesor Estable Adjunto a cátedra, Universidad Eclesiástica San Dámaso (USD), Madrid, Facultad de Derecho Canónico / orcid 0000-0002-0289-5907/.

federal. – 2.2. Gobiernos estatales. – 2.3. El SARS-CoV-2 en los tribunales. – 2.3.1. El libre ejercicio religioso y *Smith*. – 2.3.2. El precedente *Jacobson*. – 2.3.3. El no establecimiento. – 2.3.4. La libertad de expresión. – 2.3.5. El estado de emergencia. – 3. Conclusión: un mismo virus en dos mundos.

¿CUÁNDO pueden las autoridades civiles tomar medidas que afecten el culto o la asistencia religiosa de los fieles? ¿Puede ser limitada la libertad religiosa?, ¿cómo, cuándo y por qué? ¿Por cuánto tiempo pueden ser restringidos, en caso de emergencia, los derechos y libertades fundamentales? ¿Son esenciales los servicios religiosos? ¿Pueden recibir los lugares de culto un trato distinto al de los locales no religiosos dedicados al comercio, la restauración, o el ocio? Es decir, ¿se puede cerrar una iglesia o limitar su aforo, mientras abren con menos restricciones tiendas, restaurantes, o casinos? ¿Pueden prohibirse los servicios religiosos mientras se permiten otros distintos en los lugares de culto? Esto es, ¿pueden reunirse sin límite de aforo en una iglesia un centenar de indigentes para ser atendidos en sus necesidades, pero no para rezar?, ¿esas mismas personas pueden recibir asesoramiento de un ministro, en asuntos no religiosos, pero no rezar con él, escuchar una homilía o recibir dirección espiritual?, ¿por qué razón el Estado permitiría la actividad social de las Iglesias, pero no la espiritual, si los riesgos para la salud fueran similares, cuando no menores? Llegado el caso, ¿son las confesiones religiosas o los creyentes los que deben probar la inconstitucionalidad de las medidas estatales, o es más bien el Estado el que debe demostrar la existencia de un interés poderoso que no pueda ser satisfecho de otro modo menos lesivo?, ¿quién carga con la prueba? Y, contando con todo esto, ¿se puede abordar la solución de un asunto tan grave y urgente como este de modo unilateral? ¿Debiera cooperar el Estado con la Iglesia católica y demás confesiones?

Entre otras cuestiones parecidas, por lo que se refiere a los Estados, estas son las que se plantearon con fuerza ante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus SARS-CoV-2. Este escrito entra en el debate con una respuesta jurídica que, centrada en España y en los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, USA), va más allá de estos límites. Tras ofrecer las principales decisiones del gobierno español y de dos de los gobiernos autonómicos de España (Madrid y Cataluña), así como del gobierno federal estadounidense y de sus Estados, en materia de culto y asistencia religiosa durante la COVID-19 entre marzo y diciembre de 2020, comparando la situación a uno y otro lado del Atlántico (1 y 2), concluiremos con cerca de una treintena de presupuestos y principios necesarios para el respeto de los derechos y libertades fundamentales en tiempos de pandemia, ahora esta del SARS-CoV-2 y, en el futuro, las que vengan (3). Y es que, como veremos, situaciones de urgencia piden respuestas inmediatas, pero estas suelen ser di-

ficiles de mantener en el tiempo. Una pandemia pide proceder con rapidez, pero las prisas no suelen ser buenas, asistiendo en estos meses a respuestas nada razonables, a medida que crecía una cierta histeria colectiva en esta ceremonia de la confusión en la que aún estamos. Y, dado que el coronavirus ha venido para quedarse, nadie sabe por cuánto tiempo más, será necesario un tratamiento distinto de la cuestión por el gobierno, si quiere el Estado seguir siendo *de Derecho*, evitando su presentación como un instrumento de coacción en manos del poder, sin atención a la justicia.

1. EL CULTO RELIGIOSO EN ESPAÑA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Entre los meses de marzo y abril de 2020, España tuvo que enfrentarse a una situación de emergencia que, por su alcance y gravedad, no había conocido antes. Damos cuenta aquí de las distintas respuestas que, sobre el acceso al culto religioso, fueron adoptando sus autoridades civiles desde entonces hasta el mes de diciembre.

1. 1. *Medidas del gobierno nacional: Ministerio de Sanidad*

España es un Estado autonómico, compuesto por 17 Comunidades, además de las ciudades de Ceuta y Melilla, dotadas de un estatuto que regula su relación con el Estado del que forman parte. Los estatutos de autonomía son así los que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, contando cada una de estas con su propia Consejería de salud. Y en el caso de una situación de emergencia sanitaria, la legislación española (ley General de Salud Pública 33/2011, de 4 de octubre) concede al Estado la dirección y coordinación de las tareas necesarias.

A medida que los casos por SARS-CoV-2 fueron creciendo desde el primero identificado el 31 de enero, el gobierno nacional, tras el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo,¹ por el que se adoptaron las primeras medidas urgentes para responder al impacto económico de la COVID-19, decretó dos días después -siguiendo lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución y en la ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio – el estado de alarma (Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo), previendo una duración de 15 días, plazo prorrogado en seis ocasiones hasta llegar a los 99 días, con las autorizaciones correspondientes del Congreso de los Diputados, terminando dicho estado de alarma el 21 de junio. Asimismo, el 28 de abril el Consejo de Ministros acordó la aprobación de un plan de transición hacia la nueva normalidad con un proceso gradual de desescalada o reducción de las medidas de contención,

¹ Cfr. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO ESPAÑOL (BOE), COVID-19: *Derecho Europeo y Estatal*, y COVID-19: *Derecho Autonómico*, disponibles ambos en https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/ (última visita en su actualización de 23 de diciembre de 2020).

según evolucionaran los datos epidemiológicos, en 4 fases. Pues bien, el estado de alarma limitó el ejercicio de derechos y libertades, entre ellas la de culto (artículo 16 §1 de la Constitución), en la medida en que afectó a la libre circulación de los ciudadanos, no siéndole posible al gobierno suspenderlo, para lo que hubiera necesitado del estado de excepción. Y, levantado el estado de alarma por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, las Comunidades autónomas fueron interviniendo, según las competencias que le atribuían el artículo 43 de la Constitución, por el que los poderes públicos deben tutelar por la salud pública a través de medidas preventivas, así como por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, el artículo 26 §1 de la Ley General de Sanidad, ley 14/1986, de 25 de abril, y el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública, ley 33/2011, de 4 de octubre.

Eso sí, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, llamado de nueva normalidad, quiso salvar la intervención estatal en casos de urgente necesidad. Otra vía posible de acción del Estado, más complicada y menos probable, sería un estado de alarma territorial, necesitando pasar por el Congreso y contar con mayoría parlamentaria en caso de querer prorrogarlo más allá de dos semanas; algo a lo que el gobierno tuvo que recurrir en el caso de la Comunidad de Madrid. Y la última posibilidad, la más radical, sería la del artículo 155 de la Constitución que contempla la suspensión de la autonomía en caso de incumplimiento por una Comunidad de las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusieran, o actuara de forma que atentara gravemente al interés general de España.

La primera intervención del Estado sobre las Comunidades autónomas que afectaba a once municipios de la de Madrid, entre ellos la capital, tuvo lugar a principios de octubre tras una Resolución de 30 de septiembre adoptada por el Ministerio de Sanidad, después de la reunión del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Fue un acuerdo logrado por mayoría, pero sin unanimidad, como parecía pedir el artículo 73 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 16/2003, de 28 de mayo, que fijaba la adopción de los acuerdos del Consejo Interterritorial por consenso. El caso es que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Auto nº 128/2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de octubre, no ratificó la orden de la Consejería de Madrid que hacía cumplir la orden ministerial. Según este Tribunal, en sus razonamientos jurídicos quinto y sexto, el citado artículo 65 no contenía habilitación legal para establecer medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas, al margen de si fueran necesarias o idóneas para evitar la extensión de la enfermedad. Y así fue como el gobierno decretó un estado de alarma el 9 de octubre (Real Decreto 900/2020) que limitaba, por dos semanas, la libre circulación

fuera de los municipios madrileños afectados, con la excepción de una serie de desplazamientos justificados entre los que no figuraba de modo explícito la asistencia a lugares de culto.

Esa Resolución 11590 del Ministerio de 30 de septiembre indicaba los requisitos que los municipios debieran reunir para que el movimiento en ellos quedara restringido y limitada la capacidad de los locales. Tratándose de los lugares de culto, se limitaba el aforo a un tercio de su capacidad, respetando la distancia interpersonal de metro y medio, mientras que, en los locales comerciales, establecimientos de hostelería y restauración, academias, autoescuelas, locales de juegos y apuestas, así como en centros privados de enseñanzas no regladas y otros centros de formación, se fijaba el aforo al cincuenta por ciento en espacios interiores.

Volviendo ahora al estado de alarma de alcance nacional, el artículo 11 del Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, en relación con las actividades de culto, solo dispuso que se respetara la distancia de un metro entre las personas que asistieran a ellas, en modo alguno se ordenó el cierre de los lugares de culto o se prohibieron las celebraciones públicas, algo imposible para un decreto de alarma. Más bien lo que parece que se deseaba entonces era dejar en las manos de las confesiones religiosas la adopción de las medidas concretas. Es cierto que en esta normativa se contemplaba el derecho de las personas a ejercer su libertad religiosa, pero sin incluir luego una excepción expresa por este motivo a la libertad de circulación, lo que tal vez hubiera sido deseable para evitar problemas a la hora del ejercicio de ese derecho que el Decreto reconocía. Por su parte, el Decreto de nueva normalidad 21/2020 de 9 de junio, sin referencia específica a las actividades de culto, indicó que en los lugares abiertos al público se respetara una distancia interpersonal de metro y medio, evitando aglomeraciones, además de observar las medidas de higiene adecuadas para prevenir los contactos, así como el uso de mascarillas. En este sentido, según doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 86 §1 de la Constitución impide que un decreto-ley afecte los derechos, deberes y libertades del Título I, aunque, eso sí, sin aceptar una lectura tan extensiva que redujera a la nada la figura del decreto-ley (STC 139/2016, del 31 de julio, en su FJ 6, y STC 111/1983, de 2 de diciembre, en el FJ 8).

Durante la vigencia del estado de alarma, el gobierno, por vía de órdenes del Ministerio de Sanidad, fue adoptando una serie de medidas que restringían lo dispuesto inicialmente en el Real Decreto de 14 de marzo, con los problemas que esto suponía desde el punto de vista de la jerarquía normativa, no siendo posible que normas de orden menor corrigieran las de rango superior. Así, por ejemplo, la Orden SDN/298/2020, de 29 de marzo, respecto a los velatorios y ceremonias fúnebres (apartado 5), fue más allá del Real Decreto, al decir que la participación en la comitiva para el entierro o cremación quedaba restringida a un máximo de tres familiares o allegados,

además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida, respetando siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos. Más tarde, el artículo 9 de la Orden SDN/399/2020, de 9 de mayo (la fase 1 de la desescalada), nos sorprendió permitiendo ahora la asistencia a actos de culto, siendo así que nunca habían estado prohibidos, quedando limitados al tercio del aforo, además del cumplimiento de una serie de medidas de seguridad e higiene y otras que indicaba al detalle, desde evitar tocar o besar objetos de devoción, hasta la prohibición del uso de agua bendita y abluciones rituales, pasando por el empleo de alfombras personales y recogida del calzado, lo que sirvió para que las Comunidades autónomas lo aplicaran cuando les llegó la hora tras el estado de alarma. Días después, al pasar a la fase 2 de la desescalada, el artículo 9 de la Orden SDN/414/2020, de 16 de mayo, elevó el aforo permitido de los lugares de culto al 50%, conservando las disposiciones de seguridad e higiene que se habían dado y dejando el aforo de los centros comerciales, establecimientos de hostelería y restauración al 40%, mientras que se fijaba el 30% del aforo, con el límite máximo de 50 personas, para los cines o teatros. Y, finalmente, el artículo 9 de la SDN/458/2020, de 30 de mayo (fase 3), fijó el aforo para los lugares de culto en el 75%, con las mismas medidas de seguridad e higiene del 9 de mayo, subiendo el aforo en esos otros lugares al 50% (comercios, bares y restaurantes, cines y teatros).

Así pues, si algo quedó claro en esta sucesión de normas fue la improvisación, confusión y hasta contradicción, por no hablar de la unilateralidad y falta de proporcionalidad de la actuación del gobierno. En realidad, el gobierno llevaba actuando de modo unilateral desde el inicio, antes incluso de declarar el estado de alarma, cuando prescindió de las Comunidades autónomas en decisiones tan vitales como la compra del material necesario, así que a nadie extrañó la falta de acuerdos y de cooperación con otros agentes implicados como las confesiones religiosas. Del mismo modo se echó en falta una mejor explicación de la necesidad de las medidas restrictivas de derechos y deberes, entre ellos el de libertad religiosa, en orden a salvaguardar la salud pública. Esto hubiera permitido una mayor eficacia en las medidas y un respeto mayor de la conciencia creyente de los ciudadanos. El gobierno hubiera evaluado mejor el alcance de sus acciones, al tiempo que hubiera discernido sobre su necesidad, no ya en abstracto sino en concreto. Si no lo hizo así, si no acudió a lo dispuesto en el artículo 16 §3 de la Constitución sobre cooperación con la Iglesia católica y demás confesiones, tal vez se debiera a una lectura negativa de la laicidad, no muy favorable al diálogo con las confesiones religiosas, algo tan útil en casos de emergencia, sanitaria o no. Finalmente, por ser justos, en estas medidas del gobierno nacional sobre asistencia a los lugares de culto, a diferencia de lo ocurrido después en el ámbito autonómico y en otros lugares del mundo, pudo haber restricción

de derechos y libertades de dudosa proporcionalidad, pero no un trato discriminatorio. Recordemos que los lugares de culto ni se cerraron, ni sus actividades religiosas de culto público se suspendieron por mandato o consejo del gobierno, sino por decisión propia de las confesiones en los lugares que lo hicieron.

Y así se llegó al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se acordó un nuevo estado de alarma para todo el territorio nacional, previendo el gobierno su prolongación por seis meses, según evolucionara la situación. Este Real Decreto dejaba en las Comunidades autónomas la aplicación de las medidas concretas sobre aforo o libre circulación de personas, indicando con carácter general el límite de 6 personas para las reuniones en espacios públicos y privados (artículo 7), mientras que, para los lugares de culto, el artículo 8 preveía la fijación de límites de aforo por la autoridad competente delegada (las Comunidades), según el riesgo de transmisión que hubiera en los encuentros colectivos, indicando que “dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa”.

1. 2. *Medidas de los gobiernos autonómicos*

Una vez suspendido el estado de alarma nacional a finales de junio, las Comunidades autónomas, que tanto habían insistido en ello, fueron las que empezaron a regular la cuestión de los aforos, así como las medidas de distancia e higiene, afectando a la asistencia religiosa y al acceso a los lugares de culto, sin ser muy conscientes del alcance nacional e internacional del problema al que se enfrentaban, como si sus decisiones unilaterales fueran a contener una enfermedad como esta. En la mayoría de los casos se pasó de una regulación inicial, tras la primera ola de la pandemia, a otra más estricta cuando creció el número de infectados, más rigurosa aún en los lugares de mayor incidencia, hasta que llegó el otoño, momento en el que ya prácticamente nada era descartable, desde el cierre de zonas o ciudades, confinamiento perimetral, hasta el retroceso de fase o la adopción de medidas excepcionales como el control de horarios nocturnos. Por razones de espacio, nos centraremos en Madrid y Cataluña.

1. 2. 1. Comunidad autónoma de Madrid

En virtud de las leyes de carácter general indicadas y del artículo 55 §1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, fue aprobada la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad que, además de recordar las medidas comunes (distancia mínima interpersonal de metro y medio, uso de mascarilla y el resto de medidas de higiene), dispuso, en el apartado dedicado a las actividades de carácter social, además del límite del aforo del lugar de culto al 75% de su capacidad y de la

exigencia de la aprobación de la autoridad municipal en el caso de celebraciones en el exterior de los edificios o en la vía pública, una serie de condiciones de seguridad e higiene para el desarrollo de esas actividades, medidas que reproducían las que indicara el Ministerio de Sanidad en el artículo 9 de la Orden SDN/399/2020, de 9 de mayo, es decir: obligación del uso de mascarilla a la entrada, salida y en su interior; exigencia de su desinfección diaria y regular, así como de la disposición al público de dispensadores de geles hidroalcohólicos; límite de la duración del encuentro al menor tiempo posible; prohibición de agua bendita o de abluciones rituales, así como de tocar o besar objetos, además de otras formas de contacto personal; prohibición de coros durante la celebración; o exigencia de alfombras personales y de la colocación del calzado embolsado y separado en los lugares estipulados. Más específicamente, en el caso de velatorios y entierros, se limitaba el aforo del lugar al 75%, al tiempo que, siguiendo el artículo 8 de la Orden SDN/458/2020, de 30 de mayo, la participación en el entierro o cremación se reducía a un máximo de 50 personas, además del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida. Por su parte, en el caso de bodas u otras ceremonias religiosas, siguiendo el dictado del artículo 10 de la Orden ministerial de 30 de mayo, esta Orden de la Consejería de Sanidad del 19 de junio indicó que podrían realizarse en toda instalación, pública o privada, al aire libre o en espacios cerrados, sin superar el 75% por ciento de su aforo, pudiendo asistir un máximo de 150 personas en espacios al aire libre o de 75 personas en espacios cerrados.

Para el resto de los locales comerciales y de hostelería, de las actividades culturales y espectáculos (bibliotecas, museos, cines o teatros, plazas, recintos e instalaciones taurinas), así como en el caso de casinos, bingos o locales de apuestas, se mantuvo la exigencia general de distancia interpersonal o de medidas alternativas de protección física con el uso de la mascarilla, fijando límites de aforo del 60%, hasta el 5 de julio de 2020, o del 75%, desde el 6 de julio. Sin embargo, a las discotecas y a los bares de ocio nocturno se les permitió la reapertura a partir del 6 de julio, pudiendo las terrazas abrir antes al 80%, al 100% desde el 6 de julio, y en relación con las instalaciones deportivas podrían tener asistencia de público sentado al 75% de su aforo hasta el 5 de julio y, desde el 6 de julio, sin límite de aforo, sentados hasta un límite máximo de 300 personas en lugares cerrados y de 1000 para actividades al aire libre, respetando la distancia de seguridad. Así, al distinguir lugares y aforos en ellos, se fue discriminando, sin explicar muy bien la razón y necesidad de ese trato distinto, lo que fue agravándose con las medidas siguientes cuando la diferencia de los lugares de culto con los restaurantes fue llamativa.

En efecto, el aumento de contagios hizo que, después del verano, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por medio de la Orden

1047/2020, de 5 de septiembre, actualizara las medidas tomadas, rebajando el aforo de los lugares de culto del 75 al 60%, manteniendo las medidas generales de seguridad e higiene fijadas por las autoridades sanitarias, como la distancia interpersonal de metro y medio, así como la obligación del uso de la mascarilla, todo ello mientras que el aforo de otros locales bajaba igualmente del 75 al 60%. Poco después, por medio de las Órdenes 1178/2020, de 18 de septiembre y 1226/2020, de 25 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, la Comunidad de Madrid tuvo que limitar el movimiento en varias zonas de la capital en las que redujo el aforo de los lugares de culto a un tercio de su capacidad, dejando al 50% el aforo de comercios y restaurantes, hasta que, en cumplimiento de la Orden del Ministerio de Sanidad, la Consejería de Sanidad de Madrid, por Orden 1273/2020, de 1 de octubre, extendió ese límite de la tercera parte del aforo a todos los lugares de culto de la ciudad de Madrid, mientras que dejaba el resto de los locales al 50% de su aforo. Más tarde, una nueva Orden (la 1322/2020, de 9 de octubre) aplicó esto mismo a otros municipios de Madrid, en cumplimiento ahora del Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma en la Comunidad de Madrid. Cuando acabó esta situación, la Comunidad, tres días antes de la entrada en vigor del nuevo estado nacional de alarma, decidió volver al criterio de confinamiento perimetral por sendas Órdenes 1404/2020 y 1405/2020, de 22 de octubre, indicando unas zonas en las que el aforo de los lugares de culto quedaría restringido al tercio, siendo de la mitad en el resto.

1. 2. 2. Comunidad autónoma de Cataluña

Si pasamos ahora a Cataluña, una Resolución del 11 de marzo de 2020 de su departamento de salud, SLT/704/2020, antes por tanto a la declaración nacional del estado de alarma y por un periodo de dos semanas, susceptible de revisión según la evolución de la pandemia, limitaba las actividades religiosas en espacios con aforos inferiores a mil personas a un tercio de su capacidad, quedando suspendidas las que superaran el millar de personas, asimilando esta clase de actividades a los espectáculos públicos y recreativos, culturales y de ocio.

Al término del estado de alarma nacional, como consecuencia del Decreto de nueva gobernanza de la emergencia sanitaria 63/2020, de 18 de junio, Cataluña, por una nueva Resolución de su departamento de salud, SLT/1429/2020 de 18 de junio, fijó con carácter general una distancia mínima interpersonal de metro y medio a respetar en todos los lugares (parece que ese sería el aforo permitido hasta mil personas o dos mil con asientos preasignados), así como el uso de mascarilla siempre que no fuera posible respetar esa distancia mínima, sin contemplar nada específico sobre lugares de culto.

Desde entonces se han ido adoptando nuevas versiones de esta resolución en los meses de agosto y septiembre. El 28 de agosto, la Resolución SLT/2107/2020 limitó los encuentros y reuniones de carácter social a diez personas, pero excluyó de esta prohibición las actividades de culto y servicios religiosos (apartado dos), algo que fue prorrogado el 10 de septiembre por otra Resolución (SLT/2207/2020). Y el 26 de septiembre, una Resolución más limitó el número de personas en encuentros y reuniones de carácter social a seis, exceptuando nuevamente a las actividades de culto y servicios religiosos (SLT/2325/2020), algo que fue prorrogado el 8 de octubre (SLT/2480/2020). Todo ello hasta que a mediados de ese mes (SLT/2546/2020, de 15 de octubre), y por dos semanas, fue limitado el aforo de los lugares de culto al 50% de su capacidad en toda Cataluña, igual que los gimnasios, teatros y cines, dejando los centros comerciales al 30% como en la fase 1, mientras se cerraron bares y restaurantes, prohibiendo ferias y congresos. Además, en algunos casos aislados, sí se tomaron medidas específicas sobre ciertas zonas (trece municipios, entre ellos, el de Barcelona), como la Resolución SLT/1746/2020, de 17 de julio, sin excepción para los lugares de culto, restringiendo entonces los servicios religiosos a diez personas, al igual que cualquier otra reunión social. Para finalmente solicitar al gobierno nacional la declaración del estado de alarma en su Comunidad el 23 de octubre a fin de poder decretar un toque de queda nocturno, lo que ya sabemos les fue concedido. El 25 de este mes, coincidiendo con el decreto del estado de alarma nacional, Cataluña publicó la Resolución SLT/2620/2020 sobre restricción de movimientos en esta nueva situación sin alterar nada de lo ya dispuesto acerca de los lugares de culto y la asistencia religiosa en ellos.

2. EL CULTO RELIGIOSO EN USA DURANTE LA COVID-19

USA es una unión federal de 50 Estados, más el Distrito de Columbia, así como una serie de territorios no incorporados. El poder ejecutivo de la Unión lo ejerce el presidente desde la Casa Blanca con los distintos departamentos y agencias de la administración, mientras que el legislativo reside en las dos Cámaras del Congreso (la Cámara de Representantes y el Senado), quedando distribuido el poder judicial en una serie de circuitos con el Tribunal Supremo en la cúspide del sistema. Cada Estado reproduce esta estructura: el gobernador ejerce el poder ejecutivo, el Congreso estatal legisla, y su Tribunal Supremo encabeza el poder judicial.

2. 1. *El gobierno federal*

El primer caso confirmado de SARS-CoV-2 en USA tuvo lugar el 21 de enero de 2020 en el Estado de Washington. A principios del mes siguiente se produjeron las primeras muertes y, a fines de marzo, ya se había extendido

el coronavirus por todo el país. Las medidas del ejecutivo y legislativo nacional tuvieron que ver con la seguridad nacional y la economía del país, tras la proclamación de emergencia nacional del presidente Trump del 13 de marzo. Ni el legislativo ni el ejecutivo federal intervinieron en la cuestión de la apertura o cierre de locales, entre ellos los de culto, o en la asistencia religiosa, siendo los gobernadores de los Estados los que fueron ocupándose de esos asuntos. Eso sí, algunas de las medidas estatales fueron tan restrictivas para la libertad religiosa que provocaron la inmediata reacción de Trump, instando a respetar los derechos de los ciudadanos y, en concreto, el libre ejercicio de la religión. En el mes de mayo, Trump no podía entender que continuaran cerrados los lugares de culto, mientras que las tiendas de licor o los abortorios siguieran abiertos, por lo que dijo que esos lugares de culto (iglesias, mezquitas o sinagogas) eran esenciales, prestando servicios esenciales y manteniendo unida a la sociedad. Los gobernadores debían abrirlos ya, porque el país ahora necesitaba rezar más, no menos.² Y así fue como la agencia encargada del control y prevención de enfermedades (“Centers for Disease Control and Prevention, CDC”) publicó el 23 de mayo unas directrices³ que sirvieron a los Estados para reabrir los lugares de culto. Antes, otra agencia federal, la “Cybersecurity and Infrastructure Security Agency, CISA”, dependiente del “U.S. Department of Homeland Security”, había publicado el 19 de marzo unas reglas sobre infraestructuras críticas o esenciales que sirvieron a los Estados, que así lo quisieron, para mantener abiertos los lugares de culto.⁴

Por su parte, el fiscal general William Barr recordó el 27 de abril que la Primera Enmienda y las leyes federales prohibían la discriminación contra las instituciones religiosas y los creyentes, pidiendo un equilibrio entre las medidas de seguridad pública y la salvaguarda de los derechos civiles.⁵ Este Departamento cuenta con una sección encargada de la defensa de los derechos civiles cuyo responsable ya había dicho que no existía ninguna excepción para las garantías de la libertad religiosa por esta situación de pandemia, de

² Cfr. D. TRUMP, *Press Briefing by Press Secretary*, May 22, 2020, en <https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/press-briefing-press-secretary-kayleigh-mcnenany-052220/>. Todas las páginas de internet citadas en este artículo fueron visitadas en el mes de diciembre de 2020, salvo que se indique otra cosa, como aquí que lo ha sido en febrero de 2021.

³ Cfr. CDC, *Considerations for Communities of Faith*, May 23, 2020, en <https://www.cdc.gov/coronavirus/>.

⁴ La primera versión de estas directrices de la CISA (“Memorandum on Identification of Essential Critical Infrastructure Workers during COVID-19 Response”) está disponible en: <https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/CISA-Guidance-on-Essential-Critical-Infrastructure-Workers-1-20-508c.pdf>.

⁵ Cfr. W. BARR, Attorney General, *Memorandum for the Assistant Attorney General for Civil Rights and all United States Attorneys: Balancing Public Safety with the Preservation of Civil Rights*, April 27, 2020, en <https://www.justice.gov/opa/page/file/1271456/download>.

modo que los gobiernos, protegiendo la salud y seguridad de las reuniones religiosas, no podían imponer restricciones especiales sobre esas actividades que no se aplicaran a otras similares: “si un gobierno ordena el cierre de los lugares de culto o limita su aforo, esos mismos límites deben aplicarse a cines, restaurantes, salas de conciertos, y otros lugares similares de reunión”.⁶

2. 2. *Los gobiernos estatales*

Los gobernadores de cada Estado fueron los que tuvieron que enfrentarse a la situación de emergencia nacional que supuso la COVID-19. Según la enfermedad avanzaba, las medidas se sucedían: de unas primeras disposiciones particulares, se pasó a órdenes generales (“Executive Orders”) que restringieron derechos y libertades fundamentales, confinando a las personas en sus casas (“stay-at-home orders”) para frenar la difusión del virus, órdenes que se fueron revisando según la situación lo exigía y que, seis meses después, aún seguían estando en vigor, lo que ya de por sí entrañaba una importante anomalía constitucional. Así, por ejemplo, el 12 de marzo, West Virginia restringió las visitas a los asilos y, al día siguiente, cerró las escuelas; el 15 de marzo, la ciudad de New York ordenó el cierre de las escuelas públicas; dos días después, el 17 de marzo, Virginia prohibió las reuniones de más de 10 personas, y Ohio aplazó las cirugías que no fueran necesarias; el 19 de marzo, California ordenó a su población que se quedara en casa; al día siguiente, el Estado de New York cerró todo negocio que no fuera esencial (incluidos los lugares de culto); y, el 22 de marzo, este último Estado confinaba a la población en sus hogares.⁷ Y así, desde ese primer momento, los Estados acudieron al criterio del carácter esencial-crítico o no del servicio prestado. Algunas de esas decisiones fueron polémicas, como las relativas a las tiendas de armas o a los servicios en materia de abortos (estando implicadas dos Enmiendas constitucionales, la Segunda y la Decimocuarta), pero también el trato recibido por las licorerías (Pennsylvania), los casinos (Nevada) o los negocios de cannabis (California y Colorado). Si Massachusetts dijo

⁶ Cfr. E. S. DREIBAND, *How the Justice Department is standing up for Civil Rights amid Coronavirus Pandemic*, April 9, 2020, en <https://www.justice.gov/opa/blog/washington-examiner-op-ed-how-justice-department-standing-civil-rights-amid-coronavirus>.

⁷ A 24 de diciembre de 2020, la mayoría de los negocios seguían cerrados en Washington, Oregon, California, New Mexico, Minnesota, Illinois, y Pennsylvania, no así los lugares de culto, exigiendo algunos condados de California el desarrollo de sus actividades al aire libre. Por su parte, las mascarillas eran obligatorias en la mayoría de los Estados, salvo en Idaho, South Dakota, Nebraska, Oklahoma, Missouri, Tennessee, Georgia y Florida. Finalmente, California, Ohio, y North Carolina, además de Puerto Rico, mantenían órdenes de permanencia en los hogares (“stay-at-home orders”), cfr. THE NEW YORK TIMES, *See Coronavirus Restrictions and Mask Mandates for All 50 States*, en <https://www.nytimes.com/interactive/2020/us/states-reopen-map-coronavirus.html>.

que el aborto era un servicio esencial, Texas creyó lo contrario para ciertos casos de aborto, no así para la venta de armas que pensó era esencial, a diferencia de Pennsylvania.

Es verdad que los gobernadores, para estos casos, siempre han gozado de un amplio margen de discreción a la hora de decidir el carácter esencial o no de los servicios, sin tener que dar demasiadas explicaciones, máxime en una situación tan excepcional y novedosa como esta. Que la gente necesitaba comer, ir al médico, o contar con seguridad pública (policía o bomberos) era algo evidente. El problema podría surgir con otros servicios cuyo carácter esencial no fuera tan claro, pues uno podía comer en su casa y no en un restaurante, pasar sin consumir alcohol, fumar marihuana, o jugar al blackjack. O tal vez no. Y es que esto respondía a juicios de valor que podrían ser distintos. El problema se presentaría cuando la consideración de algo como esencial o bien careciera de toda razón, incurriendo así en arbitrariedad, o bien quisiera tratar de modo distinto situaciones similares, con una actitud discriminatoria, cuando no hostil, hacia lo que restringía. Ante esto, los gobernadores buscaron refugio en un viejo y discutido caso del Supremo (*Jacobson v. Massachusetts*, 1905), como luego veremos, para no considerar esencial un servicio. En ese caso o bien cerraron el local en el que se prestaba o bien redujeron su aforo para garantizar la distancia social.

Pues bien, en el caso de los servicios religiosos, las soluciones de los Estados fueron oscilando entre su autorización (o bien sin límites o con algunas restricciones) y su prohibición, entre la apertura y el cierre del lugar de culto. La mayoría de ellos optaron por la autorización, en las dos opciones señaladas, al considerar que eran servicios esenciales. De hecho, algunos Estados (15) los consideraron tan esenciales que no limitaron la asistencia (siguiendo lo indicado el 19 de marzo por la CISA que marcaba el carácter esencial de ciertas actividades, como ya sabemos),⁸ mientras que en el resto, el grupo más numeroso (23 Estados, más el Distrito de Columbia), sí que lo hicieron, regulando el aforo según se tratara de un espacio cerrado o al aire libre y según la fase de desescalada en la que se encontraran (bien limitando el número de personas, 250, 100, 50, 10, o hasta 5, o fijando un porcentaje no superior al 30, al 50 o al 60% de la capacidad del lugar de culto),⁹ la distancia

⁸ Autorizaron los servicios religiosos sin límite, manteniendo abiertos los lugares de culto, más allá de ciertas medidas como la distancia social, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Michigan, Mississippi, North Dakota, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, y West Virginia. Ohio aprobó una ley en septiembre (H.B. 272) para que los funcionarios no pudieran cerrar los lugares de culto. Lo mismo acaba de hacer Arkansas en febrero de 2021 (Arkansas Act 94, H.B. 11211).

⁹ Fue el caso de Connecticut, Colorado, Delaware, Distrito de Columbia, Hawaii, Iowa, Indiana, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Missouri, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Virginia, Wisconsin, y Wyoming.

social u otras cuestiones (2 Estados).¹⁰ Y es aquí donde surgieron los problemas, al discriminar a los lugares de culto en relación con otras actividades seculares en situación similar, fueran los casinos de Nevada, las tiendas de licor en Colorado, los restaurantes o negocios de marihuana de California, o las tiendas de bricolaje o ferretería, algo de difícil justificación, por lo que muchas de esas medidas acabaron en los tribunales. De todos modos, como en España, al menos en esos dos primeros casos, es decir, la autorización de apertura con límites o sin ellos (todos los Estados menos once),¹¹ si los lugares de culto no abrieron o no permitieron servicios públicos fue por decisión propia. Pues bien, por razones de espacio, nos ocupamos aquí de los Estados de California y New York, liderados por los gobernadores demócratas Newsom y Cuomo.

En el caso de California, tras la proclamación del estado de emergencia el 4 de marzo de 2020, la EO 33-20, de 19 de marzo, que ordenó a la gente no salir de sus casas, solo autorizó las actividades esenciales o las infraestructuras críticas que protegieran la salud y bienestar de los ciudadanos. Esos servicios críticos o esenciales eran los de la agencia federal CISA, según hizo saber el departamento de salud de California, figurando dentro de las 16 categorías indicadas, por ejemplo, las tiendas de alimentación y comercios, también por internet, como los servicios de Amazon, tiendas de ferretería y bricolaje, la industria de la televisión o del cine de Hollywood, pero no la asistencia religiosa presencial. En cambio, sí que eran esenciales las actividades sociales, asistenciales o caritativas (alojamiento, comida y servicios sociales) que realizaran esos lugares de culto. Más tarde, el 22 de marzo, las funciones relativas a los servicios religiosos online sí que fueron consideradas esenciales. Y un mes después, el 28 de abril, el departamento de salud amplió la lista de esos servicios permitidos para incluir ahora también los servicios de lavandería y tintorería, las actividades profesionales como los despachos de abogados, o las actividades o servicios necesarios para el lucrativo negocio del cannabis. En mayo, el gobernador Newsom manifestó su plan de deses-

¹⁰ Fue el caso de: Alabama (prohibiendo toda reunión que no mantuviera una distancia de 6 pies, pidiendo a las organizaciones religiosas que lo cumplieran); o Delaware (este Estado llegó a exigir una distancia social en los lugares de culto que afectó al trabajo de los ministros, desde el uso de mascarillas hasta la administración de sacramentos, como el bautismo o la comunión, algo ausente en otras actividades de carácter secular, razón por la que fueron denunciadas sin que el tercer circuito fallara a favor del demandante, un pastor baptista, cfr. *Bullock v. Carney*, 806 Fed.Appx. 157 (Mem) (3rd Cir., May 30, 2020), decisión que confirmó, con el voto en contra de uno de los jueces del panel, la recurrida: *Bullock v. Carney*, 463 F.Supp.3d 519 (D DE, May 29, 2020)).

¹¹ Una decena de Estados cerraron los lugares de culto en los primeros momentos de la pandemia, por no entender que sus servicios fueran esenciales o vitales. Además de California y New York, el resto de estos Estados fueron: Alaska, Idaho, Illinois, Kentucky, Minnesota, Montana, New Jersey, Vermont, y Washington.

calada (“Resilience Roadmap”) en su EO 60-20 que el departamento estatal de salud desarrolló, relegando los lugares de culto a una fase 3, en el mismo plano que los cines, salones de belleza, gimnasios o las tiendas de tatuajes, después así de los restaurantes de comida rápida o de los negocios de marihuana. Esto provocó que la oficina de derechos civiles del Departamento de Justicia, en carta de 19 de mayo, le hiciera saber a Newsom que discriminaba los servicios religiosos, atentando contra los derechos y libertades de los californianos,¹² lo que animó a los cristianos a no esperar más para abrir sus lugares de culto, decidiendo hacerlo el 31 de mayo, domingo de Pentecostés, con o sin orden estatal que lo autorizara.

No fue necesario desobedecer, pues, el 25 de mayo, Newsom anunció que los condados podrían, por un plazo de 21 días, autorizar la reapertura de los lugares de culto, aunque limitando la asistencia en ellos al 25% del aforo con un máximo de 100 personas. Buscaba evitar los litigios que se estaban planteando. Al día siguiente, Newsom dijo que los salones de belleza también podrían abrir en igualdad de condiciones, haciéndolos pasar de la fase 3 a la fase 2. Y el 1 de julio fue prohibido el canto en los lugares de culto, marcando una distancia física para las reuniones al aire libre de al menos seis pies entre grupos de diferentes hogares, cosa que no pedía para otras actividades no religiosas. Así se llegó al 13 de julio, cuando el gobernador volvió a impedir el culto religioso en una treintena de condados con el 80% de la población, entre ellos, los de Los Angeles y San Diego, que regresaban así a la fase 1, aunque permitiendo los servicios sociales o asistenciales de esas iglesias. Asimismo, no se permitió el canto en los lugares de culto de los condados no afectados, a diferencia de otras actividades seculares, así como grupos de biblia o pequeños grupos de oración en las casas. Esto fue denunciado de nuevo, en un momento en el que no solo se permitían, sino que se alentaban las protestas político- raciales lideradas por el movimiento “Black Lives Matter, BLM”. Una guía del 29 de julio sobre actividades religiosas en el Estado prohibió el canto en los lugares de culto, exigiendo el uso de mascarillas en ellos. Y el 28 de agosto California aprobó la política sobre cierre de establecimientos (“Blueprint for a Safer Economy”) distinguiendo niveles de riesgo del 1 al 4 por colores y fijando restricciones específicas por actividades y sectores ajustadas periódicamente por condados. En el nivel más alto de riesgo (“Tier 1-Widespread”, generalizado en morado) solo se permitían reuniones religiosas y celebraciones en lugares de culto al aire libre con restricciones, mientras que, en el nivel 2 (“Tier 2-Substantial”, sustancial en rojo), se permitían reuniones religiosas en el interior, pudiendo los lugares de culto abrir sus puertas hasta el 25% de su capacidad o un número de 100 personas, lo

¹² Cfr. USDOJ, OFFICE OF CIVIL RIGHTS DIVISION, *Letter to Governor Newsom*, May 19, 2020, en <https://www.politico.com/f/?id=00000172-3334-d930-a77f-b3b7e1a50000>.

que fuera menor. Por su parte, en el nivel 3 (“Tier 3-Moderate”, moderado en naranja), el límite se elevaba en el interior de los lugares de culto al 50% de su capacidad o al número de 200 personas, si este fuera menor, quedando al 50% de su capacidad en el nivel más bajo (“Tier 4-Minimal”, mínimo en amarillo).¹³

Así se llegó a octubre con 18 condados y 15 millones de personas (entre ellos, la ciudad de Los Angeles) sin servicios religiosos en el interior de los lugares de culto, mientras que podían operar sin restricciones los centros comerciales, salones de belleza, restaurantes, espectáculos en televisión, lavanderías, o empresas de manufacturación de carne.¹⁴ Y el 19 de noviembre, una semana antes del día de Acción de Gracias, el departamento estatal de salud aprobó una nueva orden estatal confinando en sus hogares a los residentes en ciertos condados desde las 10 de la noche hasta las 5 de la mañana, por el plazo de un mes, desde el 21 de noviembre hasta el 21 de diciembre. Por su parte, el condado de Los Angeles prohibió, del 30 de noviembre al 20 de diciembre, toda reunión pública o privada entre personas de distintos hogares, a excepción de los servicios religiosos y de las protestas, por ser derechos protegidos constitucionalmente. Y, a primeros de diciembre, el gobernador Newsom dio a conocer su intención de imponer órdenes de permanencia en los hogares por regiones cuando sus hospitales estuvieran sobrecargados, a más del 85% de su capacidad, permitiendo los servicios religiosos según los niveles fijados en el *Blueprint* de agosto.¹⁵ Y es que, ese

¹³ Cfr. *Blueprint for a Safer Economy, Activity and Business Tiers*, en https://www.cdph.ca.gov/Programs/CID/DCDC/CDPH%20Document%20Library/COVID-19/Dimmer-Framework-September_2020.pdf.

¹⁴ Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 977 F.3d 728, at 731 (9th Cir., October 1, 2020) [O’Scannlain, J., dissenting].

¹⁵ Cfr. CALIFORNIA DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH, *Regional Stay at Home Order*, December 3, 2020, en <https://www.gov.ca.gov/wp-content/uploads/2020/12/12.3.20-Stay-at-Home-Order-ICU-Scenario.pdf>. Una guía orientativa de las medidas sobre los lugares de culto en la página oficial del gobierno “California All”: <https://covid19.ca.gov/industry-guidance/#worship>. Pues bien, el 21 de diciembre de 2020, después de haberse enfrentado el Tribunal Supremo a la validez de una orden del gobernador de New York, como veremos ahora, un tribunal federal de distrito, aplicando el test *Smith-Lukumi*, juzgó que esta regulación de California se ajustaba a derecho sin suponer una violación de la cláusula de libre ejercicio incluso bajo el escrutinio más riguroso, aunque no fuera necesario recurrir a él por tratarse de una regulación neutral y de general aplicación. De este modo, el tribunal inferior no creyó necesario seguir la misma solución del Supremo por tratarse de casos distintos, sin que la normativa estatal comprometiera la garantía constitucional de separación (*establishment clause*): *Harvest Rock Church v. Newsom*, Case No. 2:20-cv-06414-JGB-KK, 2020 WL 7639584, at *4-10 (CD CA, December 21, 2020) [Bernal, J.]. Y, dos días después, otro tribunal de California mantuvo la validez de la orden ejecutiva del 3 de diciembre en coherencia con los precedentes del Supremo (*Roman Catholic Diocese*) y del noveno circuito (*Dayton Valley*), siendo casos distintos: *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, Case No. 20-cv-00865-BAS-AHG, 2020 WL 7488974, at *11-12 (SD CA, December 21, 2020) [Bashant, J.]. Esta decisión fue confirmada

mismo 3 de diciembre, el Tribunal Supremo había accedido a lo pedido por un conjunto de Iglesias cristianas establecidas en los condados de Pasadena, Los Angeles, Riverside u Orange, en contra de las órdenes del gobernador, anulando la decisión del tribunal federal de distrito y reenviando el caso para que procediera según lo que el Supremo había dispuesto el 25 de noviembre en los casos de New York (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn*).¹⁶ Y el 5 de febrero de 2021, el Tribunal Supremo concedió en parte, en el caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II* (2021),¹⁷ mientras el caso estaba en apelación, la medida cautelar solicitada por los demandantes contra la orden de diciembre del gobernador Newsom que aplicaba el Plan de agosto. El Tribunal decidió suspender la prohibición de los servicios de culto en interiores en las iglesias situadas en el nivel 1, aunque se permitió el límite de capacidad del 25%. En esta ocasión, el Tribunal Supremo también decidió mantener la prohibición de cantar y entonar himnos en el interior de las iglesias. Todo ello sin perjuicio de que los demandantes presentaran nuevas pruebas ante el tribunal de distrito para demostrar que el Estado no estaba aplicando dicho porcentaje y la prohibición de cantar de forma generalizada.

Pasando ahora al Estado de New York, el gobernador Cuomo ordenó el cierre de los lugares de culto en una localidad de un condado del Estado el 10 de marzo. Dos días después, prohibió toda reunión de más de 500 personas (EO 202.1, de 12 de marzo) y luego de 50 (EO 202.3, de 16 de marzo), disponiendo a continuación (EO 202.6, de 18 de marzo) que todo negocio no esencial, desde el día 20, redujera su plantilla al 50%, exigiendo, en unas directrices de ese día, que toda reunión no esencial fuera cancelada o pospues-

por un panel del noveno circuito el 22 de enero de 2021 aplicando el estricto escrutinio según el Supremo había dicho en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn: South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, 985 F.3d 1128, at 1140-1151 (9th Cir., January 22, 2021) [Wardlaw, J.]. Lo que sí consideró fue que las limitaciones de 100 y 200 personas en los niveles 2 y 3 podrían no responder a un poderoso interés estatal siendo las medidas menos restrictivas posibles, razón por la que envió el caso al tribunal de distrito para que procediera a su evaluación según el estricto escrutinio (at *17-18). Y además de considerar que las restricciones sobre las actividades de canto eran válidas al superar el nivel menos restrictivo del examen racional (at *18). Una semana más tarde, un tribunal de distrito en otro caso siguió estos precedentes al confirmar algunas de las restricciones de California (las relativas al nivel 1, por pasar la prueba de escrutinio estricto) y rechazar otras (los límites de capacidad de 100 y 200 personas en los niveles 2 y 3): *Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 5:20-cv-08241-EJD, 2021 WL 308606, at *8-14 (ND CA, January 29, 2021) [Davila, J.]. Esta decisión fue confirmada por el noveno circuito en *Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 21-15189 (9th Cir., February 12, 2021). El Supremo, sin embargo, permitió a las iglesias demandantes la celebración de sus servicios dentro de sus lugares de culto mientras continuara la apelación, en aplicación de la decisión del Supremo *South Bay II: Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 20A138, 2021 WL 753575 (February 26, 2021).

¹⁶ Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 141 S.Ct. 889 (December 3, 2020).

¹⁷ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II*, 141 S.Ct. 716 (February 5, 2021).

ta, sin ordenar aun el cierre de los lugares de culto, pero sí prohibiendo los servicios religiosos de más de 50 participantes. Sin embargo, el 20 de marzo (EO 202.8), la plantilla ya fue reducida al 100%, lo que supuso el cierre del negocio no esencial, prohibiendo el 23 de marzo (EO 202.10) toda reunión en cualquiera de estos negocios, sin que los lugares de culto fueran esenciales. Así quedó la cosa hasta que la EO 202.32, de 21 de mayo (dos meses después), levantó la prohibición de las reuniones no esenciales, permitiéndolas ahora hasta el límite máximo de 10 personas, subiendo al 25% de la capacidad del lugar al entrar el 6 de junio en la fase 2, mientras que el aforo de otros negocios se ponía en el 50%. Poco tiempo después, el 24 de junio, se pasó del 25 al 33% (fase 4), hasta que un tribunal de distrito condenó el trato arbitrario y discriminatorio que recibían esos lugares de culto en comparación con otros no esenciales semejantes, fijando entonces su límite en el 50%.¹⁸

Así se fue funcionando hasta que llegó la segunda oleada de la pandemia a primeros de octubre de 2020. En este momento, el gobernador limitó el aforo de los lugares de culto en ciertos distritos de la ciudad de New York (Brooklyn y Queens), así como en tres condados del Estado (Broome, Orange y Rockland), todos ellos con gran población judía ortodoxa. La nueva normativa (EO 202.68 de 6 de octubre), aprobada por un mínimo de dos semanas, contemplaba sanciones de hasta 15 mil dólares. Se decidió dividir las zonas de mayor incidencia en tres áreas con restricciones distintas: en la roja, los lugares de culto se limitaron al 25% de su capacidad con un máximo de 10 personas, volviendo así a la fase 2; en la naranja, al 33% de su capacidad, con un máximo de 25 personas; y en la amarilla, al 50%. El alcalde demócrata Bill de Blasio de la ciudad de New York decidió aplicar las medidas en las zonas previstas el jueves 8 de octubre, siendo impugnadas dos días después por la diócesis católica de Brooklyn y por un par de sinagogas, aunque sin éxito hasta que el Tribunal Supremo, sin esperar a la resolución de estos casos por el segundo circuito, con vista fijada para el 18 de diciembre, decidió bloquear la orden gubernamental en su aplicación a los servicios religiosos de los demandantes el 25 de noviembre en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo* (2020), una decisión 5 a 4 que contó con el voto decisivo de la juez Amy Coney Barrett¹⁹ y a la que se acaba de referir el noveno cir-

¹⁸ Cfr. *Soos v. Cuomo*, 470 F.Supp.3d 268 (ND NY, June 26, 2020).

¹⁹ El 16 de octubre un tribunal federal de NY falló en contra de la diócesis católica de Brooklyn, no bloqueando la orden del gobernador, tras 479 mil personas infectadas y 25 mil muertos en ese Estado: *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, Case No. 1:20-cv-04844-NGG-CLP, 2020 WL 6120167 (ED NY, October 16, 2020) [Garaufis, J.]. Siguiendo lo dispuesto por el Supremo en *South Bay I*, el tribunal creyó que la medida estatal era neutral y de general aplicación, no afectando a los lugares de culto por su carácter religioso, sino por concentrar a la gente muy cerca en espacios cerrados, sin existir discriminación. Esta decisión fue recurrida al segundo circuito el 20 de octubre. Por su parte, el tribunal de distrito hizo lo mismo

cuito como un “cambio sísmico” en el derecho de libre ejercicio al pasar del examen racional de la medida al más estricto escrutinio.²⁰

2. 3. El SARS-CoV-2 en los tribunales

Cuando los tribunales federales se enfrentaron a la cuestión de la validez de las órdenes ejecutivas que restringían el libre ejercicio religioso, no todos lo vieron igual. Mientras tres tribunales de apelación (los circuitos quinto y sexto antes de la primera intervención del Tribunal Supremo en la materia el 29 de mayo, así como el segundo circuito después de la decisión del Supremo de 25 de noviembre)²¹ consideraron que las órdenes de los Estados de

en el caso de dos sinagogas (*Agudath Israel of America v. Cuomo*, Case No. 1:20-cv-04834 (ED NY, October 9, 2020)), decisión también recurrida. Pues bien, el 9 de noviembre, el segundo circuito rechazó bloquear los límites que había impuesto el Estado en una decisión conjunta para ambos casos, fijando el 18 de diciembre como fecha para resolverlos: *Agudath Israel of America et al. v. Cuomo, Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 979 F.3d 177 (2nd Cir., November 9, 2020). La diócesis pidió al Supremo (Case No. 20A87) medidas cautelares mientras el caso estuviera en apelación, pues continuaban seis de sus iglesias en la zona naranja de Brooklyn, como también lo hicieron las dos sinagogas (Case No. 20A90). Mientras tanto, el Estado de NY le hizo saber al Tribunal que las restricciones no afectaban ya a las iglesias católicas a partir del 20 de noviembre, tras la rápida maniobra del gobernador de NY que hizo pasar esa área en la que se encontraban las iglesias de la zona naranja a la amarilla por sus buenos resultados, mientras que al día siguiente le llegó al Supremo otro escrito de la fiscal general de NY en el que aseguraba que las dos sinagogas demandantes no se verían sujetas más a las restricciones impugnadas. El Supremo, sin embargo, intervino en estos casos, bloqueando el 25 de noviembre la orden ejecutiva del gobernador en una opinión *per curiam* respaldada por sus cinco jueces conservadores, logrando la mayoría gracias a la juez Barrett. Finalmente, el 28 de diciembre, un panel del segundo circuito falló en contra de la orden gubernamental de Cuomo en *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 983 F.3d 620 (2nd Cir., December 28, 2020).

²⁰ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F.3d 1228, at 1232 (9th Cir., December 15, 2020) [Smith, J.]: “...arguably represented a seismic shift in Free Exercise law”.

²¹ Cfr. *First Pentecostal Church v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669 (5th Cir., May 22, 2020); *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610 (6th Cir., May 2, 2020); y *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409 (6th Cir., May 9, 2020). En un caso en el que la orden estatal de Texas no había considerado esencial ciertos abortos, el quinto circuito empleó el criterio del análisis racional de la medida: *In re Abbott*, 954 F.3d 772 (5th Cir., April 7, 2020). El 25 de enero el Tribunal Supremo aceptó el recurso, anuló esta decisión, y reenvió el caso al quinto circuito para que fuera desestimado porque el gobernador de Texas había permitido reanudar los servicios de aborto: *Planned Parenthood Center for Choice v. Abbott*, Case No. 20-305, 2021 WL 231539 (January 25, 2021). También, tras *South Bay 1* del Supremo, el sexto circuito aplicó el *rational basis standard* en otro caso, no de *free exercise* (la que estaba en juego era la libertad de empresa, en este caso, un gimnasio), que le llegó de un tribunal federal de Michigan: *League of Independent Fitness Facilities & Trainers v. Whitmer*, 814 F.App’x 125 (6th Cir., June 24, 2020). Por último, como hemos dicho, el segundo circuito, a finales de diciembre, y después de haber intervenido un mes antes el Supremo en relación con la orden ejecutiva del gobernador de New York, también falló en contra de esta orden en *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 983 F.3d 620 (2nd Cir., December 28, 2020).

Kentucky, Mississippi, y New York discriminaban a los lugares de culto y sus actividades religiosas, otros dos (el séptimo y el noveno)²² no lo creyeron así en el caso de las órdenes de Illinois y California. Si los dos primeros aplicaron el examen más riguroso del estricto escrutinio, por el trato discriminatorio que las órdenes estatales daban a los lugares de culto, los otros dos adoptaron una posición de deferencia hacia el gobierno, entendiendo que bastaba con el criterio del examen racional de la medida, una vez descartada, claro está, esa discriminación. No es de extrañar que esta disparidad de criterios tuviera también su reflejo en los tribunales federales de distrito, sin llegar a criterios uniformes en el centenar de casos ya decididos o vistos para sentencia: unos aplicaron el criterio del estricto escrutinio, mientras que otros, al considerar que las medidas no discriminaban, siendo entonces una decisión político-sanitaria perfectamente posible, recurrieron al análisis racional, sin faltar algunos que emplearon los dos exámenes (el estricto y el racional, a fin de probar que las medidas adoptadas por los gobernadores superaban ambos), o apostaron por un examen intermedio. Y cuando el primer circuito se ha enfrentado a las órdenes del gobernador de Maine en la materia no ha creído que estas supusieran un daño irreparable para las Iglesias denunciantes cuando existían otras posibilidades de culto, desde servicios online o en automóviles hasta reuniones de diez personas o menos.²³

Por su parte, el Tribunal Supremo quedó dividido entre el bloque liberal (Ginsburg hasta su muerte, Breyer, Kagan y Sotomayor), al que se unió el *Chief Justice* Roberts, y el conservador (Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh, con la incorporación posterior de Barrett). Los casos le llegaron de los circuitos segundo, noveno y séptimo, en relación con las órdenes de los gobernadores de New York, California, Nevada, e Illinois: *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* (25 de noviembre);²⁴ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay I* (29 de mayo)²⁵ y *South Bay II* (5 de febrero de 2021);²⁶ *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak* (24 de julio);²⁷ *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker* (29 de mayo),²⁸ sin votos particulares en este último. A estos habría que añadir, por el interés del escrito del juez

²² Cfr. *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, 962 F.3d 341 (7th Cir., June 16, 2020); *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F.3d 938 (9th Cir., May 22, 2020); y *Harvest Rock Church v. Newsom*, 977 F.3d 728 (9th Cir., October 1, 2020).

²³ Cfr. *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 984 F.3d 21, at 29 (1st Cir., December 22, 2020) [Selya, J.]

²⁴ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S.Ct. 63 (November 25, 2020).

²⁵ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay I*, 140 S.Ct. 1613 (May 29, 2020).

²⁶ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II*, 141 S.Ct. 716 (February 5, 2021).

²⁷ *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S.Ct. 2603 (July 24, 2020).

²⁸ *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, 140 S.Ct. 2823 (May 29, 2020).

Alito, un litigio más que, en materia de aborto, venía de un tribunal federal de Maryland: *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (8 de octubre).²⁹ En cuatro de estos casos, el Supremo rechazó la petición de los demandantes de bloquear las órdenes estatales o de suspender la decisión de los tribunales de distrito, con el parecer contrario del ala conservadora, en cuatro votos particulares de los jueces Alito (*Calvary Chapel* y *American College*) y Kavanaugh (*South Bay I* y *Calvary Chapel*), con los jueces Thomas y Gorsuch sumándose al de Kavanaugh en *South Bay I*, con Thomas y Kavanaugh uniéndose al de Alito en *Calvary Chapel*, y con un parecer propio de Gorsuch en *Calvary Chapel*.

Era previsible que la nueva juez Barrett se sumara al grupo conservador, inclinando la balanza del Tribunal, con su quinto voto, hacia una lectura fuerte de la *free exercise clause* frente a la actitud deferencial del bloque liberal, al margen de lo que Roberts quisiera hacer, mantener o no la posición seguida en *South Bay I*. Como ya sabemos, la oportunidad se le presentó al Tribunal en el caso de la orden ejecutiva del gobernador Cuomo de New York, procediendo en contra de ella en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, una opinión *per curiam* con los votos particulares de Gorsuch y Kavanaugh respaldando la decisión. Por el contrario, el *Chief Justice* Roberts, tras reconocer que las restricciones severas de New York probablemente violaban la garantía de libre ejercicio, se opuso a la mayoría por creer que no era necesario conceder lo pedido por los demandantes cuando estos ya no estaban afectados por la orden ejecutiva que deseaban bloquear, no entrando así en esa “difícil e importante cuestión”.³⁰ También rechazó la decisión de la nueva mayoría del Supremo el ala liberal del Tribunal con una opinión disidente del juez Breyer al que se unieron los jueces Sotomayor y Kagan, así como otra opinión contraria de Sotomayor que contó con el apoyo de Kagan. Estos tres jueces, en *South Bay II*, se opusieron de nuevo, en febrero de 2021, a la medida cautelar pedida contra la orden del gobernador de California. Esta vez el *Chief Justice* Roberts votó parcialmente con el bloque conservador en contra de la prohibición en el nivel 1 de los servicios religiosos en el interior de los lugares de culto.

Dicho esto, más allá de la respuesta o solución concreta a la que los tribunales llegaron en cada controversia, nos detenemos aquí en sus principales cuestiones, sirviéndonos de las decisiones más importantes en estos casos de la COVID-19. Todo ello teniendo claro que los jueces, sin ser expertos en

²⁹ *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 141 S.Ct. 10 (October 8, 2020).

³⁰ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 75 [Roberts, C.J., *dissenting*]. Aquí Roberts censuró a Gorsuch por acusar a los jueces disidentes de desentenderse de estas cuestiones cuando la Constitución estaba siendo atacada. Para Roberts, esos disidentes solo veían el asunto de modo distinto, tras un cuidadoso análisis y estudio que reflejaba sus mejores esfuerzos (at 75), desando mantener el lugar del centro tras la llegada de Barrett.

salud pública, debiendo respetar así las decisiones de estos, deben garantizar la observancia de la Constitución, de sus derechos y libertades, incluso en situaciones de pandemia.³¹ Pero sin olvidar, con el juez O’Scannlain del noveno circuito, que los tribunales no pueden renunciar al sentido común, al análisis de los hechos y medidas del Estado, con la obligación de examinar con cuidado la necesidad de las medidas drásticas que este decidiera adoptar.³² Al final, el Chief Justice Roberts tuvo que admitir que la deferencia hacia las decisiones de salud pública tomadas por los responsables políticos, aunque amplia, tenía sus límites. Para Roberts, una cosa era prohibir cantar dentro de las iglesias alegando que esa actividad facilitaba la transmisión de un virus, y otra muy distinta impedir cualquier reunión en una catedral enorme. El Tribunal debía intervenir en estos casos porque la Constitución también confiaba la protección de los derechos de las personas al poder judicial.³³ Por su parte, el juez Gorsuch también advirtió que los jueces, sin ser científicos, “en tiempos de crisis – quizás *especialmente* en tiempos de crisis – tenemos el deber de hacer que los gobiernos se atengan a la Constitución”, sin abandonar “el campo cuando los funcionarios del gobierno con expertos a cuestas pretenden infringir una libertad constitucionalmente protegida”.³⁴

2. 3. 1. El examen del ‘free exercise’ y la validez de ‘Smith’

¿Qué criterio habría que seguir en el examen de la validez de las medidas que afectaran a la garantía constitucional de libre ejercicio religioso de la Primera Enmienda? Es decir, ¿la *free exercise clause* exigiría la aplicación del estricto escrutinio, o bastaría con el examen racional de la medida, especialmente en esos tiempos de crisis sanitaria? Más aún, ¿debiera recurrirse al primero, al examen más riguroso, en el caso de presentarse varios derechos o libertades fundamentales como podría ser la libertad de expresión o de educación, lo que se vino a llamar supuestos híbridos? Y, en este sentido, la doctrina del Supremo fijada por el juez Scalia en *Smith* (1990), ¿debería ser corregida?, ¿habría llegado el momento de descartar como vinculante la opinión de este juez sobre los casos híbridos?

Las órdenes estatales que limitaron la asistencia religiosa y el acceso a los lugares de culto, como medidas de control de la COVID-19, trataron a las

³¹ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 68 [Per Curiam]; at 70 [Gorsuch, J., *concurring*]; at 73-74 [Kavanaugh, J., *concurring*].

³² Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771, at 774 (9th Cir., January 25, 2021) [O’Scannlain, *specially concurring*]. Este juez hacía referencia aquí a *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S.Ct. 63, at 67 (November 25, 2020).

³³ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 716-717 [Roberts, C.J., *concurring in the partial grant of application for injunctive relief*].

³⁴ *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 718 [Gorsuch, J., *statement of Justice Gorsuch, with whom Justice Thomas and Justice Alito join*].

iglesias de modo distinto a otros locales y actividades seculares. Esto era evidente por las numerosas excepciones incluidas en esas órdenes solo para las actividades seculares que las colocaron en una categoría favorable con un tratamiento más beneficioso. Al final, con el sexto circuito, habría que concluir que, a mayor número de excepciones seculares, mayor riesgo de discriminación para los lugares de culto,³⁵ si es que se eximían de límites o de otras medidas de seguridad a un conjunto de actividades seculares que eran similares, a efectos de contagio, a las religiosas. Esto era difícilmente conciliable con las exigencias de la Primera Enmienda, pues, así se preguntaba el juez Willett en el quinto circuito, si los lugares de culto aceptaban cumplir la normativa de salud pública aprobada por el Estado para todos los lugares, ¿por qué razón el gobierno confiaba que los fieles siguieran esas pautas cuando estuvieran en establecimientos seculares, como podrían ser los gimnasios, pero no en otros sagrados como las iglesias?³⁶ No había explicación posible, más allá de la discriminación religiosa. En otras ocasiones, la diferencia de trato no venía de la misma orden sino de ordenes distintas que regulaban de modo desigual negocios o actividades, como fue el caso de Kentucky con una orden sobre negocios (“Business EO”) y otra sobre escuelas (“School EO”), impidiendo en las segundas lo que permitía en las primeras, aunque se aplicara la medida por igual a toda escuela secular o religiosa, pudiendo suponer, a juicio de Alito y Gorsuch, una discriminación para la escuela religiosa si las dos órdenes eran examinadas conjuntamente.³⁷

Siendo esto así, bajo el precedente del Supremo en *Smith*, seguido por el Tribunal en *Lukumi*, además de los supuestos en los que estuvieran implicados otros derechos como el de libertad de expresión o el de educación de los padres (“hybrid claims”),³⁸ cuando la medida estatal no fuera neutral ni de general aplicación, discriminatoria, debía seguirse, en la operación de

³⁵ Cfr. *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409, at 413-414; 416 [Per Curiam].

³⁶ Cfr. *First Pentecostal Church of Holly Springs v. City of Holly Springs*, at 671 [Willett, J., concurring].

³⁷ Cfr. *Danville Christian Academy, Inc. et al. v. Beshear*, 141 S.Ct. 527, at 528-530 (December 17, 2020) [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, dissenting from the denial of application to vacate stay].

³⁸ Cfr. *Danville Christian Academy*, at 528-530 [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, dissenting from the denial of application to vacate stay]. Por su parte, una juez del sexto circuito mostró sus reservas sobre el carácter vinculante como precedente de esa afirmación del juez Scalia en *Smith* relativa a los derechos híbridos en *Pleasant View Baptist Church v. Beshear*, 838 Fed.Appx. 936, at 941 (6th Cir., December 21, 2020) [Donald, J., concurring]: “The Supreme Court has not established a test for generally applicable laws that involve ‘hybrid rights’, and no other binding authority on this Court mandates such a requirement. We have had no reason to reconsider our view that *Smith*’s discussion of ‘hybrid rights’ was anything but *dicta*. The Constitution is not a mixing bowl for rights that when considered in the aggregate are entitled to a higher level of scrutiny compared to when those exact same rights are viewed in isolation”.

balance o equilibrio, el test más riguroso del estricto escrutinio (es decir, el gobierno debía probar la existencia de un poderoso interés, *compelling state interest*, que no pudiera ser satisfecho por otra medida menos restrictiva, *least restrictive means*), no el del análisis racional de la medida, el *rational basis standard*.³⁹ Todo remitía así al asunto del carácter discriminatorio o no de la medida,⁴⁰ una desigualdad que, sutil o no, era *odiosa a nuestra Constitución*.⁴¹

Este recurso al estricto escrutinio es el que llevó a los tribunales que lo emplearon (el Tribunal Supremo en un segundo momento y otros tribunales federales antes) a concluir a favor de las iglesias,⁴² aunque no siempre de todo lo pretendido por ellas,⁴³ pues medidas como la distancia social o las exigencias de higiene o de evitar el contacto físico, eran perfectamente posibles cuando se exigían a todos sin distinción.⁴⁴ Esto es lo que entendieron cuatro circuitos, aunque no con los mismos resultados: el segundo (*Agudath Israel of America*),⁴⁵

³⁹ Cfr. *Church of the Lukumi v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, at 532; 537; 542-546 (1993) [Kennedy, J.]; *Grace United Methodist Church v. City of Cheyenne*, 451 F.3d 643, at 650 (10th Cir., June 20, 2006) [Seymour, J.].

⁴⁰ Cfr. D. LAYCOCK, *Religious Practice in A Pandemic*, «The New York Times», October 10, 2020, at *A25, en <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>.

⁴¹ Cfr. *Trinity Lutheran Church v. Comer*, 137 S.Ct. 2012, at 2019, 2025 (2017) [Roberts, C.J.].

⁴² Así lo hicieron, entre otros, antes de la decisión del Supremo del 25 de noviembre en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, at 66-67 [Per Curiam]: *On Fire Christian Center v. Fischer*, 453 F.Supp.3d 901 (WD KY, April 11, 2020); *First Baptist Church v. Kelly*, 455 F.Supp.3d 1078 (D KA, April 18, 2020); *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610; *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409; *Berean Baptist Church v. Cooper*, 460 F.Supp.3d 651 (ED NC, May 16, 2020); *First Pentecostal Church v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669.

⁴³ Cfr. *Denver Bible Church v. Azar*, Case No. 1:20-cv-02362-DDD-NRN, 2020 WL 6128994, at *8; 10 (D CO, October 15, 2020) [Domenico, J.].

⁴⁴ Cfr. *Delaney v. Baker*, Case No. 1:20-cv-11154-WGY, 2021 WL 42340 (D MA, January 6, 2021).

⁴⁵ Cfr. *Agudath Israel of America*, 983 F.3d 620, at 631-635 [Park, J.]. Aquí, el segundo circuito, siguiendo de cerca la decisión del Supremo de 25 de noviembre, dispuso que el criterio a aplicar debía ser el más riguroso del estricto escrutinio: “The Order fails this basic standard by explicitly imposing on “houses of worship” restrictions inapplicable to secular Activities (...) The fixed capacity limits thus “cannot be viewed as neutral because they single out houses of worship for especially harsh treatment” (...) ...a policy that expressly singles out religion for less favored treatment, as here, is subject to strict scrutiny (...) ...the Governor has selected some businesses (such as news media, financial services, certain retail stores, and construction) for favorable treatment, calling them ‘essential’, while imposing greater restrictions on ‘nonessential’ activities and religious worship. That lack of general applicability is also subject to strict scrutiny”, at 631-632. Dicho esto, el tribunal consideró que, bajo ese estricto escrutinio, no podían mantenerse las restricciones de aforo, al no ser la orden la medida menos restrictiva de las posibles para conseguir el poderoso interés estatal pretendido (detener la propagación del SARS-COV-2), at 631-635. El segundo circuito reenvió el caso al tribunal de distrito para resolver si los límites alternativos de asistencia fijados por Cuomo superarían o no el estricto escrutinio.

el quinto (*First Pentecostal Church*),⁴⁶ el sexto (*Roberts y Maryville*),⁴⁷ y el noveno (después de la decisión del Supremo del 25 de noviembre de 2020, primero en *Calvary Chapel Dayton Valley* el 15 de diciembre de 2020, en contra de la orden gubernamental de Nevada, y después en *South Bay* el 22 de enero de 2021 y en *Harvest Rock Church* el 15 de enero de 2021, manteniendo en parte la orden gubernamental de California).⁴⁸ También recurrieron al estricto escrutinio dos jueces del noveno circuito, el juez Collins (en su opinión disidente en *South Bay*, el 22 de mayo de 2020)⁴⁹ y el juez O'Scannlain (en su opinión disidente en *Harvest Rock*, el 1 de octubre de 2020, y en su voto particular especialmente concurrente de 25 de enero de 2021 en el mismo caso, manifestándose en contra de la constitucionalidad de la prohibición completa de culto en el interior de las Iglesias).⁵⁰

El estricto escrutinio fue también empleado por diversos jueces del Tribunal Supremo, por el juez Brett Kavanaugh (primero en *South Bay I*,⁵¹ después en *Calvary Chapel*⁵² y, finalmente, en *Roman Catholic Diocese*

⁴⁶ Cfr. *First Pentecostal Church of Holly Springs v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669, at 670 [Per Curiam]; *Spell v. Edwards*, 962 F.3d 175, at 181 (5th Cir., June 18, 2020) [Ho, J., concurring].

⁴⁷ Cfr. *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409, at 413-416 [Per Curiam]; *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610, at 614-615 [Per Curiam].

⁴⁸ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F.3d 1228, at 1232-1234 (9th Cir., December 15, 2020) [Smith, J.]; *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, 985 F.3d 1128, at 1140-1152 (9th Cir., January 22, 2021) [Wardlaw, J.]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771 (9th Cir., January 25, 2021). En estos dos últimos casos, el Tribunal no aplicó el estricto escrutinio a la prohibición de las actividades de coro y canto por no haber discriminación alguna en relación con las religiosas, sujetando así la medida al menos riguroso test racional (*rational basis standard*): *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, at 1152; y *Harvest Rock Church v. Newsom*, at 771-772.

⁴⁹ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F.3d 938, at 943; 945 [Collins, J. dissenting].

⁵⁰ Cfr. *Harvest Rock Church, Inc. v. Newsom*, 977 F.3d 728, at 732-734 [O'Scannlain, J., dissenting]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771, at 773-774 [O'Scannlain, J., specially concurring].

⁵¹ El juez Kavanaugh, en *South Bay I*, se mantuvo en cierto modo dentro de la esfera de lo dicho por el Tribunal en *Lukumi*, aunque silenciando la decisión *Smith* que no fue citada en ningún momento, sí en cambio *Roberts v. Neace* (2020) del sexto circuito. Para Kavanaugh, el interés estatal de California podría ser poderoso, pero había discriminado a las iglesias y sus actividades religiosas, en *comparación* con los establecimientos y operaciones de carácter secular, por lo que procedió a aplicar el examen del estricto escrutinio sin que lo superara en un caso en el que el gobierno estatal infligiría un daño irreparable a esta iglesia pentecostal si no la dejara celebrar el domingo de Pentecostés, a diferencia de las actividades y negocios seculares, cfr. *South Bay I*, at 1614-1615 [Kavanaugh, J., dissenting...]. Este juez seguía así el análisis comparativo del *Chief Justice* Roberts en su opinión concurrente, aunque con resultados distintos.

⁵² Más tarde, en *Calvary Chapel*, el juez Kavanaugh se apartaría del análisis comparativo, seguido en *South Bay I*. Para este juez, cuando las leyes o medidas distinguieran las organizaciones, religiosas o seculares, en dos categorías (exentas y no), colocando a las primeras, a las exentas, en una posición favorecida, algo que podrían hacer sin comprometer la cláusula de

se,⁵³ deslizándose desde un criterio comparativo más deferencial hacia el gobierno en el primer caso, a otro en el que la presunción jugaba a favor del libre ejercicio religioso por la posición preferente que la libertad religiosa tenía en el orden constitucional),⁵⁴ por el juez Samuel Alito (primero en *Calvary Chapel*,⁵⁵

no establecimiento, siempre que el criterio en la elección no fuera religioso, sino un juicio de valor del gobierno por el que unas actividades se juzgaban más importantes que otras, la doctrina del Supremo (aquí sí se remitió a *Smith*, creyendo aplicar ese precedente cuando, en realidad, no lo hacía), en esta materia de *free exercise*, exigía colocar a las organizaciones religiosas en la categoría favorecida, a no ser que el gobierno pudiera probar que no debía hacerlo, algo que, para Kavanaugh, requeriría un examen en dos pasos: en un primer momento, los jueces verían si la medida o acción estatal creaba una clase de organizaciones o actividades favorecidas o exentas, y de si las religiosas entraban o no dentro de esa categoría, todo ello sin que les debiera importar si las iglesias se parecían más o no a una fábrica o a un museo (en esto ya se ve la distancia que tomaba en relación con el criterio comparativo); para luego, en un segundo tiempo, de no haber incluido a las religiosas en las excepciones previstas o en ese trato favorable, examinar si esa decisión la había justificado suficientemente el gobierno (*Calvary Chapel*, at 2612-2613 [Kavanaugh, J., *dissenting...*]). Aquí es donde se apartaba del criterio de neutralidad de *Smith-Lukumi*, por el que lo único que se pedía, ausente el trato discriminatorio, era la constatación del carácter neutral y de general aplicación de la medida, nada que ver con esos dos pasos desde una posición preferente de la libertad religiosa como “most-favored nation status”, algo que procedía de un viejo artículo de Laycock en 1990 (at 2612; la referencia al escrito de Laycock: D. LAYCOCK, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 «Supreme Court Review» 1, at 49 [1990]).

⁵³ En *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, el juez Kavanaugh ofreció un voto particular uniéndose a la decisión de la mayoría con el interés de recordar lo que ya había dicho antes, que un Estado debe justificar la razón por la que no coloca a los lugares de culto en una categoría más beneficiosa (*favored class*), cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 73 [Kavanaugh, J., *concurring*].

⁵⁴ Dicho de otro modo, el juez Kavanaugh le estaba diciendo al gobierno que no era él el que tenía que decidir, desde un punto de vista racional (*rational basis standard*), sobre el carácter esencial o no de la actividad religiosa, pues realmente esa decisión era algo que ya había tomado la Constitución por él, al prohibir la discriminación religiosa. Esto no suponía que la religión recibiera un trato de favor. Lo que decía era que, al tener la libertad religiosa esa posición preferente en la Primera Enmienda, la religión gozaba de la presunción de esencialidad que exigía ser tratada de modo igual a como lo eran el resto de las actividades no religiosas, a no ser que el gobierno pudiera probar que no lo debía ser en un caso concreto (*strict scrutiny*), algo que no sucedía en este de Nevada en el que el gobierno no había podido demostrar la razón de ese trato diferente hacia las iglesias, en comparación con los casinos, bares o gimnasios, ni por razones de salud pública ni de economía estatal (*Calvary Chapel*, at 2613-2614), ni siquiera bajo lo dispuesto por el Supremo en *South Bay I (Calvary Chapel)*, at 2615). Caso al que se había opuesto sin rebatir la tesis del *Chief Justice* como ahora hacía. Roberts no le contestó y se limitó a unirse de nuevo al grupo liberal para negarle a la iglesia de Nevada la medida que le pedía.

⁵⁵ El juez Alito que no había querido unirse al escrito de Kavanaugh en *South Bay I*, compartiendo con este juez su rechazo a la decisión tomada por la mayoría del Tribunal, si nos dejó un interesante voto particular en *Calvary Chapel*. Para Alito, sin citar *Smith*, pero sí su aplicación en *Lukumi*, el trato discriminatorio de Nevada era claramente inconstitucional, dentro o fuera de un estado de emergencia, sin superar el estricto escrutinio (*Calvary Chapel*,

después en *American College*,⁵⁶ luego en un discurso que diera el 12 de noviembre en la convención nacional de la *Federalist Society*,⁵⁷ más tarde en el caso de las escuelas religiosas de Kentucky frente a la orden de su gobernador en *Danville Christian Academy*,⁵⁸ y, finalmente, en *South Bay II*,⁵⁹ por el juez Neil Gorsuch (primero en *Roman Catholic Diocese*,⁶⁰ después en *Danville Christian Academy*,⁶¹ y por último en *South Bay II*),⁶² así como por

at 2605-2607 [Alito, J., *dissenting...*]). Además, este caso nada tenía que ver con el de California en *South Bay I*, donde Roberts permitió la orden estatal por el criterio comparativo que adoptó, lo que le llevó a aceptar que podían ser tratadas de modo distinto unas reuniones y otras, por el número de personas que congregaran, por la manera y el tiempo que estuvieran juntas (at 2609). Aunque Alito seguía opinando que *South Bay I* no había sido correcta, el criterio con el que se manejaba no era el segundo de Kavanaugh en *Calvary Chapel* (es decir, esa posición preferente de la religión con un examen en dos pasos) sino, más bien, el comparativo de Roberts, concluyendo Alito lo contrario, eso sí.

⁵⁶ Poco después, también el juez Alito, en un voto particular al que se sumó Thomas contra la decisión del Supremo de rechazar la petición presentada por el gobierno federal en *American College of Obstetricians*, denunció la inconsistencia de la mayoría del Tribunal a la hora de resolver los casos de COVID-19. Y es que cinco jueces del Tribunal habían mostrado, en los dos anteriores, una rendida actitud de deferencia hacia las autoridades estatales que habían restringido sin precedentes la libertad personal, incluido el libre ejercicio de la religión, mientras que, ahora, la deferencia hacia el gobierno brillaba por su ausencia, no queriendo pronunciarse ante un caso que, en lugar de limitar o restringir, ampliaba el acceso al aborto. Y es que resultaba muy llamativo que, en tiempos de pandemia, mientras las libertades y derechos se recortaban o restringían por doquier, en cambio, al llegar al asunto del aborto, un juez federal de Maryland lo extendía o ampliaba, suspendiendo una exigencia de la agencia nacional del medicamento (la "Food and Drug Administration, FDA") que se había mantenido sin problemas durante las últimas cuatro administraciones, sin considerar ese juez que esas personas a las que se quería evitar que visitaran clínicas, en cambio sí podían acudir a restaurantes, gimnasios, peluquerías, eventos deportivos, o hasta casinos. Más aún, el juez extendía además su orden a otros lugares con índices de infección muy bajos y limitadas restricciones por la COVID-19 (*American College of Obstetricians*, at 12-13 [Alito, J., with whom Justice Thomas joins, *dissenting*]).

⁵⁷ Cfr. <https://fedsoc.org/conferences/2020-national-lawyers-convention?#agenda-itemaddress-8>.

⁵⁸ Cfr. *Danville Christian Academy*, at *1 [Alito, J., with whom Justice Gorsuch, *dissenting...*].

⁵⁹ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 716 [Alito, J.].

⁶⁰ También aquí el juez Gorsuch siguió un criterio comparativo entre las actividades religiosas de los lugares de culto y otras seculares, para concluir que la decisión del gobernador de New York de excluir de las limitaciones de capacidad impuestas a ciertos servicios considerados como esenciales (tiendas de licor, servicios de acupuntura o de reparación de bicicletas) reflejaba un ánimo no neutral sino claramente secular, es decir, discriminatorio; se preguntaba Gorsuch: "Who knew public health would so perfectly align with secular convenience?", *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 69 [Per Curiam].

⁶¹ Cfr. *Danville Christian Academy*, at *2-3 [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, *dissenting...*].

⁶² Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 717-720 [Statement of Justice Gorsuch, with whom Justice Thomas and Justice Alito join].

Amy Coney Barrett en *South Bay II*.⁶³ Finalmente, una nueva mayoría del Tribunal Supremo, en su decisión del 25 de noviembre (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn*),⁶⁴ también creyó que el test que debiera aplicarse en estos casos sería el estricto escrutinio, en contra de lo que una anterior mayoría del Tribunal había decidido en *South Bay I*, incluido su *Chief Justice* que quiso ofrecer un voto particular que justificara su posición deferente hacia el gobierno, cuando – en el caso de California – no había trato discriminatorio en la medida si un lugar de culto no era *comparable* a supermercados, lavanderías o bancos (nada decía de restaurantes), puesto que, a diferencia de esos locales, las iglesias o lugares de culto congregaban *muchoa gente, muy junta, por mucho tiempo*,⁶⁵ posición esta que fue precedida y seguida por las tesis del juez Easterbrook del séptimo circuito, sobre la orden ejecutiva del gobernador de Illinois, en *Elim Romanian* (2020).⁶⁶ En esa misma línea continuaron los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan en *Roman Catholic Diocese*.⁶⁷

⁶³ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 717 [Barrett, J., with whom Justice Kavanaugh joins, concurring in the partial grant of application for injunctive relief].

⁶⁴ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 67 [Per Curiam].

⁶⁵ El *Chief Justice*, en *South Bay I*, citando *Jacobson*, creyó que la situación de emergencia sanitaria que vivía California justificaba la medida adoptada. Roberts dejó en manos del gobierno la determinación de lo que era esencial o no, debiendo demostrar quien lo denunciara que esa decisión era irracional, por no haber tratado igual situaciones que sí lo eran (*South Bay I*, at 1613-1614 [Roberts, C.J., concurring in denial of application for injunctive relief]). Aquí fue cuando Roberts empleó un criterio comparativo. A su juicio, el trato recibido por los lugares de culto era similar al previsto para otros, como cines, conciertos, espectáculos deportivos, o conferencias, lugares todos ellos “donde mucha gente permanecía junta por mucho tiempo” (at 1613), algo que no se daba, por el contrario, en los supermercados, lavanderías o bancos, mereciendo así estos últimos un trato distinto. Ahora bien, como ya advirtiera después el juez Kavanaugh en *Calvary Chapel* (at 2615), Roberts excluía de ese elenco comparativo los restaurantes que sí que gozaban de mejor posición que los lugares de culto, sin explicar muy bien el motivo de ello, cuando el riesgo de contagio era similar: mucha gente, muy junta, durante mucho tiempo. En esta opinión de Roberts no fue citada ninguna de las grandes decisiones en materia de libre ejercicio religioso, ni *Sherbert*, ni *Smith*, ni *Lukumi*, como tampoco una decisión previa del juez Easterbrook en el séptimo circuito y otra del sexto circuito que seguían el mismo criterio comparativo, aunque con resultados distintos (el sexto circuito en contra de la orden del gobernador de Kentucky, mientras que el séptimo respaldaba la de Illinois). Pues bien, *South Bay I* fue la primera vez que Roberts dijo algo concreto sobre la validez de las órdenes estatales en materia de COVID-19, no entrando en discusión con otros jueces del Supremo al contradecirle, tal vez a la espera de pronunciarse cuando el Tribunal volviera sobre la decisión *Smith* en este año judicial 2020-2021.

⁶⁶ Cfr. *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker (Elim Romanian I)*, Case No. 20-1811, 2020 WL 2517093, at *1 (7th Cir., May 16, 2020) [Easterbrook, J.]; *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker (Elim Romanian II)*, 962 F.3d 341, at 346-347 (7th Cir., June 16, 2020) [Easterbrook, J.].

⁶⁷ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 76-78 [Breyer, J., dissenting]; at 78-81 [Sotomayor, J., dissenting]. La juez Sotomayor creía que este caso era similar a los dos anteriores que el Supremo había visto, razón por la que debía obtener la misma respuesta. Es más, si las

Pasando ahora al asunto de la revisión o no de la doctrina *Smith*, son numerosos los autores en la academia (Laycock, McConnell, Hamburger, Berg, o Lund, entre otros muchos)⁶⁸ y jueces del Supremo (O'Connor, Blackmun, Souter, Gorsuch, o Alito)⁶⁹ que llevan abogando por ello, sin haberlo logrado hasta la fecha. En este sentido, se ha dicho que *Smith* se apartó del precedente, que fue una decisión contraria a la comprensión original de la *free exercise clause*, que fue inconsistente con el fin clave de esta garantía constitucional, que los presupuestos jurídicos y fácticos de la sentencia se probaron falsos, sin que, finalmente, la doctrina del precedente (*stare decisis*) fuera algo que impidiera la reconsideración de *Smith*. Es verdad que, a principios de enero de 2019, los jueces Alito, Thomas, Gorsuch, y Kavanaugh parece que se mostraron a favor de revisar *Smith*, en el voto particular del primero en *Kennedy v. Bremerton School District*, si es que se le hubiera presentado al Tribunal esa cuestión.⁷⁰ Saldremos de dudas muy pronto, pues el Tribunal

iglesias o sinagogas recibían un trato especial, más que por discriminación, era por beneficiarlas frente a otros negocios o actividades seculares de naturaleza similar, concluyendo que el Supremo, en *Trump v. Hawaii* (2018), no había visto un ánimo no neutral del presidente cuando firmó una proclamación presidencial a la que se refirió como una "Muslim Ban".

⁶⁸ Cfr. D. LAYCOCK, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 «Supreme Court Review» 1 (1990); ID., *Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause*, 81 «Notre Dame Law Review» 1793 (2006); ID., *Religious Liberty and the Culture Wars*, 2014 «University of Illinois Law Review» 839 (2014); ID., S. T. COLLIS, *Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion*, 95 «Nebraska Law Review» 1 (2016); M. W. MCCONNELL, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 «University of Chicago Law Review» 1109 (1990); ID., *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 «Harvard Law Review» 1409 (1990); ID., *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 «University of Chicago Law Review» 115 (1992); P. A. HAMBURGER, *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, 60 «George Washington Law Review» 915 (1992); T. C. BERG, *Minority Religions and the Religion Clauses*, 82 «Washington University Law Quarterly» 919 (2004); C. C. LUND, *A Matter of Constitutional Luck: The General Applicability Requirement in Free Exercise Jurisprudence*, 26 «Harvard Journal Law & Public Policy» 627 (2003); ID., *Free Exercise Reconceived: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, 108 «Northwestern University Law Review» 1183 (2014); ID., *Martyrdom and Religious Freedom*, 50 Connecticut Law Review 959 (2018). Diez autores, entre ellos algunos de estos, firmaron un escrito (*amici curiae*) en defensa del demandante, pidiendo al Tribunal la reconsideración de *Smith*: *Ricks v. Idaho Contractors*, Case No. 19-66, On Petition for a Writ Of Certiorari (*filed*, August 12, 2019), disponible en <https://www.supremecourt.gov/>.

⁶⁹ Entre esos jueces contrarios a *Smith*, figuran estos del Supremo: los jueces O'Connor y Blackmun en *Smith (Employment Division v. Smith)*, 494 U.S. 872, at 891 (1990) [O'Connor, J., *concurring in the judgment*]; at 907-908 [Blackmun, J., *dissenting*]; los jueces O'Connor y Souter en *City of Boerne (City of Boerne v. Flores)*, 521 U.S. 507, at 544-545 (1997) [O'Connor, J., *dissenting*]; at 565 [Souter, J., *dissenting*]; o más recientemente el juez Gorsuch en *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 138 S. Ct. 1719, at 1734 (2018) [Gorsuch, J., *concurring*]; o Alito en *Kennedy v. Bremerton School District*, 139 S. Ct. 634, at 637 (2019) [Alito, J., *respecting the denial of certiorari*].

⁷⁰ Cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, at 637 [Alito, J., with whom Justice Thomas, Justice Gorsuch, and Justice Kavanaugh join, *respecting the denial of certiorari*].

deberá pronunciarse, en este año judicial 2020-2021, sobre esta cuestión en el caso de la política de la ciudad de Philadelphia en materia de adopción por parejas del mismo sexo (*Fulton v. City of Philadelphia*).⁷¹ Al final, llevado al caso de la COVID-19, además de otras consideraciones, la tesis es que *Smith* es incompatible con la garantía de libre ejercicio si, bajo su doctrina, se permiten abiertas discriminaciones como las vistas en el proceso de selección y excepciones seguido en ciertas órdenes ejecutivas.⁷²

2. 3. 2. El precedente del Supremo ‘Jacobson’ (1905)

Esta vieja sentencia, ¿permitiría seguir, para el libre ejercicio religioso en situaciones de emergencia sanitaria, un criterio particular de deferencia hacia el gobierno, distinto del estricto escrutinio general? Los tribunales, en los casos de COVID-19, se han dividido también aquí, no estando nada claro este asunto, tanto por el origen y naturaleza del precedente, como por la fuerte exigencia del estricto escrutinio, difícil de conciliar, aún en casos particulares, con un criterio tan deferente como el seguido en *Jacobson*.

En 1905 un pastor de Massachusetts no quiso vacunarse de la viruela, contraviniendo una ley que obligaba a hacerlo, siendo por ello sancionado. Jacobson planteó 25 objeciones, dos de ellas sobre libre ejercicio religioso. El Supremo dijo que los Estados podían exigir medidas de urgencia para proteger la vida y salud de sus ciudadanos, pues “la libertad reconocida en la Constitución de los Estados Unidos dentro de su jurisdicción no supone un derecho absoluto a quedar, en todo tiempo y circunstancia, completamente inmune de restricción”,⁷³ eso sí, siempre que esas medidas tuvieran relación con el fin y no supusieran una manifiesta invasión de los derechos protegidos en la Constitución.⁷⁴ Esto tenía lugar a principios del siglo xx y, ahora, 115 años después, un juez federal de Maine, haciendo balance de la aplicación de *Jacobson* durante todo este tiempo, dijo que “la regla permisiva de *Jacobson* flotaba en el aire como un visto bueno para toda restricción de libertades constitucionales, salvo las más absurdas y graves”.⁷⁵ Para otro, *Jacobson* no era una especie de “talisman de inmunidad jurídica”, como si fuera “la piedra Rosetta para el examen de la normativa gubernamental en materia de COVID-19”, habiendo tratado en 1905 “una crisis diferente de salud pública, en un tiempo distinto, con amenazas de daños diferentes sobre los demandantes”.⁷⁶

⁷¹ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 140 S.Ct. 1104 (*certiorari granted*, February 24, 2020).

⁷² Un buen ejemplo es la conclusión del juez Easterbrook del séptimo circuito en *Elim Romanian II*, at 347.

⁷³ Cfr. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, at 27 (1905) [Harlan, J.].

⁷⁴ Cfr. *Jacobson*, at 31, 38 [Harlan, J.].

⁷⁵ Cfr. *Bayley’s Campground v. Mills*, 463 F.Supp.3d 22, at 31-32 (D ME, May 29, 2020) [Walker, J.].

⁷⁶ Cfr. *Savage v. Mills*, 478 F.Supp.3d 16, at 26 (D ME, August 7, 2020) [Walker, J.].

En cualquier caso, siendo un precedente discutible, sí está claro que *Jacobson* no se planteó en el marco de la Primera Enmienda, pues fue decidido décadas antes de la incorporación de la cláusula del *free exercise* a los Estados (*Cantwell*, 1940) y mucho tiempo antes de que el Supremo aplicara la doctrina del estricto escrutinio a estos casos de libre ejercicio. Como bien advirtió el juez Gorsuch, *Jacobson* incluía un modo diferente de análisis (el racional de la medida en casos de la Decimocuarta Enmienda que no afectaran a categorías protegidas o derechos fundamentales), un derecho enteramente distinto (un pretendido derecho a la integridad del cuerpo que emanaba de la Decimocuarta Enmienda, no el derecho al libre ejercicio) y una clase de restricción enteramente distinta (pago de una multa o identificar una base para la exención).⁷⁷ Ahora bien, siendo cierto todo esto,⁷⁸ *Jacobson* no debiera ser leído fuera de la doctrina constitucional del Supremo fijada en *Smith-Lukumi*, fuera de los límites de la Constitución. No se puede pensar que, por estar en una situación de emergencia nacional, los Estados fueran inmunes a la hora de respetar las libertades fundamentales, como si hubieran recibido de la Constitución, para estos casos, una suerte de cheque en blanco.⁷⁹ De ahí que sea necesaria una operación de estricto escrutinio siempre que se apreciara un trato discriminatorio hacia la religión, por lo que, ausente este, es decir, sin afectar derechos fundamentales, *Jacobson* podría ser invocado y aplicado como prueba de la racionalidad de la medida adoptada (*rational basis test*), pues es indiscutible el interés del Estado en la protección de sus ciudadanos frente al coronavirus. En otro caso, el gobierno debiera cargar con la prueba de mostrar que la situación de emergencia exige ese trato distinto, sin la existencia de otra medida menos restrictiva que pudiera ser aplicada al caso (sobre todo cuando el tiempo pasa y se va haciendo crónica esa situación de emergencia, lo que exigirá un mayor esfuerzo a la hora de encontrar fórmulas de adaptación), siendo un interés poderoso (*compelling*) la salud y vida de los ciudadanos en tiempos de una pandemia. La cuestión, por tanto, no es otra que el carácter discriminatorio o no de la medida adoptada, lo que llevaría al estricto escrutinio, no al precedente *Jacobson*, de serlo. Tenía mucha razón el juez Kavanaugh cuando, en *Calvary Chapel*, dejó escrito

⁷⁷ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 70-71 [Gorsuch, J., concurring]. Esto fue censurado por Roberts al sentirse atacado por Gorsuch, diciendo ahora que esa vieja sentencia ocupaba tres páginas del voto de Gorsuch, mientras que, en su caso, en *South Bay I*, *Jacobson* solo figuraba en una única frase, at 75-76 [Roberts, C.J., dissenting].

⁷⁸ Cfr. L. F. WILEY, S. I. VLADECK, *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review*, 133 «Harvard Law Review Forum» 179, at 182 (2020). También McConnell en abril: M. W. MCCONNELL, M. RASKIN, *If liquor Stores Are Essential, Why Isn't Church?*, «The New York Times» April 21, 2020, en <https://www.nytimes.com/2020/04/21/opinion/first-amendment-church-coronavirus.html>.

⁷⁹ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2605 [Alito, J., dissenting...].

que, si en los casos de emergencia eran los gobiernos y no los tribunales los encargados de tomar decisiones urgentes para proteger la salud de las personas, debiendo los jueces aceptar sus decisiones en los límites de *Jacobson*, sin embargo, esto no suponía que no existieran líneas rojas que los gobiernos no debían cruzar, como sería el caso de la discriminación, fuera esta por razones raciales, religiosas, o por el contenido del discurso.⁸⁰ Así lo ha entendido también el segundo circuito a finales de diciembre.⁸¹

2. 3. 3. La garantía constitucional del no establecimiento (*non-establishment clause*)

Impedir o restringir el acceso a los lugares de culto por las autoridades civiles, sancionando su incumplimiento, ¿supondría una violación de la garantía constitucional de separación contenida en la *non-establishment clause* de la Primera Enmienda? Pese a la resistencia de los tribunales a considerar esta cuestión durante este tiempo de emergencia,⁸² lo cierto es que la neutralidad del no establecimiento, por un lado, impide al gobierno tomar decisiones en asuntos de religión, mientras que, por otro, le prohíbe mostrar hostilidad hacia las religiones.

Así pues, si las órdenes gubernamentales en materia de COVID-19 hubieran prohibido o restringido el acceso a las iglesias, no estarían respetando lo dispuesto en *Everson*,⁸³ si no hubieran actuado con la neutralidad exigida en *Gillette*, no habrían respetado el fin del no establecimiento;⁸⁴ si no hubieran buscado una adaptación, no habrían atendido a lo dispuesto en *Lynch*;⁸⁵ si hubieran tenido una finalidad secular (la salud), sin avanzar ni prohibir la religión como su principal efecto, y sin suponer tampoco una excesiva vinculación con la religión, sí habrían cumplido con el *Lemon test*;⁸⁶ si hubieran enviado un mensaje a los creyentes de que sus actividades no eran tan esenciales o importantes como las otras, hubieran dado la impresión a un

⁸⁰ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2614-2615 [Kavanaugh, J., *dissenting*...].

⁸¹ Cfr. *Agudath Israel of America*, 983 F.3d 620, at 635-636 [Park, J.]. “To be sure, the uncertainties that accompany many novel emergencies may make it difficult to assess whether, for example, a less restrictive alternative actually exists – calling for a measure of humility on the part of the reviewing judge. But we grant no special deference to the executive when the exercise of emergency powers infringes on constitutional rights”, at 635.

⁸² No así un tribunal federal de California en una reciente decisión en la que fueron invocados los precedentes *Lemon* y *Lynch*, negando que las restricciones de las actividades religiosas que fueran similares a las de carácter secular supusieran un establecimiento o rechazo de religión alguna, ni siquiera bajo la lectura más expansiva de la *establishment clause*, cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 2020 WL 7639584, at *10 [Bernal, J.].

⁸³ Cfr. *Everson v. Board of Education of Ewing Township*, 330 U.S. 1, at 15-16 (1947) [Black, J.].

⁸⁴ Cfr. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, at 449 (1971) [Marshall, J.].

⁸⁵ Cfr. *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, at 673 (1984) [Burger, C.J.].

⁸⁶ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, at 612-613 (1971) [Burger, C.J.].

observador racional que se les dejaba fuera de la comunidad política;⁸⁷ y, finalmente, si la medida hubiera sido neutral (algo dudoso en principio por la cantidad de excepciones seculares) y no hubiera dado lugar a coacción (la habría cuando la prohibición o restricción se hubiera impuesto por fuerza de ley y amenaza de sanción, llegando en algún caso a plantearse la posibilidad de demolición del lugar de culto, de no cumplir con la orden), hubiera superado el *coercion test*.⁸⁸ Pues bien, dicho esto, ni todas las órdenes ni todos sus aspectos eran iguales, por lo que, para dar respuesta a la posible violación del no establecimiento, debiera evaluarse cada caso, haciendo bien el tribunal en no descartar de entrada su posible violación, amparándose en una neutralidad o en otras formas no presenciales de culto, como por desgracia muchos tribunales hicieron en estos casos.⁸⁹

2. 3. 4. La garantía constitucional de la libertad de expresión (*free speech clause*)

Tratar de forma distinta el discurso religioso del secular, dentro o fuera de los lugares de culto, permitiendo una serie de excepciones solo para el secular, ¿no sería una restricción de la libertad de expresión de la Primera Enmienda por el contenido del discurso, sujeta entonces al estricto escrutinio?

El juez Easterbrook dijo en *Elim Romanian* que ese trato distinto de actividades en el mismo lugar de culto, permitiendo unas y prohibiendo otras, era posible porque las religiosas o de culto, a diferencia de las sociales, podían ser atendidas asistiendo en pequeños grupos, en los aparcamientos sin salir de los automóviles, o ser reemplazadas por otras virtuales en la televisión o en internet.⁹⁰ Así lo creyó también el tribunal de distrito californiano que rechazó el recurso planteado en *Harvest Rock Church*, por considerar que la

⁸⁷ Cfr. *Lynch v. Donnelly*, at 688 [O'Connor, J., concurring]; *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753, at 773 (1995) [O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment].

⁸⁸ Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, at 587 (1992) [Kennedy, J.]. En cambio, para Scalia, la *non-establishment clause* pedía considerar dos principios de modo conjunto: el carácter neutral (*neutrality standard*) y la falta de coacción real (*coercion test*), nada que ver con esa presión psicológica a la que apuntaba la opinión mayoritaria del tribunal, sino con la legal ("por fuerza de ley y amenaza de sanción"), cfr. *Lee v. Weisman*, at 632-646 [Scalia, J., dissenting].

⁸⁹ Así, entre otros, *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, Case No. 20 C 2782, 2020 WL 2468194, *5 (ND IL, May 13, 2020) [Gettleman, J.]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, Case No. LACV 20-6414 JCB (KKx), 2020 WL 5265564, at *3 (CD CA, September 2, 2020) [Bernal, J.].

⁹⁰ Cfr. *Elim Romanian Pentecostal II*, at 347 [Easterbrook, J.]. Este argumento fue expresamente rebatido por el Tribunal Supremo en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 67-68 [Per Curiam]. Lo que no impidió que un juez del primer circuito regresara a él, sin considerar lo que esas restricciones podrían suponer para ciertas confesiones: *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 984 F.3d 21, at 29 [Selya, J.].

orden estatal no restringía la capacidad de expresarse de la Iglesia, de modo que si los manifestantes del movimiento BLK lo podían hacer sin las limitaciones fijadas para las iglesias era porque los primeros lo hacían al aire libre, de ahí que las restricciones no se debían al contenido o naturaleza del discurso, sino al lugar y naturaleza de la reunión.⁹¹ No lo vieron igual ni el juez Ho para el quinto circuito en *Spell v. Edwards*,⁹² ni un tribunal de distrito de New York en *Soos v. Cuomo*.⁹³

Por su parte, en *Calvary Chapel*, el juez Alito dijo que Nevada discriminaba el punto de vista religioso mientras aprobaba otro secular, alentando además las manifestaciones políticas,⁹⁴ y el juez Kavanaugh advirtió de las líneas rojas que existían para los gobiernos en estos tiempos de crisis, entre las que situó la discriminación por razón del contenido del discurso.⁹⁵ Y es que lo que no tenía sentido era autorizar una gran reunión de personas para recibir asistencia social o económica pero no religiosa, como una homilía desde el púlpito, siendo así que el virus no actuaba según el contenido del discurso, distinguiendo el religioso del que no lo era. Menos aún se entendía que los gobernadores de California, New York, o Illinois, como también en el Distrito de Columbia, o los alcaldes de Chicago e Illinois, lejos de impedir, animasen sin restricciones (sin mascarillas ni distancia social) las manifestaciones y protestas raciales lideradas por el movimiento radical BLM tras la muerte del afroamericano George Floyd, al mismo tiempo que limitaban los aforos en el interior de los lugares de culto,⁹⁶ como si las iglesias, con las necesarias medidas de seguridad, fueran más peligrosas que esos encuentros multitudinarios en las calles en los que se gritaba sin respetar distancias ni los habituales consejos sobre los aerosoles.⁹⁷

2. 3. 5. El carácter limitado y excepcional de una situación de emergencia

¿Cuánto debieran durar las medidas restrictivas de derechos y libertades en una situación de emergencia? El quinto circuito lo tenía muy claro cuando dijo que “los derechos individuales garantizados por la Constitución no desaparecen durante una crisis de salud pública”,⁹⁸ aunque sostuvo que sí podían ser racionalmente limitados en estos casos. Otros dijeron que, ante la

⁹¹ Cfr. *Harvest Rock Church*, 2020 WL 5265564, at *3 [Bernal, J.].

⁹² Cfr. *Spell v. Edwards*, 962 F.3d 175, at 180-181; 182-183 [Ho, J., concurring].

⁹³ Cfr. *Soos v. Cuomo*, 470 F.Supp.3d 268, at 283 [Sharpe, J.].

⁹⁴ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2607-2608 [Alito, J., dissenting...].

⁹⁵ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2614-2615 [Kavanaugh, J., dissenting...].

⁹⁶ El distinto tratamiento dado al libre ejercicio y a la libertad de expresión ha sido apuntado entre otros por B. W. BUSSEY, *Contagio: el temor de los gobiernos a la religión durante la crisis del COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, Madrid, Iustel, 2021, 49-50.

⁹⁷ Cfr. *Spell v. Edwards*, at 181 [Ho, J., dissenting]; *Soos v. Cuomo*, at 274-276 [Sharpe, J.].

⁹⁸ Cfr. *In re Abbott*, 954 F.3d 772, at 784 [Duncan, J.].

amenaza de salud de la COVID-19, la respuesta “no puede minar nuestro sistema de libertades constitucionales o el régimen de exámenes y equilibrios que la protegen”.⁹⁹

Como bien advirtiera Alito en *Calvary Chapel*, los derechos y libertades fundamentales claro que pueden verse afectados en casos de emergencia, pero esa situación no permite al gobierno hacer lo que quiera, ni hacerlo sin limitación de tiempo.¹⁰⁰ Es evidente que un asunto urgente exige respuestas rápidas que no son fáciles de mantener en el tiempo, con el riesgo añadido de no encontrar la solución más adecuada por la gravedad del momento y la inmediatez del problema que no permite tomar la necesaria distancia para dar con la solución justa. En este sentido, algún tribunal se manifestó en contra de esa discreción concedida a los gobernadores sin límite de tiempo, habiendo pasado seis meses desde las primeras órdenes.¹⁰¹ Y es que lo que pudiera presentarse en sus inicios como legítimo, bajo el estricto escrutinio, luego dejaría de estar justificado, pues debería exigirse mayor precisión en las medias a mayor certidumbre científica, reduciendo el margen de restricción.

3. CONCLUSIÓN: UN MISMO VIRUS EN DOS MUNDOS

En uno y otro lado del Atlántico, los gobiernos buscaron frenar la expansión del virus, limitando el aforo de los sitios y adoptando medidas comunes de seguridad, desde la distancia social hasta el uso de la mascarilla. España y USA distinguieron los lugares de culto de otros espacios, limitando más el aforo de los primeros en ocasiones, sin saber muy bien la razón de ello, más allá de no considerar sus servicios tan esenciales como los no religiosos. En esos casos, las actividades religiosas fueron asimiladas a otras sociales o culturales.

Ahora bien, mientras ningún gobierno español cerró los lugares de culto, restringiendo, eso sí, su acceso, según la evolución de la pandemia, algunas órdenes de los gobernadores estadounidenses, en especial durante los primeros momentos, prohibieron toda reunión, cerrando los lugares de culto, manteniendo solo sus actividades sociales. En cambio, por lo que se refiere al ejecutivo nacional, la principal diferencia entre España y USA fue la distancia de planteamientos que hubo entre el gobierno republicano de Trump, con su ministro de justicia William P. Barr, y la coalición social-comunista liderada por Sánchez, unos y otros con visiones muy distintas de la libertad y de la religión. Y, en el caso de los tribunales, otra clara diferen-

⁹⁹ Cfr. *County of Butler v. Wolf*, 486 F.Supp.3d 883, at 901 (WD PA, September 14, 2020) [Stickman IV, J.].

¹⁰⁰ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2604-2605 [Alito, J., dissenting...].

¹⁰¹ Cfr. *County of Butler v. Wolf*, at 899-900 [Stickman IV, J.].

cia fue la activa defensa judicial en USA por quienes vieron lesionados sus derechos constitucionales de libre ejercicio religioso. Esta defensa judicial de sus derechos (más de un centenar de casos en todos los circuitos), fruto de la mayor presencia de los creyentes en la plaza pública, además de su familiaridad con los tribunales como lugar de reivindicación de derechos y solución de conflictos, tan propia de un sistema de *common law*, es algo desconocido, o no tan presente en España, donde no existe esa litigiosidad, en buena parte por el silencio de las confesiones religiosas, también el de la Iglesia católica.

Terminemos ofreciendo un conjunto de presupuestos y principios jurídicos que ayuden a encontrar la solución correcta en estos casos de emergencia sanitaria, no ya solo para el de ahora, sino para los que puedan presentarse en el futuro:¹⁰²

(1) Los derechos y libertades constitucionales no desaparecen en casos de necesidad o de urgencia, siendo su respeto la mejor prueba de la salud democrática de la sociedad.

¹⁰² Muchos de estos aspectos no han pasado desapercibidos a buena parte de la doctrina, aunque hayan sido abordados de modo distinto a como lo hacemos aquí. Entre otros, además de los ya citados y de los que vendrán mencionados a continuación, cabría destacar: J. BLACKMAN, *What Rights Are “Essential”? The 1st, 2nd, and 14th Amendments in the Time of Pandemic*, «Harvard Journal of Law and Public Policy» 44 (2021), pp. 1-78, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3707739>; P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, Pisa, DiReSoM, 2020, disponible en https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/law-religion-and-covid-19-emergency_diresom-papers-1-2.pdf; C. M. CORBIN, *Religious Liberty in a Pandemic*, «Duke Law Journal Online» 70 (2020), pp. 1-20, disponible en <https://dlj.law.duke.edu/2020/09/religiouspandemic/>; A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, disponible en www.settimananews.it/diritto/covid-19-liberta-religiosa; J. D. JACKSON, *Tiered Scrutiny in a Pandemic*, «CanLawNOW» 12 (2020), pp. 39-55; D. LAYCOCK, *Religious Practice in A Pandemic*, «New York Times», October 10, 2020, A25, en <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>; D. R. REISS, M. THOMAS, *More Than a Mask: Stay-At-Home Orders and Religious Freedom*, «San Diego Law Review» 57 (2020), pp. 1-26, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3645433>; Z. ROTHSCHILD, *Free Exercise’s Lingering Ambiguity*, «California Law Review Online» 11 (July 2020), pp. 282-295, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630705>. Por nuestra parte, llevamos ocupándonos de estas cuestiones dos décadas, pudiendo seguir el desarrollo de estos argumentos, entre otras publicaciones, en: J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): Una libertad en tensión*, Pamplona, EUNSA, 2006; ID., *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE. UU.: De las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Pamplona, EUNSA, 2011; ID., *Sobre la “neutralidad” del Estado liberal en materia de libertad religiosa*, in *La libertad religiosa para el bien de todos. Texto y comentario al documento de la Comisión Teológica Internacional*, a cargo de J. Prades, Madrid, BAC, 2021, pp. 183-192. Y finalmente, no debiéramos olvidar el magnífico trabajo de la comisión creada por el gobierno Trump y liderada por Mary Ann Glendon: COMMISSION ON UNALIENABLE RIGHTS, *Final Report*, August 26, 2020, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf>.

(2) Los Estados deben velar por la vida de sus ciudadanos tanto como por el resto de sus derechos y libertades fundamentales.¹⁰³

(3) A diferencia de otras libertades, la religiosa conecta mejor que ninguna otra la verdad con el bien del hombre y de la sociedad, además de ayudar a reconstruir la identidad del sujeto moderno, sirviendo de firme muro contra la tentación totalitaria del Estado, tan real en un estado de emergencia.

(4) No siendo un derecho o libertad absoluta, la libertad religiosa goza de una posición preferente en el conjunto de los derechos y libertades, como la primera de estas.

(5) Ante una situación de emergencia sanitaria como la COVID-19, la libertad religiosa puede ser limitada por las medidas que las autoridades civiles adopten en materia de asistencia religiosa o sobre los lugares de culto, siempre que esas acciones guarden relación directa con el fin al que sirven (la vida o la salud) y no comprometan de forma grave otros derechos y libertades.

(6) Un estado de alarma o de emergencia sanitaria es algo extraordinario y limitado en el tiempo, ajustándose con flexibilidad a sus distintos momentos y fases.

(7) El camino más fácil, y menos eficaz, es siempre el de la restricción de derechos y libertades, mientras que su respeto y adaptación hace que los ciudadanos cumplan mejor con las medidas.

(8) Ante un estado de emergencia sanitaria por un virus desconocido de rápida difusión, los Estados deben actuar unidos para controlar su difusión, con medidas nacionales que coordinen las acciones locales y estatales (USA) o autonómicas (España), dejando en manos del gobierno nacional su coordinación, así como las decisiones internacionales que deban tomarse, exigiendo a los organismos supranacionales (OMS) las acciones precisas sin presión de ningún Estado, y sometiéndoles al control de su gestión.

(9) La adopción unilateral de medidas por parte de las autoridades civiles, dejando al margen a las confesiones religiosas, es una gran pérdida en momentos de crisis en los que se hace necesario contar con todos, de ahí que la cooperación con ellas servirá para un mejor control de la situación,¹⁰⁴ evitan-

¹⁰³ La salud, física y mental, forma parte del bien común que deben proteger las autoridades civiles, suponiendo la misma un límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa siempre que las medidas sean necesarias, racionales y proporcionales, sin que vacíen de contenido este último derecho: M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 125-130. Por su parte, Scharffs toma en cuenta también la salud espiritual: B. G. SCHARFFS, *El Coronavirus y la libertad religiosa: un análisis preliminar de los Estados Unidos*, cit., p. 440.

¹⁰⁴ En este sentido, se han mostrado partidarios de la necesaria cooperación, entre otros, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 y libertad religiosa: ¿problemas nuevos o soluciones antiguas?*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 30-32; M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 138-141.

do la imagen de esas Iglesias y confesiones como entidades subordinadas al Estado, pudiendo este comprometer su autonomía y libertad, al decidir cuestiones (como el aforo y otras) que no le pertenecen (claramente en el caso de la Iglesia católica en España, según los Acuerdos con la Santa Sede de 1979).

(10) No sería justo responsabilizar a las autoridades civiles de la unilateralidad de las acciones cuando las Iglesias y confesiones estuvieran divididas, entre sí y dentro de ellas, sin ser capaces de ofrecer una única voz fuerte y clara con la que dialogar.

(11) En un Estado de Derecho, corresponde al legislativo la regulación del marco general de la emergencia, quedando en manos del ejecutivo la adopción de las medidas necesarias, debiendo velar los tribunales por la observancia de todo ello.

(12) Las medidas deben ser racionales, no arbitrarias, sin confusiones ni contradicciones, sin politización de la crisis sanitaria, a fin de no llevar a la pérdida de confianza.

(13) El legislativo nacional o federal es el que mejor puede definir los servicios esenciales, debiendo incluir, entre ellos, los bienes protegidos por los derechos fundamentales, como sería el ejercicio privado y público, individual y comunitario, de la libertad religiosa; una sana política legislativa supone respetar la jerarquía existente en los bienes, según los fines que persiguen. Que sea el legislativo nacional el que lo haga evita la desigualdad entre ciudadanos y confesiones religiosas según el Estado o Comunidad autónoma en que se encuentren.

(14) El legislativo también debe regular con antelación estas cuestiones, pues su previsión evita las prisas del momento y respeta mejor los derechos de todos (así lo han hecho los legislativos de Ohio, Arkansas y, más recientemente, North Dakota).

(15) El Estado no debe tratar a las confesiones religiosas, en general, y a la Iglesia católica, en particular, como realidades de orden puramente social o cultural, pues ni una misa es un concierto, ni una homilía una conferencia, ni un bautismo un rito de integración social.

(16) Los lugares de culto no deben recibir un trato distinto al de otros establecimientos no religiosos dedicados al comercio, la restauración o el ocio, siendo similar, cuando no menor, el riesgo de contacto. De lo contrario, se actúa con un ánimo hostil hacia la religión, enviando a los creyentes un mensaje de que no son miembros con iguales derechos en la comunidad.

(17) Tampoco se debe distinguir, dentro de los lugares de culto, las actividades religiosas de las seculares, prohibiendo o limitando las primeras, mientras son autorizadas las segundas, cuando unas y otras entrañen los mismos riesgos de salud.

(18) El legislativo debe controlar la acción del ejecutivo cada cierto tiempo, siendo así que a mayor tiempo mayor control.

(19) El ejecutivo debe guiarse, en su política sanitaria, por los datos de la medicina, no siempre seguros en los primeros estadios de una enfermedad desconocida.

(20) Los tribunales, en un primer momento, no afectando derechos y libertades, no deben entrar en asuntos de carácter político o en datos científicos, dejando su respuesta en manos del gobierno y observando así un adecuado margen de deferencia.

(21) El riesgo de lesión de los derechos y libertades crece a medida que se mantiene el estado de necesidad, de ahí que los tribunales deben buscar un cuidadoso equilibrio entre los intereses afectados. Si los líderes religiosos y sus congregaciones deben entender que la libertad religiosa no es una especie de patente de corso o de total inmunidad frente a cualquier posible ley neutral y de general aplicación, los gobiernos no deben olvidar que la libertad religiosa es la cima de los valores constitucionales.

(22) A medida que el tiempo pase, las restricciones de derechos deben encontrar mejor y mayor justificación, por vía de exención o de adaptación, de modo que, ante una carga sustancial de la libertad religiosa, el gobierno debe probar que la medida adoptada es importante, sin que otra menos restrictiva pueda lograr el fin que se busca. De superar este test, la medida es proporcional y entonces válida.

(23) El ámbito propio del foro debe seguir siendo la noble y humilde tarea de decir lo justo, aquello que en justicia le es debido a cada uno, en este caso, a los creyentes y a los lugares de culto, precisamente cuando las personas más necesidad tienen de esa clase de actividad, siendo flexibles en las respuestas, según los tiempos del problema de que se trate y de las pruebas presentadas, no tomando como un todo las medidas aprobadas, sino siendo capaz de distinguir, entre ellas, las que fueran posibles y necesarias.

(24) Toda crisis, también la sanitaria, pone a prueba a la sociedad entera, siendo una buena ocasión para reflexionar sobre el modelo que se quiere y el fin que busca, lo que exigirá el replanteamiento de las grandes cuestiones de la filosofía moral, de la filosofía política, y de la filosofía del derecho.

(25) El Estado del bienestar, llegada la prueba, debe atender a los más desfavorecidos con mayor riesgo de contagio por sus peores condiciones para hacer frente a la crisis.

(26) Y el Estado de Derecho, si desea seguir siéndolo, debe ser capaz, ante situaciones graves y urgentes, de arbitrar respuestas en las que los derechos fundamentales (entre ellos, el de libertad religiosa) no sufran más restricciones que las estrictamente necesarias, volviendo a la normalidad constitucional tan pronto sea posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALITO S., *Address to 2020 National Lawyers Convention*, Federalist Society, November 12, 2020, disponible su <https://fedsoc.org/conferences/2020-national-lawyers-convention?#agenda-itemaddress-8>.
- BERG T. C., *Minority Religions and the Religion Clauses*, «Washington University Law Quarterly» 82 (2004), pp. 919-1000.
- BLACKMAN J., *What Rights Are “Essential”? The 1st, 2nd, and 14th Amendments in the Time of Pandemic*, «Harvard Journal of Law and Public Policy» 44 (2021), pp. 1-78, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3707739>.
- BUSSEY B. W., *Contagio: el temor de los gobiernos a la religión durante la crisis del COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 37-70.
- COMMISSION ON UNALIENABLE RIGHTS, *Final Report*, August 26, 2020, disponible su <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf>.
- CONSORTI P. (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, Pisa, DiReSoM, 2020, disponible su https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/law-religion-and-covid-19-emergency_diresom-papers-1-2.pdf.
- CORBIN C. M., *Religious Liberty in a Pandemic*, «Duke Law Journal Online» 70 (2020), pp. 1-20, disponible su <https://dlj.law.duke.edu/2020/09/religiouspandemic/>.
- FERRARI A., *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, disponible su www.settimana-news.it/diritto/covid-19-liberta-religiosa.
- HAMBURGER P. A., *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, «George Washington Law Review» 60 (1992), pp. 915-948.
- JACKSON J. D., *Tiered Scrutiny in a Pandemic*, «CanLawNOW» 12 (2020), pp. 39-55.
- LAYCOCK D., *The Remnants of Free Exercise*, «Supreme Court Review» 1990 (1990), pp. 1-68.
- , *Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause*, «Notre Dame Law Review» 81 (2006), pp. 1793-1842.
- , *Religious Liberty and the Culture Wars*, «University of Illinois Law Review» 2014 (2014), pp. 839-879.
- , *Religious Practice in A Pandemic*, «The New York Times», October 10, 2020, in A25, su <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>.
- LAYCOCK D., COLLIS S. T., *Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion*, «Nebraska Law Review» 95 (2016), pp. 1-27.
- LUND C. C., *A Matter of Constitutional Luck: The General Applicability Requirement in Free Exercise Jurisprudence*, «Harvard Journal Law & Public Policy» 26 (2003), pp. 627-665.
- , *Free Exercise Reconceived: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, «Northwestern University Law Review» 108 (2014), pp. 1183-1233.
- , *Martyrdom and Religious Freedom*, «Connecticut Law Review» 50 (2018), pp. 959-984.
- MARTÍNEZ-TORRÓN J., *COVID-19 y libertad religiosa: ¿problemas nuevos o soluciones an-*

- tiguas?, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 23-36.
- McCONNELL M. W., *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, «University of Chicago Law Review» 57 (1990), pp. 1109-1153.
- , *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, «Harvard Law Review» 103 (1990), pp. 1409-1517.
- , *Religious Freedom at a Crossroads*, «University of Chicago Law Review» 59 (1992), pp. 115-194.
- McCONNELL M. W., RASKIN M., *If liquor Stores Are Essential, Why Isn't Church?*, «The New York Times», April 21, 2020, su <https://www.nytimes.com/2020/04/21/opinion/first-amendment-church-coronavirus.html>.
- REISS D. R., THOMAS M., *More Than a Mask: Stay-At-Home Orders and Religious Freedom*, «San Diego Law Review» 57 (2020), pp. 1-26, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3645433>.
- RODRIGO LARA M. B., *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 119-144.
- ROTHSCHILD Z., *Free Exercise's Lingering Ambiguity*, «California Law Review Online» 11 (July 2020), pp. 282-295, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630705>.
- RUBIO LÓPEZ J. I., *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): Una libertad en tensión*, Pamplona, EUNSA, 2006.
- , *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE. UU.: De las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Pamplona, EUNSA, 2011.
- , *Sobre la "neutralidad" del Estado liberal en materia de libertad religiosa*, in *La libertad religiosa para el bien de todos. Texto y comentario al documento de la Comisión Teológica Internacional*, a cura di J. PRADES, Madrid, BAC, 2021, pp. 183-192.
- SCHARFFS B. G., *El coronavirus y la libertad religiosa: un análisis preliminar de los Estados Unidos*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 415-458.
- WILEY L. F., VLADECK S. I., *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review*, «Harvard Law Review Forum» 133 (2020), pp. 179-198.

LE LIBRE EXERCICE DU CULTE EN FRANCE
DURANT LES 11 PREMIERS MOIS DE L'ÉPIDÉMIE
DE COVID-19 (14 MARS 2020 - 15 FÉVRIER 2021)

THE FREE EXERCISE OF WORSHIP IN FRANCE
DURING THE FIRST 11 MONTHS
OF THE COVID-19 EPIDEMIC
(14 MARCH 2020 - 15 FEBRUARY 2021)

EMMANUEL TAWIL*

RÉSUMÉ · L'article analyse les mesures de restriction du culte prises au cours des deux périodes de confinement ainsi que les recours portés devant le Conseil d'État. Ce dernier a eu une approche plus respectueuse de la liberté de religion, qui l'a notamment conduit à insister sur la nécessité d'une concertation entre l'État et les cultes.

ABSTRACT · The article analyses the measures restricting religious worship that were adopted during the two periods of confinement as well as the appeals brought before the Council of State. The Council of State has gradually taken a more respectful approach to religious freedom, which has led it to insist on the need for consultation between the State and religions.

MOTS-CLEFS · Liberté de culte, France.

KEYWORDS · Religious Freedom, France.

SOMMAIRE : 1. La période de l'interdiction du culte : mars-mai 2020. – 1.1. L'interdiction de l'exercice du culte sans fondement juridique. – 1.2. L'interdiction du libre exercice du culte dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. – 2. La période des restrictions : mai 2020-février 2021. – 2.1. La volonté du gouvernement de maintenir les interdictions à la liberté de culte contrariée par le Conseil d'État. – 2.2. L'exigence de proportionnalité des mesures de restriction à la liberté de culte à la situation sanitaire. – 3. Conclusion.

LA pandémie de COVID-19 a justifié l'adoption d'un ensemble de restrictions aux libertés sans aucun précédent en temps de paix. La liberté de culte a été particulièrement atteinte, dès le 14 mars 2020, lorsque furent adoptées les premières mesures d'interdiction du culte.

* Emmanuel.Tawil@u-paris2.fr, Maître de conférences (HDR) de droit public à l'Université Paris II, Correspondant du Comité pontifical des sciences historiques.

Aux deux vagues de l'épidémie (février-mai et octobre-décembre), les pouvoirs publics répondirent par deux périodes de confinement aux profils fort différents: la première (17 mars-11 mai) avait pour objet de réduire au maximum les interactions sociales, par une mise à l'arrêt d'une large partie de l'activité économique du pays, et une obligation généralisée de ne pas sortir de son domicile; la seconde (30 octobre-15 décembre), avait aussi pour objet de réduire les interactions sociales, mais sans mise à l'arrêt de l'économie et des activités d'enseignement. Chaque période de confinement a été suivie par une période de «dé-confinement», durant laquelle les interdictions se transformèrent en restrictions aux libertés.

S'agissant de la liberté de culte, l'on pourrait penser que *confinement* implique *interdiction*, tandis que durant le dé-confinement, les restrictions, pour nombreuses qu'elles soient, ne sauraient être des interdictions.

A l'examen, ce n'est pas tout à fait ce qui s'est passé. Dans une première période, entre le 14 mars au 25 mai 2020, il y eut une interdiction quasi absolue du culte (1^{ère} partie). En revanche, à partir du moment où le Conseil d'État intervint, à l'interdiction se substitua un régime de restriction de son exercice (II^{ème} partie).

1. LA PÉRIODE DE L'INTERDICTION DU CULTE: MARS-MAI 2020

La période durant laquelle le culte public a été interdit, entre mars et mai 2020, peut être subdivisée en deux. Durant neuf jours, c'est sans aucun fondement juridique que fut décidée cette interdiction. Puis, l'intervention du législateur, en urgence, pour créer l'état d'urgence sanitaire, a permis de trouver une base pour restreindre les droits et libertés.

1. 1. *L'interdiction de l'exercice du culte sans fondement juridique*

La prohibition du culte public fut le résultat du cumul de l'interdiction de rassemblement dans les lieux de culte et de l'interdiction de se déplacer hors de son domicile sauf dérogation prévue par les textes.

Lors de son allocution du 14 mars, le Premier ministre Edouard Philippe annonça qu'il avait, «en lien avec le Président de la République, (...) décidé, jusqu'à nouvel ordre, la fermeture à compter de ce soir minuit de tous les lieux recevant du public non indispensables à la vie du pays» et ajoutait que «les lieux de culte resteront ouverts, mais les rassemblements et les cérémonies devront être reportés». Contrairement à ce que l'on pouvait imaginer en entendant le Premier ministre, les mesures annoncées ne furent que des arrêtés du ministre des solidarités et de la santé. Le premier des arrêtés fut celui du 14 mars 2020¹ et ne prévoyait pas l'interdiction annoncée par le Pre-

¹ Arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, *Journal officiel de la République Française* du 15 mars 2020, Texte n° 16.

mier ministre. Celle-ci a été ajoutée par l'arrêté du 15 mars 2020,² dans une forme atténuée par rapport aux déclarations du Premier ministre, puisque seuls étaient interdites au sein des établissements de culte les «rassemblements et réunions de plus de 20 personnes, à l'exception des cérémonies funéraires».

Or, les dispositions restrictives de la liberté de culte ne reposaient sur aucun fondement légitime. En effet, ces restrictions n'étaient prévues que par un arrêté du ministre des solidarités et de la santé, au visa de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique, qui dispose qu'«En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population».

Cela ne pouvait que poser question car il n'y avait pas de précédent contemporain de mise en œuvre de mesures restrictives de liberté aussi importantes applicables sur l'ensemble du territoire national adoptées par un simple arrêté ministériel, alors que l'article 34 de la Constitution place les garanties fondamentales des libertés publiques dans le domaine de la loi, ce qui concerne également la liberté de culte.³ De plus, il aurait été bon que l'autorité qui prétendait publiquement avoir décidé de ces mesures en fût juridiquement l'auteur.⁴

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'en est émue dès le 19 mars 2020, dans une lettre d'urgence⁵ mentionnant l'irrégularité de l'atteinte à la liberté de culte résultant des arrêtés de 14 et 15 mars 2020:

«La CNCDH souligne que l'adoption de dispositions attentatoires aux droits et libertés fondamentaux (liberté d'aller et venir, liberté de réunion, liberté de culte, liberté d'entreprendre, etc.) par simple arrêté motivé du ministre des Solidarités et de la Santé, sans aucun contrôle, ni examen préalable par le Conseil d'État n'est pas admissible dans un État de droit».⁶

² Arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, *Journal officiel de la République Française* du 16 mars 2020, Texte n° 2, art. 1, 1, 2°.

³ Conseil d'État, 2 mai 1973, *Assoc. culturelle des Israélites nord-africains de Paris*, *Recueil Lebon*, p. 737.

⁴ Pour une approche critique, E. TAWIL, *Lutte contre le COVID-19: les mesures de police administrative restrictives de liberté de l'arrêté du 14 mars 2020*, «Gazette du Palais», 17 mars 2020, pp. 10-12 et *Lutte contre le COVID-19: les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement*, «Gazette du Palais», 24 mars 2020, pp. 10-12.

⁵ Sur la procédure d'urgence de la CNCDH, Décret n° 2007-1137 du 26 juillet 2007, *Journal officiel de la République Française* du 27 juillet 2007, p. 12679, art. 14.

⁶ Lettre d'urgence du Président de la CNCDH du 19 mars 2020, pp. 2-3.

À l'interdiction des rassemblements de plus de 20 personnes dans les lieux de culte s'est ajoutée une interdiction indirecte : celle de sortir de son domicile pour se rendre dans un lieu de culte.

En effet, l'article 1^{er} du décret du 16 mars 2020⁷ a interdit jusqu'au 31 mars 2020 le «*déplacement de toute personne hors de son domicile*». Cet article prévoyait les exceptions suivantes : 1^o trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; 2^o déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique ; 3^o déplacements pour motif de santé ; 4^o déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ; 5^o déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie.

Le décret du 19 mars 2020⁸ a complété la liste des exceptions en ajoutant les déplacements résultant d'une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie nationales, les déplacements résultant d'une convocation émanant d'une juridiction administrative ou de l'autorité judiciaire et les déplacements aux fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative.

En conséquence de ces dispositions, à part le motif familial impérieux, en cas de décès notamment, il n'y avait aucune justification possible pour sortir de chez soi afin de se rendre dans un lieu de culte. Concrètement, les églises restaient ouvertes, l'on pouvait s'y retrouver à 20, mais l'on n'avait pas le droit de s'y rendre.

1. 2. *L'interdiction du libre exercice du culte dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*

Le Gouvernement était conscient de l'extrême fragilité des mesures adoptées en application de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique. C'est pourquoi il a fait voter par le Parlement, en procédure accélérée, un nouveau régime d'exception autorisant l'adoption de mesures restrictives de li-

⁷ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020, portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, *Journal officiel de la République Française* 17 mars 2020, Texte n° 2.

⁸ Décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 modifiant le Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020, *Journal officiel de la République Française* du 20 mars 2020, Texte n° 27.

berté par décret. La loi de la loi du 23 mars 2020⁹ crée cet état d'urgence sanitaire, en introduisant les articles L. 3131-12 et suivants dans le code de la santé publique. Ce régime d'exception donne au gouvernement des pouvoirs de police administrative renforcés lui permettant de faire face à la situation sanitaire. Afin de lutter contre la pandémie de Covid-19, le Parlement a autorisé sa mise en œuvre jusqu'au 23 mai 2020. Par la loi du 11 mai 2020, l'état d'urgence sanitaire a été prorogé jusqu'au 10 juillet 2020. L'établissement d'une procédure spéciale a été préféré au recours à l'article 16 de la Constitution¹⁰ et à la mise en œuvre de l'état d'urgence.¹¹ Les dispositions législatives relatives à l'état d'urgence sanitaire ne devait rester en vigueur que jusqu'au 1^{er} avril 2021.¹² Par la loi du 15 février 2021, le Parlement a décidé de repousser au 31 décembre 2021 la caducité de ce régime.¹³

L'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret motivé en conseil des ministres.¹⁴ Au-delà d'un mois, la prorogation est autorisée par une loi,¹⁵ qui fixe sa durée.¹⁶ Ce délai d'un mois est très long: par comparaison, le délai prévu pour l'état d'urgence de la loi du 20 novembre 1955 n'est que de douze jours. L'avant-projet de loi prévoyait un délai de douze jours, qui fut allongé à un mois sur proposition du Conseil d'État.¹⁷ S'agissant de la première mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, le législateur a décidé, d'une part, qu'elle commencerait dès la promulgation de la loi, et, d'autre part, que

⁹ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *Journal officiel de la République Française* du 24 mars 2020, Texte n° 2. Sur le sujet, E. TAWIL, *Lutte contre le COVID-19: état d'urgence sanitaire et restriction des libertés*, «Gazette du Palais», 31 mars 2020, pp. 14-16.

¹⁰ L'article 16 de la Constitution permet au Président de la République d'être investi des pleins pouvoirs «lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu». Sur le recours envisagé à l'article 16, O. BEAUD, *La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales*, <http://blog.juspoliticum.com/2020/03/23/la-surprenante-invocation-de-larticle-16-dans-le-debat-sur-le-report-du-second-tour-des-elections-municipales-par-olivier-beaud/>.

¹¹ L'état d'urgence de la loi du 20 novembre 1955 donne au Gouvernement des pouvoirs de police plus étendus pour faire face à des menaces sécuritaires. La procédure a notamment été en vigueur après les attentats de Paris, du 14 novembre 2015 au 1^{er} novembre 2017. Sur les difficultés du recours à l'état d'urgence pour faire face à la crise sanitaire, D. TRUCHET, *Covid-19, Point de vue d'un administrativiste sanitaire*, <http://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>.

¹² Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 7.

¹³ Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 16 mars 2020, Texte n° 1, art. 3.

¹⁴ Code de la santé publique, art. L. 3131-13, al. 1^{er}.

¹⁵ Code de la santé publique, art. L. 3131-13, al. 3.

¹⁶ Code de la santé publique, art. L. 3131-14, al. 1^{er}.

¹⁷ Conseil d'État, avis, 18 mars 2020, n° 399873.

l'intervention du Parlement serait nécessaire pour le proroger au-delà de 2 mois.¹⁸

La liste des mesures restrictives de liberté susceptibles d'être prises est fixée limitativement par l'article L. 3131-15 du code de la santé publique et comprend notamment l'interdiction de sortir du domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé, ainsi que la fermeture provisoire et la réglementation de l'ouverture d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public. C'est sur fondement que l'exercice du culte public a été interdit par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020.¹⁹

Ces restrictions sont décidées par décret du Premier ministre, sur le rapport du ministre de la santé. Durant la période de l'état d'urgence sanitaire, le ministre de la santé peut «prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception des mesures prévues à l'article L. 3131-15»²⁰ mais il ne peut pas adopter de mesures générale restrictives de libertés.

Les mesures restrictives de libertés, y compris celles concernant la liberté de culte, prises par le Premier ministre et celles adoptées par le ministre de la santé doivent être «strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu».²¹ Il doit y être mis fin «lorsqu'elles ne sont plus nécessaires».²² Ces mesures peuvent être contestées, en urgence, dans le cadre de la procédure de référé liberté-fondamentale de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.²³

Compte tenu de la rédaction des articles L. 3131-15 et L. 3131-16 du code de la santé publique, qui font référence aux «circonstances de temps et de lieu», le Premier ministre et le ministre de la santé sont tenus d'apprécier chacune des situations locales. En principe il n'aurait pas dû être possible d'interdire l'exercice du culte public dans des parties du territoire national où l'épidémie de COVID-19 n'était que peu présente.

Tel ne fut pas le choix du Premier ministre qui a choisi de retenir une mesure d'interdiction de la liberté de culte sur l'ensemble du territoire. Il a ainsi repris dans le décret du 23 mars 2020 la règle prévue par l'article 1er de l'arrêté du 14 mars 2020, selon laquelle «les établissements de culte, relevant de la catégorie v, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit à l'exception des cérémonies funéraires

¹⁸ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 4.

¹⁹ Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, *Journal officiel de la République Française* du 24 mars 2020, Texte n° 7.

²⁰ Code de la santé publique, art. L. 3131-16 al. 1^{er}.

²¹ Code de la santé publique, art. L. 3131-15 et L. 3131-16.

²² *Ibid.*

²³ Code de la santé publique, art. L. 3131-18.

dans la limite de 20 personnes». ²⁴ Cette disposition restrictive de liberté était évidemment contraire au principe constitutionnel de laïcité, qui implique la liberté de culte, ²⁵ et dérogeait à l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 qui prévoit expressément le libre exercice du culte.

Ces dispositions se sont appliquées jusqu'au 11 mai 2020, date à partir de laquelle a commencé la phase de dé-confinement. Leur simple énoncé ne permet pas de mesurer l'étendue réelle des restrictions à la liberté de culte. Si certaines activités pastorales ont pu se maintenir par visio-conférence (catéchisme par exemple), d'autres ont été au contraire l'objet de sévères atteintes. C'est ainsi que les aumôniers d'hôpitaux se sont vus le plus souvent interdire l'accès aux malades, y compris en fin de vie. Le sacrement des malades, le sacrement de la réconciliation et le sacrement de l'eucharistie ont été interdits à des mourants.

2. LA PÉRIODE DES RESTRICTIONS: MAI 2020-FÉVRIER 2021

À partir du 12 mai 2020, a commencé le dé-confinement, à savoir la levée progressive, en fonction de l'évolution sanitaire, des restrictions aux droits et libertés. Peu à peu, les sorties du domicile, les rassemblements, les sports sont devenus possibles. Mais le gouvernement souhaitait maintenir les interdictions à la liberté de culte. Son projet a été contrarié par le Conseil d'État, dont la jurisprudence a exigé la proportionnalité des limitations de la liberté de culte aux exigences de la situation sanitaire.

2. 1. *La volonté du gouvernement de maintenir les interdictions à la liberté de culte contrariée par le Conseil d'État*

En application de la loi du 11 mai 2020, le gouvernement a adopté le décret du 11 mai 2020, ²⁶ prévoyant les mesures restrictives de liberté applicables durant la première phase du dé-confinement. De façon surprenante, l'article 10 III du décret du 11 mai 2020 est venu interdire de façon absolue l'exercice du culte public: «III. – Les établissements de culte, relevant du type v, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit». Une seule exception était prévue dans le texte, à savoir les cérémonies funéraires: «Les cérémonies funéraires sont autorisées dans la limite de vingt personnes, y compris dans les lieux mentionnés à l'alinéa précédent».

²⁴ Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, art. 8 IV.

²⁵ Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 293.

²⁶ Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020, *Journal officiel de la République Française* du 12 mai 2020, Texte n° 6.

Cette interdiction a déclenché une réaction d'autant plus vive dans le catholicisme français, ainsi que dans de larges parties de l'islam de France, qu'à cette date, la levée du confinement rendait possibles les déplacements jusqu'à 100 km et autorisait les premières activités sportives, y compris collectives.²⁷ Pourquoi en fut-il ainsi ? Le Gouvernement craignait probablement que les rassemblements de l'Ascension (21 mai 2020) et de Pentecôte (31 mai 2020), ainsi que de l'Aïd-el-Fitr (23-24 mai 2020) ne devinssent des foyers majeurs de contamination. Il préférerait repousser de plusieurs semaines le retour au libre exercice public des cultes.

Plusieurs individus, ainsi que des mouvements catholiques traditionalistes ont saisi le Conseil d'État d'un référé liberté contre l'article 10 III du décret du 11 mai 2020. Dans son ordonnance du 18 mai 2020,²⁸ le Conseil d'État a estimé que l'interdiction était manifestement illégale. Il a enjoint le Premier ministre de modifier l'article 10 III du décret du 11 mai 2020, mais... dans un délai de 8 jours ! Il fallut attendre le décret n° 2020-618 du 22 mai 2020²⁹ pour que fût modifié l'article 10 III du décret. Fut prévue l'ouverture des édifices du culte, sous la réserve du respect de quelques mesures sanitaires, à savoir l'obligation de respect des gestes barrières et distanciation physique d'un mètre et l'obligation pour toute personne de onze ans de porter un masque dans un édifice du culte.

Un décret du 31 mai 2020 a abrogé le décret du 11 mai 2020.³⁰ Son article 47 a prévu de nouvelles conditions d'exercice de la liberté de culte dans des conditions identiques à celles prévues par l'article 10 III du décret du 11 mai 2020.

Alors que l'état d'urgence sanitaire allait prendre fin, à partir du 11 juillet 2020, la loi du 9 juillet 2020³¹ organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire a prévu un nouveau régime d'exception, auquel il n'a pas été donné de nom. Ce régime, rendant possible des restrictions de libertés, devait rester en appli-

²⁷ Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 1^{er} juin 2020, Texte n° 1, art. 10 IV.

²⁸ Conseil d'État, ordonnance de référé du 18 mai 2020, n° 440366, M. G. et autres. Cf. P. DELVOLVÉ, *Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020)*, «Revue française de droit administratif» 2020, p. 641; Th. RAMBAUD, *Crise sanitaire et liberté de culte*, «Actualité juridique Droit administratif» 2020, p. 1733.

²⁹ Décret n° 2020-618 du 22 mai 2020, *Journal officiel de la République Française* du 23 mai 2020, Texte n° 19.

³⁰ Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 1 juin 2020, Texte n° 1.

³¹ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 10 juillet 2020, Texte n° 1.

cation jusqu'au 30 octobre 2020. Un décret du 11 juillet 2020³² a repris les restrictions prévues par le décret du 31 mai 2020. Il est resté en vigueur tout l'été, jusqu'au décret du Premier ministre du 16 octobre 2020 mettant de nouveau en œuvre l'état d'urgence sanitaire.³³ L'article 47 de ce dernier ne changeait pas substantiellement l'état du droit par rapport au décret du 11 juillet 2020.

En revanche, le décret du 29 octobre 2020 a prévu le second confinement à compter du 30 octobre 2020.³⁴ Son article 47 I prévoyait que les édifices du culte étaient autorisés à rester ouverts, mais interdisait tout rassemblement ou réunion en leur sein, à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 30 personnes. La situation était différente par rapport au premier confinement car durant le second confinement les déplacements en vue de rejoindre les édifices du culte étaient autorisés. Le respect des «gestes barrière» demeurait obligatoire. Par ailleurs, toute personne de onze ans ou plus qui accédait ou demeurait dans une église devait porter un masque de protection.

Saisi par plusieurs requérants, notamment par la Conférence des évêques, le Conseil d'État a rejeté la requête contestant la fermeture des édifices du culte le 7 novembre 2020.³⁵

L'état d'urgence sanitaire a été prorogé par la loi du 14 novembre 2020.³⁶ A partir du 28 novembre, le dé-confinement a été engagé. Néanmoins, comme au mois de mai, le Gouvernement a souhaité maintenir des restrictions plus fortes pour les cultes que pour les autres activités. L'article 47 du décret a été modifié pour autoriser les rassemblements dans les édifices du culte, dans la limite de 30 personnes, et cela quelle que soit la taille du bâtiment. De nouveau saisi par la Conférence des évêques, le Conseil d'État a enjoint par ordonnance du 29 novembre 2020³⁷ le Premier ministre de modifier le décret du 29 octobre 2020.

³² Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, *Journal officiel de la République Française* du 11 juillet 2020, Texte n° 23.

³³ Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 17 octobre 2020.

³⁴ Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 30 octobre 2020, Texte n° 23.

³⁵ Conseil d'État, ordonnance de référé du 7 novembre 2020, n° 445825, *Association Civitas et autres*.

³⁶ Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *Journal officiel de la République Française* du 15 novembre 2020, Texte n° 1.

³⁷ Conseil d'État, ordonnance de référé du 29 novembre 2020, n° 446930, *Association Civitas et autres*.

Un nouveau décret du 2 décembre 2020³⁸ est venu modifier l'article 47 du décret du 29 octobre 2020 en prévoyant de nouvelles règles :

1° Une distance minimale de deux emplacements devait être laissée entre ceux occupés par chaque personne ou groupe de personnes partageant le même domicile ;

2° Une rangée sur deux devait rester inoccupée.

Par ailleurs, alors que le couvre-feu à 20 heures était en vigueur, il a été décidé d'y faire exception pendant la nuit de Noël.³⁹

Comme on le voit, le gouvernement a systématiquement souhaité maintenir en vigueur le plus longtemps possible des mesures d'interdiction du libre exercice du culte, qui n'ont pu être levées que par l'intervention du Conseil d'État, lequel a sanctionné les violations de la proportionnalité des atteintes à la liberté de culte.

2. 2. L'exigence de proportionnalité des mesures de restriction à la liberté de culte à la situation sanitaire

Dans son ordonnance du 18 mai 2020,⁴⁰ le Conseil d'État a estimé que l'interdiction était manifestation illégale. Le Conseil d'État s'appuyait pour arriver à ce constat sur le fait que «le décret du 11 mai 2020 dont les dispositions sont contestées, prévo(yait), pour de nombreuses activités qui ne présentent pas nécessairement de risque équivalent à celui des cérémonies de culte (...), des régimes moins restrictifs pour l'accès du public», et de citer notamment les services de transport des voyageurs, les magasins de vente, les centres commerciaux, les établissements d'enseignement et les bibliothèques.

Le Conseil d'État ajoutait :

«il résulte de l'instruction, et notamment des déclarations faites à l'audience par l'administration, que l'interdiction de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte, à la seule exception des cérémonies funéraires regroupant moins de vingt personnes, a été essentiellement motivée par la volonté de limiter, durant une première phase du 'dé-confinement', les activités présentant, en elles-mêmes, un risque plus élevé de contamination et qu'elle ne l'a, en revanche, été ni par une éventuelle difficulté à élaborer des règles de sécurité adaptées aux activités en cause – certaines institutions religieuses ayant présenté des propositions en la matière depuis plusieurs semaines – ni par le risque que les responsables des établissements de culte ne puissent en faire assurer le respect ou que les autorités de l'État

³⁸ Décret n° 2020-1505 du 2 décembre 2020, *Journal officiel de la République Française* du 3 décembre 2020, Texte n° 41.

³⁹ Décret n° 2020-1582 du 14 décembre 2020, *Journal officiel de la République Française* du 15 décembre 2020, Texte n° 21.

⁴⁰ Conseil d'État, ordonnance de référé du 18 mai 2020, n° 440366, *M. G. et autres*. Sur cette décision, P. DELVOLVÉ, *Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020)*, cit. ; T.H. RAMBAUD, *Crise sanitaire et liberté de culte*, cit.

ne puissent exercer un contrôle effectif en la matière, ni encore par l'insuffisante disponibilité, durant cette première phase, du dispositif de traitement des chaînes de contamination».

Le Conseil d'État en déduisait que

«l'interdiction générale et absolue imposée par le III de l'article 10 du décret contesté, de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte, sous la seule réserve des cérémonies funéraires pour lesquelles la présence de vingt personnes est admise, présente, en l'état de l'instruction, alors que des mesures d'encadrement moins strictes sont possibles, notamment au regard de la tolérance des rassemblements de moins de 10 personnes dans les lieux publics, un caractère disproportionné. Au regard de l'objectif de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale».

L'un des éléments sur lequel s'appuyait le Conseil d'État pour décider que l'interdiction était disproportionnée était le fait que l'amélioration de la situation sanitaire avait été jugée suffisante pour que d'autres rassemblements soient autorisés.

Dans son ordonnance du 7 novembre 2020⁴¹ le Conseil d'État a appliqué les mêmes principes pour arriver à une solution radicalement différente. D'abord le Conseil d'État a constaté que les activités autorisées durant le second confinement étaient exclusivement liées à l'activité professionnelle et à l'enseignement primaire et secondaire.⁴² Il a relevé ensuite qu'«en cette période d'augmentation très forte des risques liés à l'épidémie» le Gouvernement avait «limité les autres motifs permettant de sortir de son domicile ainsi que les rassemblements et réunions, en interdisant, notamment, ceux de plus de six personnes dans tous les lieux ouverts au public, à l'exception, ponctuelle et s'exerçant à l'extérieur, des manifestations sur la voie publique». Par ailleurs, le Conseil d'État soulignait que les mesures sanitaires prises par les évêques n'étaient pas à jour et qu'elles n'avaient pas été respectées:

«il résulte de l'instruction que si des protocoles sanitaires ont été élaborés, lors du dé-confinement, pour les lieux de culte à l'initiative notamment, pour ce qui concerne l'Église catholique, des évêques, ils n'ont pas été actualisés depuis lors

⁴¹ Conseil d'État, ordonnance de référé du 7 novembre 2020, n° 445825, *Association Civitas et autres*.

⁴² «Pour éviter les effets économiques et sociaux les plus néfastes qui avaient été constatés lors du premier confinement, le décret a autorisé, lors de celui qui a débuté le 29 octobre 2020, outre la réalisation des achats de première nécessité, le maintien de l'accueil des élèves dans leurs établissements scolaires, la poursuite aussi large que possible des activités professionnelles ne pouvant faire l'objet de télétravail, notamment en matière de services publics, et l'utilisation par les intéressés, en tant que de besoin, des moyens de transport» (*ibid.*).

et ne sont pas toujours strictement appliqués, notamment depuis l'été, en ce qui concerne la distanciation entre les fidèles, y compris à l'entrée et à la sortie des lieux de culte, et le port du masque par les officiants, alors même qu'un public âgé et donc fragile, participe aux cérémonies religieuses».

Dans ces conditions, en a déduit le Conseil d'État, «les moyens tirés de ce que les restrictions litigieuses, qui sont motivées par des considérations exclusivement sanitaires, qui ne sont discriminatoires à l'égard d'aucun culte ou d'aucun rite et qui ne méconnaissent pas le principe de clarté et d'intelligibilité de la norme, ne seraient ni nécessaires ni proportionnées doivent, en l'état de l'instruction et à la date de la présente ordonnance, être écartés».

La décision du 29 novembre 2020,⁴³ concernant la jauge de trente personnes, était, elle aussi, fondée sur la comparaison avec les mesures de restriction des autres activités. Le Conseil d'État a constaté que seuls les cultes étaient soumis à une jauge ne tenant pas compte de la superficie des lieux, ce qui conduisait à une disproportion de la mesure de restriction, et par suite à son illégalité :

«D'une part, il ne résulte pas de l'instruction que l'interdiction absolue et générale de toute cérémonie religieuse de plus de trente personnes, alors qu'aucune autre activité autorisée n'est soumise à une telle limitation fixée indépendamment de la superficie des locaux en cause, serait justifiée par les risques qui sont propres à ces cérémonies».

On le voit, la démarche du Conseil d'État n'était pas incohérente : le Conseil d'État s'est appuyé sur la comparaison avec les autres activités, en particulier celles donnant lieu à rassemblement.

CONCLUSION

L'examen des restrictions au libre exercice du culte décidées dans le cadre de la lutte contre la Covid-19 est révélateur de la vision que nombre de dirigeants politiques ont de la vie religieuse.

Le culte n'est pas vu comme «indispensable à la vie du pays», comme cela ressort clairement de l'allocution du Premier ministre du 14 mars 2020. Il leur apparaît comme moins important que les activités économiques, puisqu'il est resté interdit pendant une bonne partie du second confinement alors que la plupart des activités professionnelles étaient autorisées, et moins important aussi que le sport, puisqu'au moment du premier dé-confinement il est initialement resté interdit au moment même où les activités sportives commençaient à reprendre. Heureusement, le Conseil d'État a eu une approche

⁴³ Conseil d'État, ordonnance de référé du 29 novembre 2020, n° 446930, *Association Civitas et autres*.

plus respectueuse de la liberté de religion, qui l'a notamment conduit à insister sur la nécessité d'une concertation entre l'État et les cultes.⁴⁴

BIBLIOGRAPHIE

- BEAUD O., *La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales*, <http://blog.juspoliticum.com/2020/03/23/la-surprenante-invocation-de-larticle-16-dans-le-debat-sur-le-report-du-second-tour-des-elections-municipales-par-olivier-beaud/>.
- DELVOLVÉ P., *Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020)*, «Revue française de droit administratif» 2020, p. 641.
- RAMBAUD TH., *Crise sanitaire et liberté de culte*, «Actualité juridique Droit administratif» 2020, p. 1733.
- TAWIL E., *Lutte contre le COVID-19 : les mesures de police administrative restrictives de liberté de l'arrêté du 14 mars 2020*, «Gazette du Palais» 17 mars 2020, pp. 10-12 et *Lutte contre le COVID-19: les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement*, «Gazette du Palais» 24 mars 2020, pp. 10-12.
- TRUCHET D., *Covid-19, Point de vue d'un administrativiste sanitaire*, <http://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>.

⁴⁴ «Enfin, il a été indiqué à l'audience, dans la perspective de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire qui est en cours de discussion au Parlement, que ces dispositions vont prochainement faire l'objet d'un réexamen de leur caractère adapté et proportionné, ce qui suppose l'engagement à bref délai d'une concertation avec l'ensemble des représentants des principaux cultes, destinée à préciser les conditions dans lesquelles ces restrictions pourraient évoluer» (Conseil d'État, ordonnance de référé du 7 novembre 2020, n° 445825, *Association Civitas et autres*).

PER UNA CURA PASTORALE INTEGRALE
DEI FEDELI IN CASO DI PANDEMIA.
PROFILI CANONICI E PASTORALI
FOR AN INTEGRAL PASTORAL CARE
OF THE FAITHFUL IN THE EVENT OF A PANDEMIC.
CANONICAL AND PASTORAL PROFILES

ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL*

RIASSUNTO · La Chiesa, in virtù della missione ricevuta da Cristo, ha una responsabilità originaria nella guarigione integrale – materiale e spirituale – della persona che, come ha fatto in passato, deve poter esercitare anche in caso di pandemia in collaborazione con lo Stato, il quale deve tutelare la salute non solo materiale, ma anche spirituale di tutte le persone, nel rispetto della loro libertà religiosa. Nell'esercizio della loro missione in caso di pandemia, i pastori della Chiesa devono ispirarsi al primato della *salus animarum*, alla necessaria tutela della *salus corporum* e ad una ponderata valutazione dei beni in gioco con *aequitas canonica*. Solo le autorità della Chiesa – concretamente la Sede Apostolica e il Vescovo diocesano – sono competenti per regolare la cura pastorale e la liturgia, nel rispetto delle legittime disposizioni stabilite dalle autorità sanitarie dello Stato per situazioni analoghe. In caso di pandemia sono di applicazione le norme di diritto comune per i ca-

ABSTRACT · The Church, by virtue of the mission received from Christ, has an original responsibility for the integral – material and spiritual – healing of the person which, as she has done in the past, must be able to exercise even in the event of a pandemic, in collaboration with the State, which must protect not only the material but also the spiritual health of all people, respecting their religious liberty. In the exercise of their mission in the event of a pandemic, the pastors of the Church must be inspired by the primacy of the *salus animarum*, the necessary protection of the *salus corporum* and a balanced appraisal of the goods at stake with *aequitas canonica*. Only the authorities of the Church – specifically the Apostolic See and the diocesan Bishop – are competent to regulate pastoral care and the liturgy, in compliance with the legitimate provisions established by the health authorities of the State for similar situations. In the event of a pandemic, the rules of common law ap-

* assanchezgil@pusc.it, Professore associato di Diritto del *munus sanctificandi*, Pontificia Università della Santa Croce.

si di (grave) incomodo, (grave) necessità, e di (imminente) pericolo di morte, ma è auspicabile che vengano emanate dalle autorità competenti – a livello universale e particolare – norme di diritto speciale per il caso di pandemia, in cui definire meglio le competenze e le facoltà di ciascuno, favorire una certa unità di criterio, compatibile con l’opportuna flessibilità per adeguarsi alle circostanze del caso concreto.

PAROLE CHIAVE · Cura pastorale, Pandemia, Covid-19, *salus animarum*, *salus corporum*, *aequitas canonica*.

ply to cases of (serious) inconvenience, (grave) necessity, and (imminent) danger of death, but it is desirable that special rules be issued by the competent authorities – at a universal and particular level – in the case of a pandemic, to better define the competences and faculties of each one and to foster a certain unity of criteria, compatible with the appropriate flexibility needed to adapt to the circumstances of the specific case.

KEYWORDS · Pastoral Care, Pandemic, Covid-19, *salus animarum*, *salus corporum*, *aequitas canonica*.

SOMMARIO: 1. La responsabilità originaria della Chiesa nella cura integrale della persona. – 2. Il primato della *salus animarum*, la tutela della *salus corporum* e l’*aequitas canonica* nell’esercizio della cura pastorale in caso di pandemia. – 3. La competenza esclusiva delle autorità ecclesiali per regolare la cura pastorale e la liturgia. – 4. L’esercizio della cura pastorale in caso di pandemia tra norme comuni ed eventuali norme speciali. – 5. Alcune questioni aperte.

1. LA RESPONSABILITÀ ORIGINARIA DELLA CHIESA NELLA CURA INTEGRALE DELLA PERSONA

NELLA prima delle catechesi che, dal 5 agosto 2020, ha dedicato a riflettere alla luce del Vangelo sulle pressanti questioni sollevate dalla pandemia causata dal Covid-19, Papa Francesco ha evidenziato che il ministero di guarigione di Gesù è indirizzato a sanare non solo le malattie fisiche, ma l’intera persona, come manifesta in modo esemplare la guarigione spirituale e fisica del paralitico a Cafarnao.¹ Anche la Chiesa, la cui missione primaria è guarire le ferite spirituali – con un ruolo proprio e insostituibile come

¹ Cfr. Mc 2,1-12. «Mentre Gesù sta predicando all’ingresso della casa, quattro uomini portano il loro amico paralitico da Gesù; e non potendo entrare, perché c’era tanta folla, fanno un buco nel tetto e calano la barella davanti a lui che sta predicando. “Gesù, vista la loro fede, disse al paralitico: Figliolo, ti sono rimessi i tuoi peccati” (v. 5). E poi, come segno visibile, aggiunse: “Alzati, prendi la tua barella e va’ a casa tua” (v. 11). (...) Gesù guarisce, ma non guarisce semplicemente la paralisi, guarisce tutto, perdona i peccati, rinnova la vita del paralitico e dei suoi amici. (...) Una guarigione fisica e spirituale, tutto insieme, frutto di un incontro personale e sociale» (FRANCESCO, *Udiienza generale*, 5 agosto 2020, «L’Osservatore Romano», 6 agosto 2020, p. 8). Gesù stesso ha affidato agli Apostoli il ministero di guarigione: «Chiamati a sé i suoi dodici discepoli, diede loro potere sugli spiriti impuri per scacciarli e guarire ogni malattia e ogni infermità. (...) Guarite gli infermi, risuscitate i morti, purificate i lebbrosi, scacciate i demòni» (Mt 10,1.8). Cfr. *Catechismus Catholicae Ecclesiae* (CCE), nn. 1506-1510.

dispensatrice della grazia risanante di Cristo mediante i sacramenti –, si è sempre sentita chiamata a curare anche le ferite corporali, consapevole del bisogno di prendersi cura della persona, specialmente se malata o anziana, in tutte le sue dimensioni.²

Sin dai primi tempi della vita della Chiesa, innumerevoli fedeli e istituzioni ecclesiali si sono occupati, come espressione della missione evangelizzatrice, di offrire alla persona malata e anziana, senza discriminazioni di razza, nazionalità o religione, una cura integrale, adeguata alla sua condizione di fragilità e alla sua dignità trascendente.³ E questo, molti secoli prima che sorgessero gli Stati moderni, i quali poi – in tempi peraltro relativamente recenti – hanno assunto la tutela della salute come un servizio pubblico, di cui si dovrebbero occupare non solo le istituzioni ecclesiali o di altro genere preesistenti, ma anche le istituzioni statali.⁴ Nell’assumersi tale responsabilità, gli Stati moderni – soprattutto quelli a maggioranza cristiana – si sono rivelati sensibili alla dignità trascendente della persona, favorendo – o comunque, non impedendo – l’azione pastorale della Chiesa all’interno delle istituzioni statali in favore di malati e anziani; come parimenti avviene con altre categorie di persone in situazioni in cui la cura della dimensione spirituale è particolarmente sentita, come evidenzia la presenza di ministri di

² «Diverse sono le forme gravi di sofferenza: malattie inguaribili e croniche, patologie psichiche, quelle che necessitano di riabilitazione o di cure palliative, le varie disabilità, le malattie dell’infanzia e della vecchiaia... In queste circostanze si avverte a volte una carenza di umanità e risulta perciò necessario personalizzare l’approccio al malato, aggiungendo al *curare* la *prendersi cura*, per una guarigione umana integrale. Nella malattia la persona sente compromessa non solo la propria integrità fisica, ma anche le dimensioni relazionale, intellettuale, affettiva, spirituale; e attende perciò, oltre alle terapie, sostegno, sollecitudine, attenzione... insomma, amore. Inoltre, accanto al malato c’è una famiglia che soffre e chiede anch’essa conforto e vicinanza» (FRANCESCO, *Messaggio per la XXVIII Giornata Mondiale del Malato*, 3 gennaio 2020, n. 2, «L’Osservatore Romano», 4 gennaio 2020, p. 8).

³ Nell’istituire l’11 febbraio, memoria della Beata Maria Vergine di Lourdes, come Giornata Mondiale del Malato, San Giovanni Paolo II osservava: «La Chiesa che, sull’esempio di Cristo, ha sempre avvertito nel corso dei secoli il dovere del servizio ai malati e ai sofferenti come parte integrante della sua missione (cfr. *Dolentium Hominum*, 1), è consapevole che “nell’accoglienza amorosa e generosa di ogni vita umana, soprattutto se debole e malata, vive oggi un momento fondamentale della sua missione” (*Christifideles Laici*, 38). Essa inoltre non cessa di sottolineare l’indole salvifica dell’offerta della sofferenza, che, vissuta in comunione con Cristo, appartiene all’essenza stessa della redenzione (cfr. *Redemptoris Missio*, 78)» (*Lettera istitutiva della Giornata Mondiale del Malato*, 13 maggio 1992, n. 2, «Insegnamenti di Giovanni Paolo II» 15/1 [1992], p. 1410).

⁴ «Nel Medioevo, chiese e poteri politici laici, come le città, organizzarono l’assistenza ospedaliera: le prime istituzioni di questo tipo si svilupparono in prossimità di sedi episcopali e monasteri e lungo gli itinerari di pellegrinaggio (...). Nel 20° secolo si è sempre di più affermata la concezione per cui la medicina e la cura degli ammalati sono un servizio pubblico esercitato dallo Stato nell’interesse generale» («Sanità pubblica», in *Dizionario di Storia [Trecani]*, in treccani.it/enciclopedia/sanita-pubblica_%28Dizionario-di-Storia%29).

culto, non solo nelle case di cura, ma anche nell'esercito, nelle carceri e nei centri educativi istituiti dallo Stato.⁵

Le precedenti considerazioni possono forse apparire eccessive per introdurre un breve studio sulla cura pastorale dei fedeli in caso di pandemia. Ritengo, tuttavia, opportuno, a modo di premessa, mettere in risalto la nativa responsabilità della Chiesa nella cura integrale della persona, affinché sia adeguatamente riconosciuta da tutti, anche dalle autorità dello Stato. Una responsabilità certamente non esclusiva, ma sì originaria e non dipendente da nessuno che, come ha fatto per tanti secoli, dovrebbe poter esercitare con la giusta autonomia – in senso giuridico –, in armonia con le autorità dello Stato, al quale va riconosciuta una responsabilità altrettanto originaria, ma non esclusiva, nella tutela della salute, non solo corporale, di tutta la popolazione – cattolici compresi –, nel rispetto della dignità trascendente della persona e della libertà religiosa di tutti.⁶

Non è, comunque, scopo di questo studio esaminare la questione sotto i profili sociologici o fenomenologici, o dal punto di vista dei diritti umani, o dei rapporti Chiesa-Stato,⁷ magari valutando, col senno di poi, ciò che è stato concretamente fatto o non fatto dai pastori e dalle autorità dello Stato dei diversi Paesi nelle varie fasi della pandemia del Covid-19.⁸ Il presente studio,

⁵ Cfr. A. LICASTRO, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁶ «Una società giusta può essere realizzata soltanto nel rispetto della dignità trascendente della persona umana. Essa rappresenta il fine ultimo della società, la quale è ad essa ordinata» (PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2004 [CDSC], n. 132. La dignità della persona e la sua libertà religiosa sono espressamente riconosciute nella maggior parte delle Costituzioni degli Stati moderni, così come la libertà e la giusta autonomia della Chiesa, le cui attività pubbliche, da esercitare in concerto con le autorità statali, sono di norma regolate, anche in ciò che riguarda il culto e la religione, nei concordati siglati tra la Santa Sede e i singoli Stati.

⁷ Cfr. R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

⁸ Senza pretendere di analizzare in questa sede l'esperienza della pandemia del Covid-19, in cui molti pastori si sono sentiti nel dovere di prendere la dolorosa decisione di sospendere in modo indefinito tutte le attività di culto e di religione alla presenza dei fedeli – come forse non era mai avvenuto prima, tranne in casi di persecuzione, di guerra o di straordinarie calamità naturali –, è comunque necessario tenerla presente, onde evitare che si ripetano errori di vario genere, sia per eccesso che per difetto. Nel primo caso, perché sono stati adottati provvedimenti, stabiliti dagli stessi pastori o imposti dalle autorità dello Stato, che poi si sono rivelati eccessivi, senza ammettere eventuali eccezioni in casi in cui, adottando adeguate misure di prudenza, sarebbe stato giusto farlo. Nel secondo caso, perché non sono state evitate condotte, rivelatesi poi di forte rischio per la salute fisica, con conseguenze fatali per i fedeli, per altre persone e per gli stessi pastori.

Come è noto, in molti casi tali provvedimenti, per quanto riguarda le attività pastorali, sono stati decisi indipendentemente dalle autorità ecclesiastiche. In tanti altri si è ritenuto

più semplicemente, è dedicato a considerare, sotto i profili canonici e pastorali – vale a dire, considerando i bisogni spirituali dei fedeli, i loro diritti e doveri e i correlativi diritti e doveri dei pastori, le norme ecclesiali vigenti e l’esperienza canonica e pastorale della Chiesa –, come si dovrebbe impostare in caso di pandemia l’azione dei pastori della Chiesa in favore dei fedeli e di tutti coloro che liberamente vogliono usufruirne.

A questo proposito, saranno considerati anzitutto i principi che dovrebbero guidare in questa peculiare congiuntura i pastori nell’esercizio dei loro *munera* – principalmente il *munus sanctificandi*, con qualche accenno ai *munera docendi et regendi* –; rilevando anche il ruolo delle autorità ecclesiali, uniche competenti per ordinare la cura pastorale e la liturgia. Saranno poi considerate brevemente le norme di diritto comune – e la possibilità di emanare norme di diritto speciale in caso di pandemia – sulla cura pastorale dei fedeli, specie se malati e anziani; senza dimenticare coloro che vivono ai margini della Chiesa e l’intera popolazione, nella consapevolezza che, se l’azione dei pastori è rivolta in primo luogo ai propri fedeli, la loro responsabilità riguarda la salute integrale di tutti. Anche di coloro che non prendono parte alla vita della Chiesa, i quali hanno il diritto – tutelato anche dallo Stato – a che non sia messa a rischio la loro incolumità a causa di attività proprie della cura pastorale che potrebbero favorire l’eventuale contagio tra i partecipanti, e poi la diffusione della malattia al resto della popolazione.

2. IL PRIMATO DELLA SALUS ANIMARUM, LA TUTELA DELLA SALUS CORPORUM E L’AEQUITAS CANONICA NELL’ESERCIZIO DELLA CURA PASTORALE IN CASO DI PANDEMIA

Per quanto riguarda i principi che dovrebbero ispirare l’azione dei pastori in caso di pandemia, non si può fare a meno di rievocare l’appello che chiude il *Codex iuris canonici* (CIC). Un doppio richiamo indirizzato alle autorità della

opportuno adeguarsi alle decisioni delle autorità dello Stato, che, di fronte ad una pandemia di cui non si conoscevano le modalità di diffusione e le possibili cure, hanno dovuto in qualche modo improvvisare e imporre misure inedite, fortemente restrittive delle libertà e dei diritti delle persone, seguendo il parere di esperti in materia sanitaria, che hanno consigliato di sospendere tutte le attività pubbliche o private – anche di carattere religioso – che potessero comportare il cosiddetto assembramento di persone. È anche noto che, soprattutto nelle fasi più drammatiche della pandemia, si è arrivati a chiudere i luoghi di culto, a interrompere celebrazioni liturgiche – svoltesi in modalità adeguate ad evitare qualunque rischio – e a impedire la cura spirituale dei malati e degli anziani – persino in pericolo di morte – o le esequie dei defunti, in circostanze in cui, col senno di poi, si sarebbero potute svolgere, seguendo misure simili a quelle adottate da medici e infermieri nella cura degli infetti o da coloro che hanno svolto il triste compito di seppellire i morti. Cfr., ad esempio, il dossier *Emergenza Coronavirus*, in olir.it/dossier/emergenza-coronavirus-e-liberta-di-religione; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, «Consulta OnLine» 2020/1, pp. 229-241: giurcost.org/studi/licastro.pdf.

Chiesa «a serbare l'*aequitas canonica* e ad avere presente *la salus animarum*, che nella Chiesa deve essere sempre la legge suprema». ⁹ Come è noto, il richiamo alla *salus animarum*, legge suprema nella Chiesa, è forse il più citato del CIC. Tutti i pastori sono, infatti, ben consapevoli che le norme ecclesiali vanno sempre osservate senza mettere in pericolo la *salus animarum*, anzi cercandola positivamente, quale scopo primario della funzione pastorale e fine ultimo della missione della Chiesa, nonché supremo principio ispiratore di tutto l'ordinamento canonico. ¹⁰

Espressioni, forse paradigmatiche, di questo principio nella normativa ecclesiale sono, da una parte, due canoni di portata generale, in cui si dichiara, nel primo, il diritto dei fedeli di ricevere (abbondantemente) dai pastori i beni spirituali della Chiesa, soprattutto la parola di Dio e i sacramenti; ¹¹ e si stabilisce, nel secondo, il relativo dovere dei pastori d'anime di non negare i sacramenti a coloro che li chiedano opportunamente e di curare, con l'aiuto degli altri fedeli, che siano debitamente preparati a riceverli. ¹² Dall'altra, i canoni sulle funzioni pastorali del parroco, ¹³ in cui è stato tradotto nel linguaggio giuridico il fulcro della missione di salvezza della Chiesa, stabilendo come specifici «doveri del parroco» le varie fun-

⁹ «Nelle cause di trasferimento si applichino le disposizioni del can. 1747, *attenendosi a principi di equità canonica e avendo presente la salvezza delle anime, che deve sempre essere nella Chiesa la legge suprema*» (can. 1752 CIC). Il corsivo è mio. Anche se l'ultimo canone del CIC, in fondo al capitolo sul trasferimento dei parroci, è rivolto ai Vescovi diocesani nel trattare queste cause, l'esigenza di serbare l'*aequitas canonica* e di avere presente la *salus animarum* – «*servata aequitate canonica et prae oculis habita salute animarum*» – è ovviamente estensibile a tutte le autorità ecclesiali e ad ogni genere di cause.

¹⁰ Cfr. M. DEL POZZO, *Salus animarum*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII, a cura di J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 134-139; J. HERRANZ, *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, «*Ius Ecclesiae*» 12 (2000), pp. 291-306; P. MONETA, *La salus animarum nel dibattito della scienza canonistica*, in *ibid.*, pp. 307-326; M. C. J. ERRÁZURIZ, *La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona*, in *ibid.*, pp. 327-341; J. I. ARRIETA, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *ibid.*, pp. 343-374.

¹¹ «I fedeli hanno il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla parola di Dio e dai sacramenti» (can. 213 CIC); trascrizione quasi letterale di una dichiarazione del Concilio Vaticano II: «I laici, come tutti i fedeli, hanno il diritto di ricevere *abbondantemente* dai sacri Pastori i beni spirituali della Chiesa, soprattutto gli aiuti della parola di Dio e dei sacramenti» (*Lumen gentium*, n. 37). Il corsivo è mio.

¹² «§ 1. I ministri sacri non possono negare i sacramenti a coloro che li chiedano opportunamente, siano ben disposti e non ne abbiano dal diritto la proibizione di riceverli. § 2. I pastori d'anime e gli altri fedeli, ciascuno secondo i compiti che ha nella Chiesa, hanno il dovere di curare che coloro che chiedono i sacramenti, siano preparati a riceverli mediante la dovuta evangelizzazione e formazione catechetica, in conformità alle norme emanate dalla competente autorità» (can. 843 CIC). Cfr., a proposito di entrambi i canoni appena citati, T. RINCÓN-PÉREZ, *La liturgia e i sacramenti nel diritto della Chiesa*, Roma, EDUSC, 2018², pp. 130-136.

¹³ Cfr. cann. 519; 528-530 CIC.

zioni che integrano la cura pastorale dei fedeli e di tutte le persone presenti in parrocchia.¹⁴

Sono norme che acquistano un particolare rilievo in caso di pandemia, situazione nella quale vanno applicate con la necessaria prudenza, ma che non è proponibile considerare sospese, in attesa che l'emergenza sanitaria finisca. Conforme alla tradizione pastorale della Chiesa, anche in caso di malattie infettive i pastori d'anime sono chiamati a svolgere la propria missione in favore di tutti,¹⁵ nella consapevolezza del primato della *salus omnium animarum*, ma anche della necessità di tutelare la *salus omnium corporum*. Entrambe – *salus animae et salus corporis* – fanno parte della salute integrale della persona e vanno perseguite dai pastori simultaneamente, in caso di pandemia, in sinergia con le autorità dello Stato, soprattutto per quanto riguarda le misure di protezione e prevenzione da adottare nell'esercizio della loro missione.¹⁶ In questo senso, la *salus corporum* può essere considerata – insieme alla *salus animarum* – principio ispiratore dell'azione dei pastori in caso di pandemia, soprattutto in ciò che riguarda le attività catechetiche o le celebrazioni liturgiche, in cui la vicinanza tra ministri e fedeli potrebbe diventare occasione di contagio.

Non è, invece, tanto citato come il richiamo alla *salus animarum*, ma non deve affatto essere dimenticato, specie in caso di pandemia, il richiamo dell'ultimo canone del CIC all'*aequitas canonica*, quale imprescindibile criterio d'applicazione dei principi generali del diritto¹⁷ e di tutte le norme ecclesiali. È sempre necessario, infatti, tener conto delle circostanze del caso concreto e ponderare con equilibrio e proporzionalità tutti i beni in gioco: anzitutto la *salus animarum*,¹⁸ ma anche, in caso di pandemia, la *salus corporum* delle persone direttamente coinvolte e di tutta la popolazione.

¹⁴ Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *Comentario cann. 519, 528-530*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II/2, a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, Pamplona, EUNSA, 2002³, pp. 1228-1234; 1263-1271.

¹⁵ Una missione che, in caso di pandemia, acquista una particolare urgenza nei confronti dei fedeli che si sono allontanati dalla pratica religiosa e vivono ai margini della comunità cristiana e di coloro che non professano la vera fede. Cfr. FRANCESCO, *Esort. ap. Evangelii gaudium*, sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale, 24 novembre 2013, nn. 19-24, «AAS» 105 (2013), pp. 1019-1137.

¹⁶ Sarebbe, infatti, fuorviante contrapporre *salus animae* e *salus corporis*, come se fossero beni impossibili da tutelare simultaneamente. Ugualmente fuorviante sarebbe affermare che alla Chiesa compete solo la prima e allo Stato solo la seconda. Stato e Chiesa, ciascuno nel proprio ambito, devono concorrere armonicamente alla salute e allo sviluppo integrale della persona.

¹⁷ Cfr. can. 19 CIC.

¹⁸ Circa l'intima connessione tra l'*aequitas canonica* e la *salus animarum* nell'ordinamento canonico, cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Equità canonica*, in *Enciclopedia Giuridica (Treccani)*, XII, Roma, 1989, pp. 1-5; J. HERRANZ, *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, cit., p. 294; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto; possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 375-418, specialmente pp. 382-391.

Come accade in tutte le legislazioni umane, anche nella legislazione della Chiesa, esistono norme, la cui applicazione *tout court* in determinati casi e circostanze sarebbe semplicemente inadeguata, oppure dura, insensibile, in definitiva ingiusta e persino iniqua. Consapevole di ciò, il legislatore canonico ha inserito nel CIC espliciti richiami ad agire con equità in determinati casi,¹⁹ ed ha altresì stabilito delle vere “norme equitative”, in cui si prevedono delle eccezioni o delle alternative ad alcune norme, soprattutto quando si danno situazioni di bisogno, come sono – secondo la classica terminologia canonica – i casi di (grave) “incomodo”,²⁰ di (grave) “necessità”²¹ e di (imminente) “pericolo di morte”.²²

Sono tutte disposizioni di diritto comune in cui si rivela il fondamentale principio morale e giuridico, ispirato all'*aequitas canonica: lex positiva non obligat cum gravi incommodo*, la cui portata generale è pacificamente ammessa da tutti i moralisti e canonisti, anche se non è stato espressamente codificato.²³ Un principio di particolare operatività in caso di pandemia, in cui concorrono tutte le situazioni di bisogno accennate, essendo in pericolo con speciale urgenza e drammaticità la *salus omnium animarum et corporum* – la salute integrale dell'intera popolazione –, a cominciare dai malati e dagli anziani, dal personale sanitario, dagli stessi pastori e da tutti coloro che svolgono un servizio pubblico. Ed è per ciò necessario ponderare tutti i beni in gioco, per agire con la giusta proporzionalità, in attenzione alle concrete circostanze di ogni caso.²⁴

¹⁹ Cfr. cann. 221 § 2; 271 § 3; 686 § 3; 702 § 2; 1148 § 3 CIC.

²⁰ Un chiaro esempio di “norma equitativa” è contenuto nel can. 1747 CIC, richiamato dal can. 1752, prima citato. Sebbene nel § 1 si prescrive in modo perentorio: «Il parroco rimosso [e quindi anche il parroco trasferito] deve (...) quanto prima lasciare libera la casa parrocchiale (...)», nel § 2 si chiede al Vescovo chiamato ad esigere tale adempimento: «Se poi si tratta di un infermo, che dalla casa parrocchiale non può trasferirsi altrove senza incomodo (*sine incommodo*), il Vescovo gliene consenta l'uso anche esclusivo, finché perdura tale necessità (*necessitate durante*)». Cfr. anche cann. 1065 § 1; 1116 § 1; 1323,4°; 1324 § 1,5° CIC.

²¹ Cfr. cann. 122,1°; 230 § 3; 231 § 2; 271 § 1; 490 § 2; 844 §§ 2 e 4; 847 § 1; 850; 853; 857 § 1; 860; 861 § 2; 862; 884 § 1; 905 § 2; 911 § 2; 925; 932 § 1; 935; 961 § 1,2°; 986 § 2; 999,2°; 1000 § 1; 1003 § 3; 1071 § 1; 1119; 1263; 1315 § 3; 1323,4°; 1324 § 1,5°; 1345; 1421 § 2 CIC. Buona parte di questi casi riguardano la celebrazione dei sacramenti e la cura pastorale dei fedeli.

²² Cfr. cann. 530, 2°; 566 § 1; 844 § 4; 865 § 2; 867 § 2; 868 § 2; 883,3°; 889 § 2; 891; 913 § 2; 921; 961 § 1,1°; 976; 977; 986 § 2; 1068; 1079; 1116 § 1,1°; 1335; 1352 CIC. Tutti i casi riguardano la celebrazione dei sacramenti.

²³ Tale principio è comunque implicito in non pochi dei canoni appena citati. Cfr., ad esempio, cann. 1065 § 1; 1116 § 1; 1323,4°; 1324 § 1,5°.

²⁴ Di particolare interesse in proposito è l'ordinanza del 10 aprile 2020 del *Bundesverfassungsgericht* della Germania, che ha sospeso il generale divieto di riunione nelle chiese, stabilito dal governo del *Land Hessen*, allegando che un tale divieto viola gravemente la libertà religiosa e che il suo carattere generale non sarebbe giustificato. Secondo l'Alto Tribunale di Karlsruhe, bisognerebbe agire con maggiore ponderazione e proporzionalità – tutelando la salute senza violare la libertà religiosa – e tenendo conto del grado di diffusione della pande-

Senza dimenticare i principi fondamentali della dottrina sociale cattolica, che dovrebbero guidare le autorità pubbliche e i responsabili della società nel loro agire,²⁵ sembrano questi – la *salus animarum*, la *salus corporum* e l'*aequitas canonica* – i principi che dovrebbero guidare in caso di pandemia i pastori nell'adempimento della loro missione. Un compito – come si è detto – che devono svolgere in armonia e concerto con le autorità dello Stato, senza dimenticare però le proprie responsabilità, né rinunciare alla legittima autonomia della Chiesa nel regolare le proprie attività, soprattutto quelle, per le quali le autorità ecclesiali hanno una competenza esclusiva.

3. LA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLE AUTORITÀ ECCLESIALI PER REGOLARE LA CURA PASTORALE E LA LITURGIA

In effetti, tenendo presente l'esperienza della pandemia del Covid-19, sembra opportuno ricordare a tutti – a pastori e fedeli, a cristiani e non cristiani, nonché alle autorità statali e ai loro consulenti sanitari – che regolare la cura pastorale e, più concretamente, la liturgia compete *unicamente* alle autorità della Chiesa, vale a dire alla Sede Apostolica, per la Chiesa universale, e al Vescovo diocesano, a norma del diritto, per la Chiesa particolare a lui affidata, come ha dichiarato con lampante chiarezza il Concilio Vaticano II ed è stabilito dalla vigente legge canonica.²⁶ Anche, ovviamente, in caso di

mia nei vari luoghi. Cfr. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020, 1 BvQ 28/20, Rn. 1-16, in bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html.

²⁵ Nella sua prima catechesi sulla pandemia, Papa Francesco ha osservato «Nel corso dei secoli, e alla luce del Vangelo, la Chiesa ha sviluppato alcuni principi sociali che sono fondamentali (cfr. CDSC, nn. 160-208), principi che possono aiutarci ad andare avanti, per preparare il futuro di cui abbiamo bisogno. Cito i principali, tra loro strettamente connessi: il principio della dignità della persona, il principio del bene comune, il principio dell'opzione preferenziale per i poveri, il principio della destinazione universale dei beni, il principio della solidarietà, della sussidiarietà, il principio della cura per la nostra casa comune. Questi principi aiutano i dirigenti, i responsabili della società a portare avanti la crescita e anche, come in questo caso di pandemia, la guarigione del tessuto personale e sociale. Tutti questi principi esprimono, in modi diversi, le virtù della fede, della speranza e dell'amore» (*Udienza generale*, 5 agosto 2020, cit.).

²⁶ «Regolare la sacra liturgia compete *unicamente* all'autorità della Chiesa, la quale risiede nella Sede apostolica e, a norma del diritto, nel Vescovo. (...) Di conseguenza assolutamente nessun altro, anche se sacerdote, osi, di sua iniziativa, aggiungere, togliere o mutare alcunché in materia liturgica» (*Sacrosanctum Concilium*, n. 22,1 e 3). Dichiarazioni formulate dalla vigente legge canonica nei seguenti termini: «Regolare la sacra liturgia dipende *unicamente* dall'autorità della Chiesa: ciò compete propriamente alla Sede Apostolica e, a norma del diritto, al Vescovo diocesano. (...) Al Vescovo diocesano nella Chiesa a lui affidata spetta, entro i limiti della sua competenza, dare norme in materia liturgica, alle quali tutti sono tenuti» (can. 838 §§ 1 e 4 CIC); «Nella celebrazione dei sacramenti, si seguano fedelmente i libri liturgici approvati dalla competente autorità; perciò nessuno aggiunga, tolga o muti alcunché di sua iniziativa» (can. 846 CIC). Il corsivo è mio. Cfr. T. RINCÓN-PÉREZ, *La liturgia e i sacramenti nel diritto della Chiesa*, cit., pp. 82-87.

pandemia,²⁷ in cui sono di applicazione, in primo luogo, le norme del diritto comune per i casi di bisogno in materia pastorale e liturgica e, in secondo luogo, le eventuali norme speciali che l'autorità ecclesiale, universale o locale, ritenga opportuno emanare per il caso di pandemia, in conformità con le legittime disposizioni date dalle autorità statali per situazioni analoghe.²⁸ Senza dimenticare poi, in caso di pandemia, il generale richiamo all'*aequitas canonica*, nonché i numerosi esempi di «norme equitative» che l'attuale normativa ecclesiale offre, soprattutto in materia sacramentale, in caso di (grave) incomodo, di (grave) necessità o di (imminente) pericolo di morte, nelle quali la decisione sul da farsi nel caso concreto è affidata al giudizio dell'autorità locale o dello stesso ministro dei sacramenti. Sono tutte disposizioni *de lege lata*, che già permettono una notevole flessibilità nell'azione dei pastori, nel discernere in caso di pandemia come tutelare, con ponderazione e proporzionalità, sia la *salus animarum* che la *salus corporum*.

De lege ferenda, non è da escludere che la Sede Apostolica ritenga conveniente emanare norme speciali in caso di pandemia,²⁹ allo scopo di favorire

²⁷ Come ha ricordato la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti (CCDDS) in occasione della pandemia del Covid-19: «Le norme liturgiche non sono materia sulla quale possono legiferare le autorità civili, ma soltanto le competenti autorità ecclesiastiche (cfr. *Sacrosanctum Concilium*, n. 22)» (*Lettera ai Presidenti delle Conferenze Episcopali della Chiesa Cattolica sulla celebrazione della liturgia durante e dopo la pandemia del Covid-19*, 15 agosto 2020, «L'Osservatore Romano», 13 settembre 2020, p. 7).

²⁸ In nessun caso si dovrebbe permettere – come è purtroppo avvenuto in alcuni Paesi durante la pandemia del Covid-19 – che siano le autorità statali a stabilire se o come si possono svolgere le celebrazioni liturgiche. Certamente lo Stato può chiedere e perfino reclamare alla Chiesa di adottare nella liturgia misure di protezione e prevenzione simili a quelle stabilite dallo Stato per situazioni analoghe, ma solo le autorità ecclesiali competenti – secondo il diritto vigente, *unicamente* la Sede Apostolica e il Vescovo diocesano – sono legittimate a stabilirle. Nessun altro può farlo, senza ledere la legittima libertà e la giusta autonomia della Chiesa, se non abusando – anche con le migliori intenzioni – del proprio potere e andando oltre le proprie legittime competenze. Come ha osservato la CCDDS, di fronte a palesi abusi subiti in diverse nazioni: «Si confida nell'azione prudente ma ferma dei Vescovi perché la partecipazione dei fedeli alla celebrazione dell'Eucaristia non sia derubricata dalle autorità pubbliche a un "assembramento", e non sia considerata come equiparabile o persino subordinabile a forme di aggregazione ricreative» (*ibid.*).

²⁹ Ad esempio, mediante un apposito «Direttorio per la cura pastorale in caso di pandemia» e, dunque, non solo con esortazioni e suggerimenti, o con decisioni puntuali, sempre e comunque opportune, come si è fatto nel 2020 e nel 2021, per concedere speciali indulgenze ai fedeli malati, ai loro familiari e a coloro che se ne prendono cura (cfr. PENITENZIERIA APOSTOLICA [PA], *Decreto*, 19 marzo 2020, «L'Osservatore Romano», 20-21 marzo 2020, pp. 1 e 7), per offrire orientamenti sul sacramento della Riconciliazione (cfr. *Id.*, *Nota circa il sacramento della Riconciliazione nell'attuale situazione di pandemia*, 19 marzo 2020, in *ibid.*, p. 7), per regolare le celebrazioni della Settimana Santa (cfr. CCDDS, *Decreto. In tempo di Covid-19*, 25 marzo 2020, Prot. N. 154/20 in cultodivino.va/content/cultodivino/it/documenti/decreti-generalis/decreti-generalis/2020/decreto-triduo-pasquale-2020-ii.html; *Nota ai Vescovi e alle Conferenze Episcopali circa le celebrazioni della Settimana Santa 2021*, 17 febbraio 2021, Prot.

una certa uniformità di criterio per la Chiesa universale, consentendo al contempo che le autorità ecclesiali e i singoli pastori delle varie nazioni possano far fronte alle loro responsabilità con l'opportuna flessibilità.³⁰ In queste norme, ad esempio, si potrebbero determinare alcune competenze in materia liturgica da concedere alle Conferenze Episcopali in caso di pandemia,³¹ così come si potrebbero concedere facoltà speciali di valutazione e di decisione nel caso concreto, non solo all'Ordinario del luogo – come è già previsto dal diritto comune in alcuni casi urgenti –, ma anche a qualsiasi Ordinario, al parroco o al ministro dei sacramenti, quando non risulti agevole o opportuno consultare l'Ordinario del luogo, a causa di eventuali restrizioni stabilite dalle autorità statali o da altri soggetti, che non tengano nel debito conto la necessità di tutelare la *salus animarum*.³²

In modo analogo, appare opportuno che ogni Vescovo diocesano, esercitando la sua competenza, nel rispetto del diritto comune e dell'eventuale diritto speciale emanato dalla Sede Apostolica o, nell'ipotesi, dalla Conferenza Episcopale – ma senza eludere le proprie responsabilità –, dia indicazioni normative ai parroci, ai sacerdoti e agli altri operatori pastorali, affinché, tenendo conto dello sviluppo della pandemia nella propria diocesi, agiscano concordemente e con una certa unità di criterio, onde evitare disparità di trattamento nei casi simili o tipizzati, e con la giusta flessibilità e creatività nei casi eccezionali o atipici.

N. 96/21, in cultodivino.va/content/cultodivino/it/documenti/note/nota-settimana-santa-2021.html) o l'imposizione delle ceneri (cfr. Id., *Nota sul Mercoledì delle ceneri*, 12 gennaio 2021, Prot. N. 17/21 in cultodivino.va/content/cultodivino/it/documenti/note/nota-mercoledi-delle-ceneri/italiano.html).

³⁰ Si pensi, ad esempio, al diverso modo in cui dovrebbero comportarsi le autorità ecclesiali e i singoli pastori nei Paesi dove si riconosce, *de iure* o almeno *de facto*, la legittima autonomia della Chiesa, o in quelli in cui tale autonomia, *de iure* o *de facto*, non viene rispettata.

³¹ Come affermò il Concilio: «In base ai poteri concessi dal diritto, regolare la liturgia spetta, entro limiti determinati, anche alle competenti assemblee episcopali territoriali di vario genere legittimamente costituite» (*Sacrosanctum Concilium*, n. 22,2). Tuttavia, secondo la normativa vigente, in materia liturgica, oltre alla preparazione, approvazione e pubblicazione dei libri liturgici nelle lingue correnti (cfr. can. 838 § 3 CIC), alle Conferenze Episcopali spettano solo alcuni aspetti concreti di scarsa rilevanza in caso di pandemia, tranne – eventualmente – i criteri concordati per l'assoluzione collettiva in caso di grave necessità, dei quali il Vescovo diocesano dovrà tener conto (cfr. cann. 961 § 2; 455 §§ 1-2 CIC; PA, *Nota circa il sacramento della Riconciliazione nell'attuale situazione di pandemia*, cit.).

³² Si pensi, ad esempio, al caso estremo in cui le autorità statali decidessero la chiusura delle chiese e un divieto assoluto di movimento, anche ai ministri di culto, mentre si permettono altre attività ritenute essenziali dalle stesse autorità, oppure – come è purtroppo avvenuto – i responsabili di una casa di cura per malati o anziani, statale o non, vietassero l'accesso al sacerdote per offrire aiuto spirituale a coloro che lo chiedono, mentre si consente – come non potrebbe essere altrimenti – alle persone incaricate della loro cura materiale, adottando ovviamente le misure di protezione e prevenzione opportune.

In questo modo, si potrebbero determinare con chiarezza le responsabilità e le competenze di ciascuno – dal Vescovo diocesano all'ultimo operatore pastorale –, dando, allo stesso tempo, spazio all'*aequitas canonica*, per applicare con la giusta flessibilità le norme comuni e le eventuali norme speciali – nonché le legittime disposizioni delle autorità statali –, tenendo conto delle circostanze di ogni caso concreto, per promuovere nel miglior modo possibile la *salus animarum*, senza mettere in pericolo la *salus corporum*.

4. L'ESERCIZIO DELLA CURA PASTORALE IN CASO DI PANDEMIA TRA NORME COMUNI ED EVENTUALI NORME SPECIALI

Come si è detto, lo scopo di questo studio non è esaminare le concrete modalità adottate dai pastori nell'esercizio della loro missione durante la pandemia del Covid-19 né tanto meno suggerirne altre. L'intento, piuttosto, è quello di offrire alcuni spunti di riflessione, alla luce della tradizione pastorale della Chiesa, della normativa canonica in vigore e delle esperienze positive e negative maturate durante la pandemia del Covid-19, che possano essere di eventuale ispirazione per i singoli pastori d'anime nell'esercizio della cura pastorale dei fedeli, malati e sani; anche di coloro che vivono ai margini o al di fuori della comunità cristiana e hanno, perciò, particolare bisogno di ricevere i beni spirituali della Chiesa. Forse alcune delle riflessioni esposte potrebbero anche ispirare le autorità ecclesiali nella loro difficile missione di guidare i fedeli e i pastori d'anime, con orientamenti pratici e, se lo ritengono opportuno, con norme speciali per il caso di pandemia.

In ogni caso, prima di pensare ad eventuali norme speciali, conviene riflettere su come aiutare pastori e fedeli, nelle peculiari circostanze di una pandemia, a compiere la missione ricevuta da Cristo di proporre a tutti il messaggio di salvezza,³³ attuando – ognuno secondo il proprio ruolo – quanto dichiarano o stabiliscono le norme del diritto comune sulla cura pastorale di coloro che si trovano in situazioni di bisogno spirituale o materiale.

Innanzitutto, ci si dovrebbe adoperare per garantire, per quanto possibile, a tutti i fedeli – *in primis*, ai malati e agli anziani, specie se in pericolo di

³³ Non va, infatti, trascurato, nel corso di una pandemia, quanto il Concilio Vaticano II, nell'*incipit* dei suoi principali documenti, ha voluto ricordare sulla missione della Chiesa – pastori e fedeli – nel mondo contemporaneo: «Le gioie e le speranze, le tristezze e le angosce degli uomini d'oggi, dei poveri soprattutto e di tutti coloro che soffrono, sono pure le gioie e le speranze, le tristezze e le angosce dei discepoli di Cristo, e nulla vi è di genuinamente umano che non trovi eco nel loro cuore. La loro comunità, infatti, è composta di uomini i quali, riuniti insieme nel Cristo, sono guidati dallo Spirito Santo nel loro pellegrinaggio verso il regno del Padre, ed hanno ricevuto un messaggio di salvezza da proporre a tutti. Perciò la comunità dei cristiani si sente realmente e intimamente solidale con il genere umano e con la sua storia» (*Gaudium et spes*, n. 1). Cfr. anche *Lumen gentium*, n. 1.

morte, poi ai sani – gli aiuti derivanti dalla parola di Dio e dai sacramenti.³⁴ Un compito certamente impegnativo, che ricade su tutta la comunità ecclesiale e sui pastori d'anime, e in modo del tutto speciale sul parroco, pastore proprio della comunità parrocchiale affidatagli, con la collaborazione di altri ministri sacri e l'apporto di altri fedeli,³⁵ sotto la guida e l'autorità del Vescovo diocesano.³⁶ In effetti, sebbene tutti i fedeli, ciascuno secondo il proprio ruolo, siano responsabili in caso di pandemia della salute spirituale e materiale di tutti, è anche chiaro che i principali responsabili della cura pastorale sono il Vescovo diocesano, nella propria Chiesa particolare, e il parroco, nella propria parrocchia.

Secondo il diritto comune, al Vescovo diocesano compete la promozione e la tutela della *salus animarum* di tutte le persone presenti in diocesi,³⁷ sia vigilando sulla retta ed equa applicazione della normativa universale,³⁸ o emanando norme particolari, sia anche in modo operativo, esortando e agendo in prima persona, consapevole del suo dovere di impegnarsi a «promuovere con ogni mezzo la santità dei fedeli», adoperandosi «di continuo perché i fedeli affidati alle sue cure crescano in grazia mediante la celebrazione dei sacramenti».³⁹ Ovviamente, in caso di pandemia, coadiuvato dal Vicario

³⁴ Cfr. can. 213 CIC (vedi *supra* nota 11).

³⁵ Ad esempio, nella preparazione ai sacramenti, secondo il can. 843 § 2 (vedi *supra* nota 12).

³⁶ Cfr. can. 519 CIC. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *Circa la portata della qualifica del parroco quale pastore proprio della comunità parrocchiale*, «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 217-230; ID., *L'apporto dei fedeli laici all'esercizio della cura pastorale della comunità parrocchiale*, in *Metodo, Fonti e Soggetti del Diritto Canonico*, a cura di J. I. Arrieta, G. P. Milano, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1999, pp. 1131-1156.

³⁷ «Nell'esercizio del suo ufficio di pastore, il Vescovo diocesano si mostri sollecito nei confronti di tutti i fedeli che sono affidati alla sua cura, di qualsiasi età, condizione o nazione, sia di coloro che abitano nel territorio sia di coloro che vi si trovano temporaneamente, rivolgendosi con animo apostolico anche verso coloro che per la loro situazione di vita non possono usufruire sufficientemente della cura pastorale ordinaria, come pure verso quelli che si sono allontanati dalla pratica religiosa» (can. 383 § 1 CIC).

³⁸ Esercitando anche la sua potestà di dispensare i fedeli dalle norme disciplinari, universali o particolari, escluse le leggi processuali o penali e quelle la cui dispensa è riservata in modo speciale alla Sede Apostolica o ad un'altra autorità, «ogniqualevolta egli giudichi che ciò giovi al loro bene spirituale» (can. 87 § 1 CIC). Vale a dire, in caso di pandemia, quando giudichi, con *aequitas canonica*, che ciò giovi alla *salus animarum* (*et corporum*).

³⁹ «Il Vescovo diocesano, consapevole di essere tenuto ad offrire un esempio di santità nella carità, nell'umiltà e nella semplicità di vita, si impegni a promuovere con ogni mezzo la santità dei fedeli, secondo la vocazione propria di ciascuno, ed essendo il principale dispensatore dei misteri di Dio, si adoperi di continuo perché i fedeli affidati alle sue cure crescano in grazia mediante la celebrazione dei sacramenti e perché conoscano e vivano il mistero pasquale» (can. 387). Il corsivo è mio. Un compito ancora più urgente e impegnativo in caso di pandemia, soprattutto verso coloro – fedeli o no – che sono in situazioni di periferia esistenziale e morale e sono in pericolo di morte. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La pastorale dei fedeli in situazioni di manifesta indisposizione morale*, «Ius Ecclesiae» 26 (2014), pp. 555-578.

generale, dagli eventuali Vicari episcopali, dal Consiglio presbiterale e dal Consiglio pastorale,⁴⁰ dovrà essere particolarmente attento alla *salus corporum*, senza dimenticare tuttavia il primato della *salus animarum*, guidando e sostenendo nel loro impegno i propri sacerdoti, primi suoi collaboratori nella missione pastorale, a cominciare dai parroci e dai cappellani delle case di cura per malati e anziani.⁴¹

Nella sua missione di guida, al Vescovo diocesano spetta dare indicazioni operative e pratiche, non solo su come devono comportarsi i pastori e i fedeli nelle attività proprie della cura pastorale e nella liturgia per evitare il contagio,⁴² ma anche su come vivere cristianamente la situazione di pandemia, ricordando il dovere di tutta la comunità cristiana di andare incontro alle necessità spirituali e materiali di tutti: *in primis*, dei malati, degli anziani, con una attenzione particolare a coloro che si trovano in situazione di periferia esistenziale o morale.

In comunione con la Sede Apostolica e in sintonia con gli altri membri della Conferenza Episcopale – anche per quanto riguarda i rapporti con le auto-

⁴⁰ Cfr. cann. 475-476; 495 § 1; 511 CIC. In caso di pandemia è sicuramente opportuno che siano chiamati a partecipare al Consiglio pastorale fedeli laici esperti in campo sanitario, ma non solo, come prevede la normativa canonica: «I laici che si distinguono per scienza adeguata, per prudenza e per onestà, sono idonei a prestare aiuto ai Pastori della Chiesa come esperti o consiglieri, anche nei consigli a norma del diritto» (can. 228 § 2 CIC). Come l'esperienza della pandemia del Covid-19 ha evidenziato, oltre al parere di medici e di esperti in epidemie, appare conveniente contare sul parere di esperti in diritto statale – per meglio tutelare, insieme al diritto alla salute, anche gli altri diritti, civili e religiosi – e in comunicazione – per informare adeguatamente i fedeli, le autorità statali e l'intera società delle misure prese in ambito ecclesiale per contrastare la pandemia, oppure, se fosse necessario, per denunciare pubblicamente eventuali abusi –.

⁴¹ Come suggerisce la PA, il Vescovo diocesano dovrebbe valutare «la necessità e l'opportunità di costituire, laddove necessario, in accordo con le autorità sanitarie, gruppi di “cappellani ospedalieri straordinari”, anche su base volontaria e nel rispetto delle norme di tutela dal contagio, per garantire la necessaria assistenza spirituale ai malati e ai morenti» (*Nota circa il sacramento della Riconciliazione nell'attuale situazione di pandemia*, cit.). Oltre al sostegno spirituale e materiale dei propri sacerdoti, può rendersi necessario un sostegno specifico in campo giuridico. Si pensi, ad esempio, alla necessità di difendere i sacerdoti – e i propri fedeli – da eventuali attuazioni illegittime da parte di qualche autorità statale, o di singoli agenti di polizia, o di soggetti privati, che pretendano di limitare in modo sproporzionato o discriminatorio il legittimo esercizio, con tutte le cautele sanitarie necessarie, del ministero ecclesiale e della libertà religiosa.

⁴² *Mutatis mutandis*, si possono applicare a tutte le celebrazioni sacramentali le indicazioni della PA circa il sacramento della Riconciliazione: «Nella presente emergenza pandemica, spetta pertanto al Vescovo diocesano indicare a sacerdoti e penitenti le prudenti attenzioni da adottare nella celebrazione individuale della riconciliazione sacramentale, quali la celebrazione in luogo areato esterno al confessionale, l'adozione di una distanza conveniente, il ricorso a mascherine protettive, ferma restando l'assoluta attenzione alla salvaguardia del sigillo sacramentale ed alla necessaria discrezione» (*ibid.*).

rità statali a livello nazionale⁴³ –, ma senza eludere le proprie responsabilità, il Vescovo diocesano dovrebbe adoperarsi, quanto prima, per istaurare efficaci canali di collaborazione con le autorità sanitarie locali. In dialogo con esse e aiutato dai propri collaboratori, dovrebbe improntare un protocollo di attuazione per l'esercizio della cura pastorale e la retta celebrazione dei sacramenti, in cui, avendo presenti la *salus animarum*, la *salus corporum* e l'*aequitas canonica*, e tenendo conto del grado di sviluppo della pandemia nella propria diocesi, siano tutelati i diritti dei fedeli e dei pastori, affinché possano esercitare la loro missione in favore di tutti.

Da parte sua, il parroco dovrebbe cercare di adempiere – per quanto possibile, in attenzione alla propria situazione e quella dei suoi collaboratori e alle concrete circostanze della propria parrocchia – le funzioni pastorali affidategli dalla normativa canonica⁴⁴ e le indicazioni ricevute dal proprio Vescovo.⁴⁵ Anche se i parroci, i cappellani e, in genere, i pastori d'anime sono per lo più abituati a esercitare la *cura animarum* in situazioni di emergenza,⁴⁶

⁴³ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Lett. ap. in forma di Motu proprio *Apostolos suos* sulla natura teologica e giuridica delle Conferenze dei Vescovi, 21 maggio 1998, n. 15, «AAS» 90 (1998), pp. 641-658.

⁴⁴ Cfr. cann. 528-529 CIC. Tra le disposizioni canoniche sulla cura pastorale del parroco, acquistano un indubbio rilievo in caso di pandemia le seguenti: «Per poter adempiere diligentemente l'ufficio di pastore, il parroco *cerchi di conoscere i fedeli affidati alle sue cure; perciò visiti le famiglie, partecipando alle sollecitudini dei fedeli, soprattutto alle loro angosce e ai loro lutti, confortandoli nel Signore; (...) assista con traboccante carità gli ammalati, soprattutto quelli vicini alla morte, nutrendoli con sollecitudine dei sacramenti e raccomandandone l'anima a Dio; con speciale diligenza sia vicino ai poveri e agli ammalati, agli afflitti, a coloro che sono soli, agli esuli e a tutti coloro che attraversano particolari difficoltà*» (can. 529 § 1 CIC). «Il parroco (...) si impegni in ogni modo, anche con la collaborazione dei fedeli, perché l'annuncio evangelico giunga anche a coloro che si sono allontanati dalla pratica religiosa o non professano la vera fede» (can. 528 § 1 CIC). Il corsivo è mio.

⁴⁵ Il quale potrebbe confermare le indicazioni del diritto comune sulle funzioni specialmente affidate al parroco (cfr. can. 530 CIC), oppure affidare temporaneamente alcune di esse a tutti i sacerdoti presenti in diocesi. Il Vescovo diocesano potrebbe, ad esempio, finché dura la pandemia, affidare a tutti i sacerdoti – e ai diaconi, nelle celebrazioni in cui anche loro sono ministri –, informando poi il parroco, le seguenti funzioni: amministrare il battesimo (cfr. can. 862 CIC); amministrare la confermazione a coloro che sono in pericolo di morte (cfr. can. 883,3° CIC); amministrare l'unzione degli infermi e il Viatico (cfr. can. 1003 CIC) e impartire la benedizione apostolica; assistere al matrimonio e benedire le nozze in caso di pericolo di morte (cfr. cann. 1068; 1071 § 1; 1079 CIC); e celebrare i funerali.

⁴⁶ I pastori d'anime conoscono molto bene le indicazioni relative alla cura pastorale in caso di (grave) incomodo, di (grave) necessità o di (imminente) pericolo di morte (vedi *supra*, note 20, 21 e 22); ma sarebbe molto opportuno farle conoscere anche ai fedeli, soprattutto a coloro che non partecipano abitualmente alla vita della Chiesa. Particolarmente toccanti sono le testimonianze dei sacerdoti impegnati negli ospedali, durante le fasi più acute della pandemia causata dal Covid-19, sull'azione della grazia nelle anime delle persone – credenti o non – contagiate dal virus. Cfr., ad esempio, I. CARVAJOSA, *Testimone privilegiato. Diario di un sacerdote in un ospedale Covid*, Castel Bolognese, Itaca, 2020.

la peculiarità di una pandemia rende necessario che si diano non solo indicazioni ai fedeli sulle modalità da adottare nell'esercizio della cura pastorale per tutelare la *salus corporum*, ma che venga opportunamente sottolineato il primato della *salus animarum* e la conseguente necessità di vivere il tempo di pandemia con spirito di fede, di speranza e di carità, esercitandosi nelle virtù cristiane e curando la propria vita spirituale con un maggiore impegno nella preghiera, nelle opere di carità e nel desiderio di ricevere la grazia dei sacramenti quando sarà possibile la loro celebrazione o, quando non sarà possibile, mediante il *votum sacramenti*.⁴⁷

Per quanto riguarda la celebrazione dei sacramenti con malati e anziani, positivi al virus, ricoverati in ospedali o fuori di essi, dovrebbe valere come criterio generale, che se il personale incaricato delle cure materiali può avvicinarsi a loro, adottando le precauzioni necessarie per evitare di diventare canali di diffusione del virus, anche il ministro dei sacramenti dovrebbe poterlo fare, adottando le stesse precauzioni.⁴⁸ In caso di (imminente) pericolo di morte, dentro o fuori degli ospedali, non dovrebbe mai essere impedita e negata l'attenzione spirituale e la celebrazione dei sacramenti a coloro che lo chiedono,⁴⁹ a meno che, per mancanza di mezzi idonei, sia davvero im-

⁴⁷ Sarebbe un paradossale controsenso curare con dovizia di particolari l'igiene materiale nel compimento dei segni sacramentali, senza curare altrettanto le disposizioni spirituali necessarie per ricevere la grazia dei sacramenti. Sulla base dell'esperienza della pandemia del Covid-19 in molti luoghi, non sembra fuori posto, al contrario, che i pastori d'anime, nel trasmettere ai fedeli le misure igieniche sanitarie da seguire nelle celebrazioni sacramentali, siano ancora più solleciti nel ricordare l'importanza di prepararsi nel miglior modo possibile a ricevere la grazia dei sacramenti. Con parole di San Giovanni Crisostomo: «Dimmi: oseresti accostarti al sacrificio senza esserti lavato le mani? Io non penso: preferiresti piuttosto non accostarti addirittura anziché farlo con mani sudicie. Quindi, tu che nel piccolo sei così rispettoso, ti accosti avendo un'anima sudicia e osi toccare? (...) E che? Non vedi che i recipienti sono tanto puliti e splendenti? Bisogna che le nostre anime siano più pure, più sante e più splendenti di questi» (*Omelie sulla Lettera agli Efesini*, 3,4, traduzione di D. Ciarlo, Roma, Città Nuova, 2019, p. 61).

⁴⁸ Come ha rilevato la Segreteria Generale della Conferenza Episcopale Italiana (CEI) in occasione del Covid-19: «La storia della Chiesa testimonia che, in situazioni estreme di guerra o di epidemia, i sacerdoti non sempre hanno potuto avvicinarsi ai fedeli che necessitavano di ricevere i sacramenti indefettibili, ma tutte le volte che è stato possibile lo hanno fatto con gli accorgimenti e le dotazioni che avevano a disposizione» (*Suggerimenti per la celebrazione dei sacramenti in tempo di emergenza Covid-19*, 17 marzo 2020, in chiciseparera.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/59/2020/03/Sacramenti_SegreteriaCEI.pdf).

⁴⁹ In una prospettiva di fede, non è possibile rimanere passivi di fronte alla palese e grave ingiustizia che suppone impedire – come è purtroppo accaduto in alcuni casi durante la pandemia del Covid-19 – di ricevere i sacramenti a chi li chiede in situazione di (imminente) pericolo di morte, essendo disponibili sacerdoti che possono adottare le stesse precauzioni di coloro che portano ai morenti cure materiali. Come ha ricordato, durante la pandemia del Covid-19, la Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF): «Il momento della morte è un passo decisivo dell'uomo nel suo incontro con Dio Salvatore. La Chiesa è chiamata ad accom-

possibile, senza mettere in pericolo la vita del ministro o di altre persone, oppure le particolari condizioni del malato o altre circostanze la rendano impraticabile.⁵⁰

Tuttavia, se si verificasse questo caso estremo, il pastore dovrebbe adoperarsi con ogni mezzo, anche tramite altre persone,⁵¹ per ricordare ai fedeli moribondi che, nell'impossibilità di ricevere l'assoluzione sacramentale, possono ottenere il perdono dei peccati, anche mortali, con un atto di contrizione perfetta, unito al *votum confessionis*.⁵²

Il principio per cui è possibile ottenere il perdono dei peccati, anche per chi è fuori pericolo, ma impossibilitato a ricevere il sacramento, dovrebbe essere ricordato ai propri fedeli dai pastori d'anime, specie in tempo di pandemia.⁵³ Ugualmente sarebbe opportuno ricordare l'efficacia, *mutatis mu-*

pagnare spiritualmente i fedeli in questa situazione, offrendo loro le "risorse sananti" della preghiera e dei sacramenti. Aiutare il cristiano a viverlo in un contesto d'accompagnamento spirituale è un atto supremo di carità. (...) "Nessun credente dovrebbe morire nella solitudine e nell'abbandono" (BENEDETTO XVI, *Discorso al Congresso della Pontificia Accademia per la Vita sul tema "Accanto al malato inguaribile e al morente: orientamenti etici e operativi"*, 25 febbraio 2008, «AAS» 100 [2008], p. 171). (...) Ogni uomo ha il diritto naturale di essere assistito in quest'ora suprema secondo le espressioni della religione che professa. Il momento sacramentale è sempre culmine di tutto l'impegno pastorale di cura che precede e fonte di tutto ciò che segue. La Chiesa chiama sacramenti "di guarigione" la Penitenza e l'Unzione degli infermi, che culminano nell'Eucaristia come "viatico" per la vita eterna. Mediante la vicinanza della Chiesa, il malato vive la vicinanza di Cristo che lo accompagna nel cammino verso la casa del Padre (cfr. Gv 14, 6) e lo aiuta a non cadere nella disperazione, sostenendolo nella speranza, soprattutto quando il cammino si fa più faticoso» (Lett. *Samaritanus bonus* sulla cura delle persone nelle fasi critiche e terminali della vita, 14 luglio 2020, n. 10, in vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20200714_samaritanus-bonus_it.html).

⁵⁰ In caso di dubbio, il ministro dei sacramenti dovrebbe attenersi – con sicura coscienza – alle indicazioni dei medici e del responsabile della realtà pastorale del luogo.

⁵¹ In questi casi eccezionali, osserva la CDF, è comunque «importante che siano formati ad un tale accompagnamento cristiano anche i medici e gli operatori sanitari, poiché vi possono essere circostanze particolari che rendono assai difficoltosa un'adeguata presenza dei sacerdoti al capezzale dei malati terminali» (*ibid.*).

⁵² Così lo ha ricordato la PA in occasione del Covid-19: «Laddove i singoli fedeli si trovassero nella dolorosa impossibilità di ricevere l'assoluzione sacramentale, si ricorda che la contrizione perfetta, proveniente dall'amore di Dio amato sopra ogni cosa, espressa da una sincera richiesta di perdono (quella che al momento il penitente è in grado di esprimere) e accompagnata dal *votum confessionis*, vale a dire dalla ferma risoluzione di ricorrere, appena possibile, alla confessione sacramentale, ottiene il perdono dei peccati, anche mortali (cfr. CCE, n. 1452)» (*Nota circa il sacramento della Riconciliazione nell'attuale situazione di pandemia*, cit.). Ugualmente opportuno sarebbe ricordare agli adulti non battezzati che il *votum baptismi* consente di ottenere i frutti di questo sacramento se si muore senza poterlo ricevere (cfr. CCE, n. 1258).

⁵³ Come ha fatto lo stesso Papa Francesco, durante la pandemia del Covid-19, con parole semplici, piene di senso pastorale: «Tanti mi diranno oggi: "Ma, padre, dove posso trovare un sacerdote, un confessore, perché non si può uscire da casa (...). Come posso fare se non

tandis, del *votum Eucharistiae*, per ottenere la grazia della piena unione con Cristo, quando non è possibile ricevere la sacra Comunione.⁵⁴ Il che non esime i pastori d'anime dal rendersi disponibili per andare incontro ai bisogni dei propri fedeli – anche di quelli sani, ma che non possono uscire di casa e andare in chiesa per disposizioni delle autorità statali, per disabilità fisica o per paura del contagio –, che chiedono, ad esempio, il battesimo dei neonati – se la pandemia si protrae per un periodo prolungato –, la confessione sacramentale o la Comunione eucaristica – almeno qualche volta durante il tempo che dura la pandemia –.

Senza voler entrare in questa sede nelle concrete modalità da adottare nelle celebrazioni dei singoli sacramenti per evitare il contagio, potrebbero valere come criteri generali di attuazione nella prassi sacramentale, quelli indicati, durante la pandemia del Covid-19, dalla Segreteria Generale della CEI ai sacerdoti impegnati nel servizio pastorale al di fuori delle case di cura, nel «compiere i gesti sacramentali nelle modalità rituali che le circostanze straordinarie consentono»: a) in primo luogo, osservare «le direttive pastorali, ai sensi del diritto canonico, emanate dai singoli Ordinari diocesani»; b) in secondo luogo, attuare «la valutazione *iuxta casus*, con discernimento prudenziale delle necessità spirituali dei fedeli e della opportunità pastorale, del sussistere di uno stato di grave necessità *pro bono animae* che raccomandi l'indifferibilità dell'amministrazione del sacramento»; e, c) in terzo luogo, non omettere «le opportune consultazioni dei ministri diocesani e religiosi con il superiore responsabile della realtà pastorale del luogo».⁵⁵

5. ALCUNE QUESTIONI APERTE

È sicuramente nel dialogo tra i Vescovi e i sacerdoti incaricati della cura d'anime, e tra pastori e fedeli, con l'opportuno contributo di esperti nelle varie

trovo sacerdoti?" Tu fai quello che dice il Catechismo. È molto chiaro: se tu non trovi un sacerdote per confessarti, parla con Dio, è tuo Padre, e digli la verità: "Signore, ho combinato questo, questo, questo... Scusami". E chiedigli perdono con tutto il cuore, con l'Atto di dolore, e promettigli: "dopo mi confesserò, ma perdonami adesso". E subito tornerai alla grazia di Dio» (*Omelia*, 20 marzo 2020, «L'Osservatore Romano», 20-21 marzo 2020, p. 8).

⁵⁴ «Anche quando non è possibile accostarsi alla comunione sacramentale, (...) è bene (...) coltivare il desiderio della piena unione con Cristo con la pratica (...) della comunione spirituale, ricordata da Giovanni Paolo II (*Ecclesia de Eucharistia*, n. 34) e raccomandata da Santi maestri di vita spirituale (Quali, ad esempio, S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, III, q. 80, a. 1,2; S. Teresa di Gesù, *Cammino di perfezione*, cap. 35. La dottrina è stata autorevolmente confermata dal Concilio di Trento, sess. XIII, c. VIII)» (BENEDETTO XVI, Esort. ap. postsinodale *Sacramentum caritatis* sull'Eucaristia, fonte e culmine della vita della missione della Chiesa, 22 febbraio 2007, n. 55, «AAS» 99 [2007], pp. 105-180).

⁵⁵ *Suggerimenti per la celebrazione dei sacramenti in tempo di emergenza Covid-19*, cit.

materie (liturgia, medicina, epidemiologia, diritto, comunicazione...), che si potranno trovare le modalità più adatte alle varie circostanze per l'esercizio della cura pastorale e la celebrazione dei sacramenti in caso di pandemia. In questa sede, resta solo segnalare, a modo di conclusione, alcune tra le questioni che rimangono aperte dopo la traumatica esperienza della pandemia del Covid-19, soprattutto nelle sue prime fasi. Ad esempio:

La necessità di riaffermare a tutti i livelli e con maggiore decisione il primato della *salus animarum*, da tutelare in modo simultaneo alla *salus corporum*, con indicazioni che mettano nel dovuto risalto, assieme alla necessità di osservare le opportune misure sanitarie, l'importanza di curare nelle peculiari circostanze di una pandemia la salute spirituale propria e degli altri.

La probabile utilità di elaborare, a livello universale, una normativa speciale sulla cura pastorale in caso di pandemia – magari un direttorio –, per: a) attribuire alcune competenze specifiche in materia pastorale e liturgica alle Conferenze Episcopali; b) definire meglio le competenze e le facoltà di ciascuno, dal Vescovo diocesano all'ultimo operatore pastorale; c) favorire una certa unità di criterio a livello universale, onde evitare disparità di trattamento in casi simili, consentendo al contempo alle autorità ecclesiali e ai singoli pastori delle varie nazioni, agire con l'opportuna flessibilità – secondo l'*aequitas canonica* – nei casi concreti.

Infine, la convenienza di trovare canali appropriati per meglio tutelare i diritti dei fedeli e dei pastori, di fronte ad eventuali abusi o inadempienze, sia da parte dei responsabili, statali o privati, in ambito secolare, sia di singoli pastori o fedeli, in ambito ecclesiale. A tutti i membri della Chiesa, dalla Sede Apostolica – attraverso la Segreteria di Stato e i Nunzi Apostolici – ai Vescovi diocesani, e a tutti i pastori e fedeli – ognuno secondo il proprio ruolo e le proprie capacità – spetta la difesa della legittima autonomia della Chiesa nella promozione della salute integrale di tutte le persone.

BIBLIOGRAFIA SOMMARIA

- ARRIETA J. I., *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 343-374.
- CARVAJOSA I., *Testimone privilegiato. Diario di un sacerdote in un ospedale Covid*, Castel Bolognese, Itaca, 2020.
- ERRÁZURIZ M. C. J., *La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 327-341.
- FUMAGALLI CARULLI O., *Equità canonica*, in *Enciclopedia Giuridica (Treccani)*, XII, Roma, 1989, pp. 1-5.
- HERRANZ J., *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 291-306.
- DEL POZZO M., *Salus animarum*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII, a cura di J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Pamplona, Aranzadi, pp. 134-139.

- LICASTRO A., *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, «Consulta OnLine» 2020/1, pp. 229-241: giurcost.org/studi/licastro.pdf.
- LICASTRO A., *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MONETA P., *La salus animarum nel dibattito della scienza canonistica*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 307-326.
- PREE H., *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto; possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 375-418.
- RINCÓN-PÉREZ T., *La liturgia e i sacramenti nel diritto della Chiesa*, Roma, EDUSC, 2018², pp. 130-136.
- SÁNCHEZ-GIL A. S., *La pastorale dei fedeli in situazioni di manifesta indisposizione morale*, «Ius Ecclesiae» 26 (2014), pp. 555-578.
- SÁNCHEZ-GIL A. S., *Comentario cann. 519, 528-530*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, 11/2, a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, Pamplona, EUNSA, 2002³, pp. 1228-1234; 1263-1271.
- SÁNCHEZ-GIL A. S., *L'apporto dei fedeli laici all'esercizio della cura pastorale della comunità parrocchiale*, in *Metodo, Fonti e Soggetti del Diritto Canonico*, a cura di J. I. Arrieta, G. P. Milano, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1999, pp. 1131-1156.
- SÁNCHEZ-GIL A. S., *Circa la portata della qualifica del parroco quale pastore proprio della comunità parrocchiale*, «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 217-230.

THOMAS AQUINAS AND MEDIEVAL CANON LAW:
TWO CASES OF GRATIAN'S INFLUENCE
IN THE *SUMMA THEOLOGIAE*

JUSTIN M. ANDERSON · JÖRGEN VIJGEN*

ABSTRACT · In this essay we argue that Thomas Aquinas's interaction with Gratian's *Decretum* constitutes a provocative yet relatively unexplored avenue of study. As a sample of this thesis, we analyze two passages where Aquinas explicitly refers to Gratian directly and the juridical tradition indirectly. The first passage pertains to Aquinas's interpretation of Gratian's definition of natural law in the *Prima Secundae* of the *Summa Theologiae*, but leads us to move to other places in Thomas's tract on the virtue of justice and his commentary on Peter Lombard's *Sententiae*. The second exemplification is found in Aquinas's tract of the sacrament of penance in the closing pages of the *Summa*. Both instances are quick glimpses of a vastly larger intellectual domain awaiting exploration.

KEYWORDS · Aquinas, Medieval Canon Law, Gratian, Natural Law, Penance.

RIASSUNTO · In questo contributo sosteniamo che l'interazione di Tommaso d'Aquino con il *Decretum* di Graziano costituisce una strada di studio provocatoria ma relativamente inesplorata. Come esempio di questa tesi, analizziamo due passaggi in cui Aquinas si riferisce esplicitamente e direttamente a Graziano e alla tradizione giuridica indirettamente. Il primo passaggio riguarda l'interpretazione di Tommaso della definizione di legge naturale di Graziano nella *Prima Secundae* della *Summa theologiae*. Questo passaggio ci porta inoltre ad altri posti nel trattato sulla virtù della giustizia e nel suo commento alle *Sententiae* di Pietro Lombardo. La seconda esemplificazione si trova nel tratto di Aquino del sacramento della penitenza nelle pagine finali della *Summa*. Entrambi i casi sono rapidi scorci di un campo intellettuale molto più vasto in attesa di esplorazione.

PAROLE CHIAVE · Aquino, Diritto canonico medievale, Graziano, Legge naturale, Penitenza.

* justin.anderson@shu.edu, Seton Hall University, USA; jvijgen@tiltenberg.org, Major Seminary of the Diocese of Haarlem-Amsterdam, Netherlands.

SUMMARY: Introduction. – 1. Aquinas’s Use of Gratian’s Definition of Natural Law. – 1.1 – 2. Aquinas’s Use of Gratian in *Summa Theologiae* III, q. 89, a. – 3. Conclusion.

INTRODUCTION

FOR nearly a century now, scholars involved in the study of Thomas Aquinas’s writings have sought to unearth the historical dimensions of his thought. This has included both studying the development of his arguments, but also his sources. As the decades have progressed, we have learned much of his indebtedness to his own contemporaries, but also to Scripture, to Augustine, to the neo-Platonic authors, and most recently to his Jewish and Muslim sources. However, one historical source that is largely, if not all together omitted, is Aquinas’s understanding and employment of the medieval canon law tradition, in particular both that of Gratian and the papal decretals. Recent findings, especially regarding his use of the decretal tradition on vows, scandal, and truth have revealed that in all likelihood, Aquinas – like others around him – was both aware of and sought to include the logic of certain papal decrees within his own writings.

Both Thomas’s works and the medieval ecclesial juridical tradition are enormous fonts of knowledge. Obviously, we do not seek to accomplish anything so ambitious herein. Instead, we only offer two samples of the sorts of vistas that remain undiscovered by scholars of both fields. Limiting ourselves to Aquinas’s direct and explicit use of Gratian in his *Summa theologiae*, we intend to signal the vastness of what awaits future scholarship, not its narrowness. The first instance concerns Aquinas’s use of Gratian’s definition of natural law as that which is contained in the law and the Gospel. Aquinas’s tract on law in which it appears is Gratian’s first explicit appearance in the *Summa theologiae*. It is certainly not his last. Not including implicit references or Thomas’s references to “the decretalists”, Gratian is used by Thomas more than 200 times before his last lines penned in late 1273. These are only the references Aquinas makes of Gratian in his great *Summa*.¹ Gratian is also explicitly referenced over 25 times in both the *de Malo* and *de Perfectione* and various other *Opuscula*. Our second case investigates Gratian’s deployment in Aquinas’s treatment of the sacrament of penance and in particular the question whether a person is restored to his former dignity through penance. A close analysis of the text and a comparison with both his contemporaries Albert and Bonaventure as well as Thomas’s own commentary on Peter Lombard’s *Sententiae* show the importance and extensive use of Gratian’s *Decretum*.

¹ In preparing for this article we have compiled a list of references to Gratian based on the 1962 edition of the *Summa Theologiae* (Rome, Editiones Paulinae, 1962). A complete identification of these references remains a *desideratum*.

1. AQUINAS'S USE OF GRATIAN'S DEFINITION OF NATURAL LAW

Gratian's opening words of his second recession of the *Decretum*, published around 1140, proffers what has been called his own definition of natural law. He writes:

The Human Race is ruled by two things: namely, natural *ius* and *mos*. The *ius* of nature is what is contained in the *lex* and the Gospel. By it, each person is commanded to do to others what he wants done to himself and is prohibited from inflicting on others what he does not want done to himself. This indeed is the *lex* and the prophets.²

Though certainly not without precedence, Michael Bertram Crowe indicates that this definition was properly Gratian's own creation.³ While this is properly Gratian's own definition, it is not his only one. Later, Gratian quotes Isidore who in turn was refurbishing a version of Ulpian's.⁴ Nevertheless, this first definition constitutes one of Gratian's own unique contributions to the natural law tradition. Nor were the incipit words of the *Decretum* the only place Gratian referred to this definition.⁵ Thus, even for Gratian the definition was "not simply a passing phrase".⁶ Its importance was accented by the confusion it engendered in the decretists. Gratian himself seems to have been aware of the potency for confusion by relating the

² "Humanum genus duobus regitur, naturali uidelicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii fieri, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in euangelio: 'Omnia quaecumque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetae.' [Matthew 7:12, cf. Luke 6:31]" GRATIANUS, *Decretum magistri Gratiani*, P. I, D. I, d.a.c. 1 (RF I, 1). RF = *Corpus iuris canonici*, ed. E. Richter, E. Friedberg, B. Tauchnitz, Leipzig, 1879-1881; Reprint Graz, Akademische Druck und Verlagsanstalt, 1959., Vol. I: *Decretum magistri Gratiani*. As translated by Kenneth Pennington, who advantageously keeps the key Latin terms. K. PENNINGTON, *Lex Naturalis and Ius Naturale*, «The Jurist» 68 (2008), pp. 569-591, esp. 570. For an alternative English translation of these passages see GRATIAN, A. THOMPSON, J. GORDLEY, K. CHRISTENSEN, *The Treatise on Laws: (decretum Dd. 1-20)*. Washington, D.C., Catholic University of America Press, 1993.

³ See M. B. CROWE, *The Changing Profile of the Natural Law*, The Hague, Nijhoff, 1977, pp. 79-81 and K. K. PENNINGTON, *Lex Naturalis*, cit., pp. 570-572.

⁴ That second definition reads, "Natural *ius* is common to all nations by that which is had by the instinct of nature, not by any constitution. [Ius naturale est commune omnium nationum eo quod ubique instinctu nature non constitutione aliqua habetur.]" (D. I, c. 7 = RF I, 1).

⁵ Rudolf Weigand points to several other places Gratian employs or hints at this definition, including: D. 9 c. 11 (RF I, 18); D. 5, p. I, § 2 (RF I, 7); D. 6 c. 3 (RF I, 11). It is implicit, thinks Weigand, at: D. 7, pr. (RF I, 12) See R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, Hueber, 1967, pp. 134-135 also as in B. CROWE, *The Changing Profile*, cit., p. 76, n. 12.

⁶ M. B. CROWE, *The Changing Profile*, cit., p. 76.

natural law with “the Law and the Gospel” and sought to clarify it some distinctions later.⁷

He wrote,

Natural *ius* is contained in the *lex* and the Gospel, but it can be shown that not everything contained in the Law and the Gospel pertains to natural *ius*. For certain things in the *lex* are moral precepts (such as ‘You shall not kill’, etc.), others are symbolic (such as the precepts concerning sacrifice, and other similar things). Moral commandments pertain to the natural *ius* and so they are seen to be unchangeable. Nevertheless, the symbolic precepts conjoined with the natural *ius*, in so far as they deal with observances, may be seen to be different from natural *ius* and, although their observances seem to undergo change, their moral significance does not change. Thus, as said above, natural *ius*, which began with the appearance of rational creatures, remains unchanged.⁸

Having suggested an association between the natural *ius* and what one reads in Sacred Scripture, Gratian’s definition forces the question of the natural law’s relationship to divinely revelation in general, and divinely revealed law in particular. Raising this question, however, entails at least two others regarding the essence of the natural law. The first entailed question regards natural law’s mutability in itself. For if the natural law “is contained” in the law of the Old Testament and if that law has been superseded by the New Testament (i.e., the law of Christ), then is it possible that the natural *ius* changes or can be superseded? The second entailed question regards the effects of sin on a person’s or society’s ability to properly discern the natural *ius*. Since the early Christian writers, even the divinely revealed old law was understood not only as a foreshadowing of the “law of grace” in Christ, but also as something needed given the blinding effects of sin on the ancient world’s ability to know good from evil.⁹ By relating the natural *ius* to divinely revealed law, Gratian set more than one question before the natural law tradition. We ought not to be overly surprised, therefore, to find among Aquinas’s six articles on the natural law in the *Prima Secundae*, composed between 1268-1272, answers not only to these questions, but also to Gratian’s definition itself.

1. 1. Aquinas’s Interpretation and Use of Gratian’s Definition

For Aquinas, like others before him, Gratian’s definition constitutes part of the context in which various issues must be resolved. I want to examine the

⁷ Atria A. Larson pointed out that reference to “the law and the Gospels” was a standard medieval indication not only of the Mosaic law and the four Gospels, but of the entire Old and New Testaments. See A. LARSON, *Gratian*, in *Law and the Christian Tradition in Italy: The Work of Great Christian Jurists*, ed. O. Condorelli, R. Domingo, London-New York, Routledge, 2020, pp. 41-55.

⁸ GRATIANUS, *Decretum*, cit., D. 1, c. 3 (RF I, 1).

⁹ M. B. CROWE, *The Changing Profile*, cit., p. 76.

two places Thomas explicitly cites Gratian's definition and the difference it makes in his analysis. I begin with the more popular, though later text of the *Prima Secundae*.¹⁰

Aquinas's context is whether the natural law is the same in all men, a dictum that comes from the other definition of natural law known through Isidore. In sum, Aquinas argues that the general principles of natural law are the same for all according to its rectitude and knowledge. However, while the majority of people have both the rectitude and knowledge regarding conclusions from natural law's general principles, a few cases fail. Thus, Gratian's definition is not the principal focus of the article, but Aquinas is forced to interpret it since it has been volleyed as the first objection against his explanation of how the natural law is and is not the same in all. Thomas does so in much the same way Gratian did:

The meaning of the sentence quoted is not that whatever is contained in the Law and the Gospel belongs to the natural law [*lege naturae*], since they contain many things that are above nature; but that whatever belongs to the natural law [*lege naturae*] is fully contained in them.¹¹

On the face of it, Aquinas's response seems to have relatively little content. Nevertheless, the idea of natural law being contained in the Old Law embroils Aquinas, like Gratian, in the task of sifting through the entailed questions. This is why we hear echoes of Gratian's definition in Aquinas's treatment on the Old Law (q. 98), on the precepts of the Old Law (q. 99), and on the moral precepts of the Old Law (q. 100). Using Gratian's definition, Thomas argues that parts of the Old Law were binding on all people "not because they belonged to the Old Law, but because they belonged to the natural law".¹² Nevertheless, Gentiles could obtain "salvation more perfectly and more securely" by the Old Law than by the natural law.¹³ Part of the

¹⁰ ST IaIIae q. 94, a. 4, ad. 3. The objection and the reply are a later version of what already appeared at *Super Sententiae*.

¹¹ THOMAE AQUINATIS, *Summa theologiae* IaIIae q. 94, a. 4, ad. 1: "Ad primum ergo dicendum quod verbum illud non est sic intelligendum quasi omnia quae in lege et in Evangelio continentur, sint de lege naturae, cum multa tradantur ibi supra naturam, sed quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi traduntur. Unde cum dixisset Gratianus quod *ius naturale est quod in lege et in Evangelio continetur*, statim, exemplificando, subiunxit, *quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri*". Unless otherwise noted, all Latin is from: *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita, t. 4-12*, Romae, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 1888-1906. All English translations are taken from *The Summa Theologiae of St. Thomas Aquinas*, Literally translated by Fathers of the English Dominican Province, 2nd and rev. ed., New York, Benziger, 1948.

¹² ST IaIIae q. 98, a. 5, c; "Quantum igitur ad illa quae lex vetus continebat de lege naturae, omnes tenebantur ad observantiam veteris legis, non quia erant de veteri lege, sed quia erant de lege naturae".

¹³ ST IaIIae q. 98, a. 5, ad. 3: "Ad tertium dicendum quod gentiles perfectius et securius

reason for this is that even for good people the natural law had begun “to be obscured on account of the exuberance of sin”.¹⁴ Certainly, these propositions Aquinas embraces were not unique to him or Gratian. In each of these places, however, Aquinas works through, if sometimes implicitly, the idea that the natural law is contained in the law of the Old Testament.¹⁵

By engaging Gratian’s definition in his treatment of natural law, Aquinas opened the door to engage further questions that would shape his tract on law. Most especially he considered the idea that natural law existed prior to the Law of Moses, and therefore, was in some ways more imperfect and inferior to that law.¹⁶ A parallel reasoning is even found in his treatment of human law, for in that too we find the natural law “contained in” another law.¹⁷

salutem consequerentur sub observantiis legis quam sub sola lege naturali, et ideo ad eas admittebantur. Sicut etiam nunc laici transeunt ad clericatum, et saeculares ad religionem, quamvis absque hoc possint salvari”.

¹⁴ ST IaIIae q. 98, a. 6, c: “...quando lex naturalis obscurari incipiebat propter exuberantiam peccatorum”.

¹⁵ Aquinas would continue to work out this relationship between the natural law and the Old Law. See esp., ST IaIIae q. 99, a. 2, ad. 1 and 2; a. 3, ad. 2; q. 100, a. 1. This last is particularly poignant where Thomas asks, “Whether all the moral precepts of the Old Law belong to the natural law”.

¹⁶ Aquinas employs the language of imperfect [*imperfectum*] and perfect [*perfectum*] to refer to the natural law, old law, and new law relation among themselves. In one place he recites John Chryostom’s commentary on Mk. 4:28: “Unde Chrysostomus exponens illud quod habetur Marc. IV, *ultra terra fructificat primum herbam, deinde spicam, deinde plenum frumentum in spica*, sic dicit, *primo herbam fructificat in lege naturae; postmodum spicas in lege Moysi; postea plenum frumentum, in Evangelio*. Sic igitur est lex nova in veteri sicut fructus in spica” (ST IaIIae q. 107, a. 3, c.). In that same article, Aquinas speaks of how a law may be “contained” in another law. It can be contained in another either actually or virtually. “Uno modo, in actu, sicut locatum in loco. Alio modo, virtute, sicut effectus in causa, vel complementum in incompleto, sicut genus continet species potestate, et sicut tota arbor continetur in semine” (*ibid.*).

Thomas has multiple other passages where he considers natural law as something more imperfect than nearly every other kind of law. For example, he argues that the old law showed forth [*manifestabat*] the natural law and added to it (ST IaIIae q. 98, a. 5, c.), that gentiles could obtain salvation more perfectly and more securely [*perfectius et securius*] by the old law than the natural law (*Ibid.*, ad. 3), that just as grace presupposes nature, “ita oportet quod lex divina praesupponat legem naturalem” (ST IaIIae q. 99, a. 2, ad. 1), that the old law was given because the natural law had begun to be obscured on account of sin (ST IaIIae q. 98, a. 6), even to the point of the natural law becoming obscured in its practical precepts “ita ut quaedam quae secundum se sunt mala, ratio multorum licita iudicaret” (ST IaIIae q. 99, a. 2, ad. 2). This last point is a commonality between Gratian and Aquinas simply because both are following the patristic authors and various medievals, not least of all Anselm of Laon and Hugh of St. Victor. See M. B. CROWE, *The Changing Profile*, cit., p. 80-81. This line of reasoning not only finds a parallel in natural law’s relation to human law but sets the stage for Aquinas’s discussion of the moral precepts of the old law.

¹⁷ For example, ST IaIIae q. 95, a. 2, c.

1. 2. *Aquinas's Use of Ius and Lex*

This last consideration leads us to the brink of a second topic pertaining to Aquinas's explicit engagement with Gratian's definition. However, this issue does not arise from how Aquinas employed Gratian's definition, but how he apparently failed to employ it. Kenneth Pennington has made the case that Aquinas seems to have been unaware of the rather important distinction in the legal tradition between *ius* and *lex*, at least in his tract on law. This distinction, embodied in his definition of natural law, was first examined in detail by Gratian.¹⁸ Jurists writing between Gratian and Aquinas developed this distinction.

Pennington writes,

It is important to notice that the jurists never attributed the rich penumbras of meanings to *lex* that they did to *ius*. *Lex* was a plebian hod carrier of the law; *ius* was a term rich in resonances. *Ius* reminded the jurists constantly of the transcendental significance of a legal system.¹⁹

Aquinas's operational weakness, for Pennington, demonstrates "the slow penetration of the term *ius naturale* into theological thought" in the 13th Century.²⁰ Pennington points to how Aquinas only used the term *lex naturalis* in his *Super Sententiae*, composed between 1252-1256, (while Lombard only used *ius naturale*), but the two terms appear to be used interchangeably in his tract on law in the *Prima Secundae* of 1268-1272. Pennington concludes that "Thomas came to the concept of *ius naturale* late, and he never fully grappled with the full implications of how Gratian and his successors thought of natural law as a set of precepts as well as a set of rules or laws".²¹ Given that later canonists would cease to comment on the *Decretum Gratiani* and embrace Aquinas as their source, Pennington argues that Aquinas's failure to engage in the rich distinction between *ius* and *lex*, especially in natural law discussions, would have perduring negative effects on the Western theological tradition.²² Because Aquinas's "language shaped his thought",²³ Pennington concludes that "the shift in terminology that we have traced has impoverished natural law thought".²⁴ In so doing, we have missed "what every jurist, even the pagan Roman jurists, had understood for centuries: *ius* embodies justice; and *ius naturale* in its purest form contains equity, justice, and reason in its DNA".²⁵

Much of what Pennington points out regarding Aquinas's treatment of *ius naturale* and *lex naturalis* in his tract on law in the *Prima Secundae* (qq.

¹⁸ K. PENNINGTON, *Lex Naturalis*, 569.

²¹ *Ibid.*, 579.

²⁵ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, 573.

²³ *Ibid.* 579.

²⁰ *Ibid.*, 578.

²⁴ *Ibid.*, 591.

²² *Ibid.*, 585-591.

90-108) seems true. Aquinas does seem to use the phrases interchangeably in his tract on law, a fact that one perhaps justifiably finds confusing in light of its importance. Pennington is right here. However, closer examination of Aquinas's use of *ius* and *lex*, both in his *Super Sententiae* and in the *Secunda Secundae*, challenge Pennington's wider conclusions.²⁶ We will confine ourselves to two places.

The first concerns the idea that Aquinas only gradually came to grapple with the profound meaning *ius*, which the jurists knew. In fact, as early as his *Super Sententiae* (1252-1256) Aquinas had worked out four different senses of *ius naturale* while discussing natural law's prohibition on having more than one wife.²⁷ He states that a *ius* is said to be natural by its very principle, namely because it is instilled in nature [*ex principio, quia a natura est inditum*]. To this meaning he assigns the testimony of Cicero that "*ius naturale* is not

²⁶ There is a good deal of literature on Aquinas's treatment of these terms in part because much depends on how one interprets Aquinas's usage of them. For example: P. M. VAN OVERBEKE, *La loi naturelle et le droit naturel selon saint Thomas*, «Revue thomiste» 57 (1957), pp. 53-78; 450-495; and *Droit et Morale: Essai de synthèse thomiste*, «Revue thomiste» 58 (1958), pp. 285-336; 674-694; E. T. GELINAS, *Ius and Lex in Thomas Aquinas*, «American Journal of Jurisprudence» 15 (1970), pp. 154-170; M. VILLEY, *Si la théorie générale du droit, pour Saint Thomas, est une théorie de la loi*, «Archives de philosophie du droit» 17 (1972), pp. 427-431; G. KALINOWSKI, *Le fondement objectif du droit d'après la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, «Archives de philosophie du droit» 18 (1973), pp. 59-75; and *Sur l'emploi métonymique du terme ius par Thomas d'Aquin*, «Archives de philosophie du droit» 18 (1973), pp. 331-339; V. J. BOURKE, *Is Thomas Aquinas a Natural Law Ethicist?*, «The Monist» 58 (1974), pp. 52-66; O. J. BROWN, *Appendix 1: Ius and Lex in Aquinas*, in ID., *Natural Rectitude and Divine Law in Aquinas: An Approach to an Integral Interpretation of the Thomistic Doctrine of Law*, Toronto, PIMS, 1981, pp. 165-174; W. METZ, *Lex und ius bei Thomas von Aquin*, in *Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne?*, ed. M. Walther, N. Brieskorn, K. Waechter, Stuttgart, Steiner, 2008, pp. 17-36; A. PADOVANI, *Ius e lex a Cicerone a san Tommaso d'Aquino e oltre*, «Rivista internazionale di diritto commune» 29 (2018), pp. 189-262.

²⁷ *Super Sent.* IV, d. 33, q. 1, a. 1, ad. 4, ed. P. Fiaccadori, Parma, 1858, vol. 7.2, p. 968: "Ad quartum dicendum, quod jus naturale multipliciter accipitur. Primo enim jus aliquod dicitur naturale ex principio, quia a natura est inditum; et sic definit Tullius in 2 *Rhetoricorum*, dicens: *jus naturae est quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit*. Et quia etiam in rebus naturalibus dicuntur aliqui motus naturales, non quia sint ex principio intrinseco, sed quia sunt a principio superiori movente, sicut motus qui sunt in elementis ex impressione corporum caelestium, naturales dicuntur, ut Commentator dicit in 3 *Caeli et mundi*; ideo ea quae sunt de jure divino, dicuntur esse de jure naturali, cum sint ex impressione et infusione superioris principii, scilicet Dei; et sic accipitur a Gratiano, qui dicit, quod *jus naturale est quod in lege et in Evangelio continetur*. Tertio dicitur jus naturale non solum a principio, sed a natura, quia de naturalibus est. Et quia natura contra rationem dividitur, a qua homo est homo; ideo strictissimo modo accipiendum jus naturale, illa quae ad homines tantum pertinent, etsi sint de dictamine rationis naturalis, non dicuntur esse de jure naturali: sed illa tantum quae naturalis ratio dictat de his quae sunt homini aliisque communia; et sic datur dicta definitio, scilicet: *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*. This same article is reduplicated in the Supplement to the *Summa theologiae* since Aquinas died before reaching the sacrament of marriage". See *Suppl.* IIIa q. 65, a. 1, ad. 4.

the result of opinion but the product of an innate force".²⁸ A second way *ius* may be called natural is by being moved by some higher principle [*a principio superiori movente*]. As an example of this, Aquinas points to Ibn Rushd's commentary on Aristotle's *On the Heavens and the Earth*, where it is argued that some "natural movements" of elements are caused by the impression of heavenly bodies. In parallel fashion, those things moved by *ius divinum* are said to have a *ius naturale* by God's impression on them.²⁹ To substantiate this reference to the divine movement Aquinas gives his earliest citation of Gratian's definition. Wrongly attributing the definition to Isidore, Aquinas writes, "Isidore takes it in this sense, when he says that '*ius naturale* is that which is contained in the Law and the Gospel'".³⁰ Aquinas's third sense speaks of those *iura naturalia* that are not only from a principle of nature (1st sense), but also concern natural things. (In this sense alone will Aquinas conclude that a plurality of wives is not against *ius naturale*, though it is in the first and second senses.) The fourth sense and "strictest sense" [*strictissimo modo*] of *ius naturale* is where *naturale* is contradistinguished from reason. Thus, only those things which are both dictated by natural reason and "are common to man and other animals" are said to be *ius naturale*. (In this sense, those things merely dictated by reason and pertain to the human person alone are not called *ius naturale*.) To this last sense, Aquinas attaches Isidore's definition of natural law: *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*.

Based on this passage of the *Super Sententiae* it is not completely accurate to conclude that Aquinas's understanding of the profundity of that tradition's *ius naturale* was lacking. Even from Thomas's earliest writings he attended to how *ius naturale* is a rich, polyvalent phrase. In the course of doing so, Aquinas provides both definitions cited at the beginning of the *Decretum Gratiani*.

Yet, what of the idea that Aquinas's confused use of *ius* and *lex* served as a turning point in the obsolescence of the legal tradition's rich insight, especially regarding *ius*'s relation to *iustitia*? We might easily conclude such if we focus solely on the *Prima Secundae*'s treatment of the natural law. However, if we broaden our scope, we find Aquinas subsequently dedicating an entire question to *ius* (IIaIIae q. 57) at the opening of his lengthy treatment of the cardinal virtue of *iustitia* in his *Summa theologiae* (IIaIIae q. 57-122). Thomas

²⁸ M. CICERO, *De Inventione* II, 53.

²⁹ It cannot be passed over in silence that Aquinas will employ this same language of God's impressing when he speaks of the natural law being a certain impress of the eternal law, when he gives his own famous definition of natural law as "nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis" ST IaIIae q. 90, a. 2, c.

³⁰ *Super Sent.* IV, d. 33, q. 1, a. 1, ad. 4.

sees clearly that *ius* must be prior to *iustitia*.³¹ In fact, *ius* is the object of *iustitia* because *ius* means the same as *iustum*, the just.³² One's work "is said to be *iustum* when it is related to another by way of a certain kind of equity".³³ After explaining this, Thomas treats an objection which made *ius* identical, not to the just, but to *lex*. Here, and not in the *Prima Secundae*, are we treated to his clearest statements on the difference between *ius* and *lex*. Thomas writes that, just as a craftsman has in mind an expression of things he will make externally, so too does one have in mind an expression of a particular just work. If this expression be actually expressed in writing, then it is called *lex*. Aquinas concludes: "And so, *lex* is not itself *ius*, properly speaking, but a certain *ratio iuris* [*sed aliqualis ratio iuris*]"³⁴ Interestingly, he describes this as Isidore's idea of *lex*, since the latter states *lex* is a written decree.³⁵

1. 3. *Three Things IIaIIae Q. 57 Teaches Us regarding Ius and Lex*

This passage shows us three things. First, as to the meaning he gives to *ius* Thomas clearly identifies it with the *iustum*, and the *iustum* with a certain equity. As a result, "equity and justice belong in the realm of *ius*" is

³¹ Even no later than 1265, he had written in his *Summa contra gentiles*, "Cum iustitiae actus sit reddere unicuique quod suum est, actum iustitiae praecedit actus quo aliquid alicuius suum efficitur." (SCG II, cap. 28, n. 1048) THOMAE AQUINATIS, *Liber de veritate catholicae Fidei contra errores infidelium seu Summa contra Gentiles*, t. 2-3. ed. P. Marc, C. Pera, P. Caramello, Taurini-Romae, Marietti, 1961, p. 139.

³² ST IIaIIae q. 57, a. 1: "Respondeo dicendum quod iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quandam, ut ipsum nomen demonstrat, dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari. Aequalitas autem ad alterum est. Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in his quae ei conveniunt secundum seipsum. Sic igitur illud quod est rectum in operibus aliarum virtutum, ad quod tendit intentio virtutis quasi in proprium obiectum, non accipitur nisi per comparationem ad agentem. Rectum vero quod est in opere iustitiae, etiam praeter comparationem ad agentem, constituitur per comparationem ad alium, illud enim in opere nostro dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta recompensatio mercedis debita pro servitio impenso. Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Sed in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliquo qualiter fit ab agente. Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est *ius*. Unde manifestum est quod *ius* est obiectum iustitiae".³³ *Ibid.*

³⁴ ST IIaIIae q. 57, a. 1, ad. 2: "Ad secundum dicendum quod sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praeexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti quod ratio determinat quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc si in scriptum redigatur, vocatur *lex*, est enim *lex*, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo *lex* non est ipsum *ius*, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris".

³⁵ ISIDORI, *Etymologiarum sive Originum libri xx*, ed. W. M. Lindsay, Oxford, Clarendon Press, 1911, lib. IIa, 10; [PL 82, 198].

a description fittingly applied to Aquinas's account as well as that of the jurists.³⁶

Secondly and most obviously, q. 57 demonstrates that Aquinas, at least in some places, attended very carefully to the difference between *ius* and *lex*. He identified a difference between them. *Lex* is a particular expression or reckoning of *ius*. As such, "*lex* is a species of *ius*".³⁷ This last and pivotal phrase is important. That law is a *ratio iuris* can be translated various ways. For just as *ius* is a polyvalent term, so too is *ratio*. Perhaps it is best here to think of *ratio* as "a rational reckoning" of *ius*. One that, when done by human reason can possibly miss the *ius* of certain particular situations. For good reason, then, do Thomistic commentators point us from this passage in q. 57 to another in q. 60 where Thomas addresses the question of whether judgment should always be given according to the written law.

Turning briefly to the *Secunda Secundae* q. 60 we find one of the places where Aquinas explicitly addresses how *ius* and *lex* can come apart. In asking whether one should always judge according to the written law, Thomas indicates that judgment is a determination based on the *iustum*. Something can be *iustum* in two ways, and here he appeals to *ius naturale* and *ius positivum*. *Lex* is written to manifest both, though in diverse ways. In responding to the first objection, Thomas speaks strongly of the power of *ius naturale* over *lex*.

He writes,

Just as the written *lex* does not give force to the *ius naturale*, so neither can it diminish or annul its force [...] Hence, if the written *lex* contains anything contrary to the *ius naturale*, it is unjust [*iniusta*] and has no binding force. [...] Wherefore such writings are to be called, not *lex*, but rather corruptions of *lex*, as stated above.³⁸

With that last phrase the editors refer us back to the earlier *Prima Secundae*'s tract on law (q. 95, a. 2).

Just as q. 60 indicates how one ought to judge when *ius* and *lex* come apart, some 60 questions later we find Aquinas making the ability to discern such times a virtue, *epieikeia*. By this point we find ourselves deep in the *Se-*

³⁶ K. PENNINGTON, *Lex Naturalis*, p. 574.

³⁷ ISIDORI, *Etymologiarum*, lib. v, 3; [PL 82, 199]. The title of this section in Isidore is: *Quid differunt inter se ius, leges et mores*.

³⁸ ST IIaIIae q. 60, a. 5, ad 1: "Ad primum ergo dicendum quod lex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre, quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si Scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est, nec habet vim obligandi, ibi enim ius positivum locum habet ubi quantum ad ius naturale nihil differt utrum sic vel aliter fiat, sicut supra habitum est. Et ideo nec tales Scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones, ut supra dictum est. Et ideo secundum eas non est iudicandum".

cunda Secundae (q. 120).³⁹ To argue that such a disposition is a virtue, Thomas calls back to service a case previously addressed in *Prima Secundae* (q. 94, a. 4, c.), that of returning a deposited sword to an irate owner. Here, Thomas states more clearly than he did in the *Prima Secundae* that “in this and similar cases, it would be evil to follow the posited law [*legem positam*], however it is good to set aside the letter of the law [*verbis legis*], and follow that which the nature of justice and the common good demands”.⁴⁰ This passage could be thought an innovation only appearing after the *Prima Secundae* if it were not for a very similar rationale appearing in the *Super Sententiae* of the 1250s.⁴¹

As indicated the literature on *ius* and *lex* in Aquinas is quite large. And until we have a more thorough treatment of it, many questions will remain unanswered. Whatever the case may be, it seems to us, sorting through the myriad of difficulties will demand both a thorough knowledge of Aquinas and the juridical tradition’s influence on mid-13th Century theologians like Thomas. However, we cannot conclude that Aquinas was uninterested or failed to notice Gratian’s significant contribution to the Western jurisprudence tradition.

The third lesson q. 57 of the *Secunda Secundae* teaches us, is that Thomas’s account of *lex* ties in well with his idea that it must always be promulgated, or more simply written.⁴² *Lex* by its nature is expressed.⁴³ This idea is not to be passed over too quickly. Clifford Kossel identifies the issue of promulgation as the critical link between eternal law and natural law for Aquinas. Species have certain natural instincts or natural inclinations because this is how the eternal law has been promulgated in God’s wisdom.⁴⁴ Perhaps this is one reason why for Aquinas it is logical to speak of *lex naturalis* rather than *ius naturale*. It is a *lex* since natural law is the expression of the eternal law. Though this is only one possible answer to why he uses *lex* and *ius* so interchangeably in *IaIIae* q. 94, there are others. Oscar Brown, for example, argues that Thomas only drew “a technical distinction in principle between *ius* and *lex* that he almost entirely ignored in actual practice, i.e., in his own use of the two terms”.⁴⁵ Still a third may come from how we consider Aquinas’s *Summa theologiae*. Many consider it a systematic treatment. It is that,

³⁹ ST *IaIIae* q. 120, a. 1.

⁴⁰ ST *Ia-IIae*, q. 120 a. 1 co. “...In his ergo et similibus casibus malum esset sequi legem positam, bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas”.

⁴¹ *Super Sent.* III, d. 37, q. 1, a. 3, ed. M. F. Moos, Paris, Lethielleux, 1933, pp. 1243-1245.

⁴² ST *IaIIae* q. 90, a. 4, c.

⁴³ This too Gratian exhibits as is seen in his opening distinctions of the *Decretum*.

⁴⁴ C. G. KOSSEL, *Natural Law and Human Law (IaIIae, qq. 90-97)*, in *The Ethics of Aquinas*, ed. S. J. Pope, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2002, p. 172.

⁴⁵ J. BROWN, *Appendix 1, cit.*, p. 174.

but it is also one crafted for beginners in the theology of Aquinas's own religious community. Bonnie Kent has argued that this should affect how we read it. Kent suggests that "the *Summa* can be better understood as a conversation continuing over the course of many evenings than as the straightforward textbook discussion modern readers might expect".⁴⁶ If we read the *Summa theologiae* in such a light, and it is a tenable perspective based on multiple conversations, then the problem of his imprecise language in an earlier tract may evaporate.⁴⁷ These are a couple possible ways to realistically address why Thomas's language in *Prima Secundae* q. 94 is seemingly so imprecise. There are certainly others. Thus, Pennington is correct to point out how indiscriminate Aquinas's language is in his tract on law. He has been one of the first contemporary scholars to explore the intersection between the juridical tradition and Aquinas and should be praised accordingly. However, taking into account Aquinas's attention to *ius* in *Super Sententiae* we are forced to dissent from the idea that Thomas became aware of the profundity of the meaning of *ius* and its relationship to *lex* only after writing his *Prima Secundae* tract on law. It is even more difficult to conclude that Gratian's insight of *ius* and *lex* was lost on Aquinas. The problem may not lie with Aquinas's paltry understanding of *ius* so much as his equally rich senses of *naturalis* and *lex*.

Ironically, as Crowe points out, Gratian's definition that places *ius naturale* contained in the Law and the Gospel is not entirely a medieval problem. In our own day questions abound regarding the natural law's knowability and permanence. Some resigned it to religious thought. Others have called it a blunt instrument for effective dialog among pluralistic cultures today.⁴⁸ Still others, argue that the religious teaching authority of the Catholic Church is the authentic interpreter of the natural law. Each of these questions in their own way touch upon that which Gratian spoke about so long ago: the *ius naturale*'s relationship to religious faith, revelation, and laws of the land.

⁴⁶ B. KENT, *Habits and Virtues (IaIIae, qq. 49-70)*, in *The Ethics of Aquinas*, cit., p. 123.

⁴⁷ One example of this reading may be found in how Aquinas unfolded his tracts, such as virtue, or individual phrases, such as *lex eterna*. The former, especially in terms of perfect and imperfect virtue, displays how Aquinas slowly gives greater and greater specification to the idea of virtue as one proceeds through the work. See T. M. OSBORNE JR., *Perfect and Imperfect Virtues in Aquinas*, «The Thomist» 71 (2007), pp. 39-64. The latter concerns Aquinas's use of "divine law" earlier in the *Summa* (e.g., ST IaIIae q. 63, a. 2, c.), while it becomes more specifically defined at a later passage (ST IaIIae q. 91, a. 4). Understandably, one still would need to follow usage subsequent to ST IIaIIae q. 57 for consistency.

⁴⁸ J. CARD. RATZINGER, J. HABERMAS, *Dialectics of Secularization: On Reason and Religion*, trans. by B. McNeil, San Francisco, Ignatius, 2005; on Ratzinger/Benedict's thoughts on natural law see also M. RHONHEIMER, *Benedikt XVI über Rechtsstaat, Demokratie und Naturrecht. Die Reden in Berlin und London*, in *Der Theologenpapst. Eine kritische Würdigung Benedikts XVI*, ed. J. Tück, Freiburg i. Br., Herder, 2013, pp. 135-157.

2. AQUINAS'S USE OF GRATIAN IN *SUMMA THEOLOGIAE* III, Q. 89, A. 3

As is well known, Thomas breaks off his discussion of the various sacraments in the *Tertia Pars* of the *Summa theologiae* in the middle of his treatise on the sacrament of penance. As such the work for which he is most renowned is left unfinished, although probably under the direction of his secretary Reginald of Piperno an attempt was made to finish it. That part, which collects earlier material from Thomas's *Super Sententiae*, is now known as the *Supplementum*.⁴⁹ In the penultimate question of the unfinished treatise on the sacrament of penance Thomas asks whether by penance man is restored to his former dignity.⁵⁰ The remote origins of this question lie in the fact that both Peter Lombard and Gratian cite the following text from John Chrysostom's *De reparatione lapsi*:

Such, believe me, such is God's pity toward men that he never rejects penance, if it is offered to him sincerely and simply. Even if one should have reached the heights of evils, so long as he wants to return from there to the way of virtue, God receives him freely, embraces him, and does everything to restore him to his former state [*ad priorem revocet statum*]. What is even more extraordinary and excellent, even if one should be unable to fulfill all the requirements of satisfaction, however brief and for however short a time the penance done, he still accepts it, nor does he allow that the reward of even the smallest conversion should be lost.⁵¹

⁴⁹ The seven questions in the unfinished treatise (qq. 84-90) deal with the following topics: penance as a sacrament, penance as a virtue, the effect of penance in particular regarding mortal sins, the forgiveness of venial sins, the return of sins, the recovery of virtue and the parts of penance in general. The questions in the *Supplementum* (qq. 1-28) deal with contrition (qq. 1-5), confession (it's necessity, nature, minister, effect and seal qq. 6-11), satisfaction (qq. 12-15), recipient (q. 16), power, effect and minister of the keys (qq. 17-20), excommunication (qq. 21-25), indulgences (qq. 25-27) and finally the rite of penance (q. 28).

⁵⁰ ST III, q. 89, a. 3.

⁵¹ PETRUS LOMBARDUS, *IV Sent.*, d. 14, c. 5, ed. Grottaferrata, Collegio S. Bonaventurae ad Claras Aquas, 1971, p. 323, ll. 21-30: "Item iohannes chrysostomus, de reparatione lapsi: Talis, mihi crede, talis est erga homines pietas dei: Nunquam spernit poenitentiam, si ei sincere et simpliciter offeratur. Etiam si ad summum quis perueniat malorum, et inde tamen uelit reuerti ad uirtutis uiam, suscipit libenter, amplectitur, facit omnia quatenus ad priorem reuocet statum. Quodque est adhuc praestantius et eminentius, etiam si non potuerit quis explorare omnem satisfaciendi ordinem, quantulumcumque tamen et quamlibet breui tempore gestam non respuit poenitentiam; suscipit etiam ipsam, nec patitur quamuis exiguae conuersionis perdere mercedem" GRATIANUS, *De poenitentia* D.3 c. 28. (RF I, 1217/1218; L 180). L = Gratian's «*Tractatus de poenitentia*». A New Latin Edition with English Translation, ed. A. A. Larson, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 2016 («*Studies in Medieval and Early Modern Canon Law*», 14). See also PETRUS CANTOR, *Summa quae dicitur Verbum abbreviatum (textus conflatus)* II, c. 45, p. 773 («*CCCM*» 196); PETRUS COMESTOR, *Sententiae de sacramentis*, Par. 25, ed. R. M. Martin, Louvain 1937, p. 74. Chrysostom's Latin text cannot as such be found in PG 47, 284 but is a faithful rendition of texts found in other

It is worthwhile to compare Thomas's treatment with that of his contemporaries Albert the Great and Bonaventure. Albert, who completed his commentary on Lombard's *Sententiae* in 1249, literally devotes only a few words to the question: he explicitly links the question to Chrysostom's text as quoted by Peter Lombard, gives two brief objections and then affirms that the forgiven penitent returns to his or her former state [*in pristinum statum*] because otherwise the doing of satisfaction as the third part of penance, together with contrition and confession, would not be possible. He ends rather abruptly by "*et sic cessat totum quod objectum est*".⁵² One notes the complete absence of any authority, whether from Scripture, the Fathers, canon law or philosophy.

Bonaventure, who completed his commentary on Lombard's *Sententiae* in 1253, deals much more extensively with the question "whether perfect penance restores to the former grade".⁵³ He gives four affirmative arguments and four objections. All of them except one from the Pseudo-Augustinian treatise *Hypognoticon*⁵⁴ are speculative arguments. Central to Bonaventure's response is the distinction between a restoration "*quantum ad substantiam habituum gratiae et habitatum naturalium*" and "*quantum ad aliquem statum sive integritatem vel decorem accidentalem*". In the former case a perfect restoration is indeed possible while in the second case it is not. As his response to the second and third objection makes clear, Bonaventure has in mind the case of the loss of virginity or the glory of innocence which cannot

manuscripts containing Chrysostom's works. See the critical apparatus in the Grottaferrata edition of Peter Lombard's text. The text in PG has "in pristinum statum restituat". The text in Sources Chrétiennes, vol. 117 (*À Théodore*, ed. J. Dumortier, Paris, Cerf, 1966), p. 269 has "ad priorem revocet statum".

⁵² ALBERTUS MAGNUS, *In IV Sent.* d. 14, a. 33, ed. A. Borgnet, Paris, Vivès, 1894, vol. 29, pp. 465-466. Here is the complete text of the article: "Deinde quaeritur de hoc quod dicit, ibi, D, § 1, sub finem: 'Facit omnia quatenus ad priorem revocet statum, etc.' Hoc non videtur verum: quia 1. Prior status est innocentiae: et ad illum non est regressus per poenitentiam. Si dicatur, quod revocat ad priorem statum quantum ad immunitatem culpae, sed non quantum ad dignitatem. Contra: Videmus, quod cum poenitens resurgit, adhuc remanet in illo difficultas bene agendi: et hoc est ex reliquiis peccati, quas ante non habuit: ergo per poenitentiam, priorem statum non omnino recipit. 2. Item, Prior status est, quod sit expeditus ab bene operandum secundum omne opus virtutis: et hoc non potest esse nisi ex habitu perfecto cujuslibet virtutis: ergo hoc non est solius poenitentiae, ut videtur Magister supponere in Littera. Solutio. Dicendum ad hoc, quod poenitentia in partibus suis habet restituere in pristinum statum, scilicet in contritione, confessione, et satisfactione: et praecipue quoad illam partem, quae est satisfactio: quia illa supponit exercitium operis secundum quamlibet virtutem imperatam a poenitentia: et sic cessat totum quod objectum est".

⁵³ BONAVENTURE, *In IV Sent.* d. 14, p. II, art II, q. II, ed. Quaracchi, Ex Typographia Collegii S. Bonaventurae, 1889, vol. 4, pp. 337-338.

⁵⁴ *Hypognoticon*, Bk. 3, ch. 9, n. 17 (PL 45:1631).

be restored as such, that is to say erased, but the substance of it can be restored in terms of merit.⁵⁵

In his own commentary on Lombard's *Sententiae*, of which book IV is completed in 1256, Thomas deals with our topic in the question whether penance should be made public or solemnized.⁵⁶ In one of the arguments to the contrary he quotes the same text from the *Hypognosticon* as did Bonaventure, that is to say, "poenitentia omnes defectus revocat ad perfectum" which would imply no need for solemn penance. In his response to this objection Thomas distinguishes between a restoration "in pristinam gratiam" and "in pristinam dignitatem" in order to argue that a restoration into the former is possible whereas a restoration into one's former dignity is not. He illustrates this distinction with the example of the virgin, who after having done penance for fornication, does not regain the dignity of virginity and hence is not allowed to wear a veil. Another example he gives concerns someone who has committed a grave sin for which he has done public penance. Such a person, while freed from guilt, cannot be allowed by a bishop, so Thomas argues, to receive priestly orders and this for various reasons.⁵⁷ But the most fundamental reason is the fact that, while the restoration of one's former state of grace does indeed occur when one is freed from guilt through penance, this does not necessarily imply that one is freed from all penalties, that is to say, that one has been restored to one's original dignity.⁵⁸ As with Bonaventure, Thomas's entire argument, apart from the identical reference to the *Hypognosticon*, is marked by the absence of any authoritative sources.

⁵⁵ BONAVENTURE, *In IV Sent.* d. 14, p. II, art II, q. II, ed. Quaracchi, Ex Typographia Collegii S. Bonaventurae, 1889, vol. 4, p. 338: "2. 3. Ad illud quod obiicitur de virginitate et gloria illa de innocentia; dicendum, quod quantum ad hoc non restituit, sed quantum ad omne quod fuit substantiale circa meritum".

⁵⁶ *Super Sent.* d. 14 q. 1 a. 5 qc. 1 obj. 3 and ad 3, ed. M. F. Moos, Paris, Lethielleux, 1947, pp. 613-614.

⁵⁷ *Super Sent.* d. 14 q. 1 a. 5 qc. 1 ad 3: "Primo propter dignitatem ordinum istorum. Secundo propter timorem recidivi. Tertio propter scandalum vitandum, quod posset in populo oriri ex memoria praecedentium peccatorum. Quarto, quia non haberet frontem alios corrigendi, cum peccatum ejus fuerit publicum".

⁵⁸ See also *Super Sent.* d. 19, q. 1, a. 3, qca. 2, ad 2, ed. M. F. Moos, Paris, Lethielleux, 1947, p. 985: Ad secundum dicendum, quod poenitentia ab omnibus defectibus culpae liberat, non autem ab omnibus defectibus poenae: quia adhuc post peractam poenitentiam de homicidio aliquis remanet irregularis. Unde sacerdos potest de crimine absolvere, et pro poena amovenda ad superiorem remittere, nisi in excommunicatione, quia absolutio ab ipsa debet praecedere absolutionem a peccato: quia quamdiu aliquis est excommunicatus, non potest recipere aliquod Ecclesiae sacramentum. And *Super Sent.* d. 37, q. 2, a. 2, ad 4, ed. P. Fiaccadori, Parma, 1858, vol. 7.2, p. 1001: "Ad quartum dicendum, quod non est necessarium quod deleta culpa deleatur omnis poena, sicut de irregularitate patet: non enim poenitentia restituit in pristinam dignitatem, quamvis possit restituere in pristinum statum gratiae, ut supra, dist. 14, dictum est".

This situation changes drastically sixteen years later when Thomas starts working on the *Tertia Pars* of his *Summa theologiae* which he leaves unfinished in the middle of his treatise on penance. In our text under consideration ST III, q. 89, a. 3 there is a plethora of authorities explicitly cited in every part of the *quaestio* (objections, *sed contra*, *responsio*, etc.). Article 3 has in fact nineteen explicit references and quotations: five from Scripture, six from the Church Fathers (Jerome, Gregory, Isidore, Augustine and Chrysostom), seven from Gratian's *Decretum* and one from the *Liber extra*. A further analysis also reveals that the quotations from Augustine, Jerome, Isidore and one from Gregory stem directly from the *Decretum*.⁵⁹ Moreover, the vast majority of these quotations and references to the Church Fathers and the *Decretum* do not occur in the *Super Sententiae* or in any other of his works but occur here for the first time in the entirety of Thomas's vast set of writings.⁶⁰ One can safely conclude from these numbers that, compared to the *Super Sententiae* and to his contemporaries Albert and Bonaventure, Thomas went to great lengths to offer an authoritative foundation to every part of the argument.

Let us now take a closer look at the arguments themselves. The texts quoted in the objections point to authoritative texts which say that either for penitent sinners "it is a difficult thing to return to their former degree" or that they should not "receive further promotion" or that they are even "excluded from the lowest orders of clerics". The *sed contra*, quoting from the *Decretum* D.50, c.21 *Contumaces*, offers a text which defends the opposite view: when penance has reformed those sinners "gradum suum dignitatemque recipiet". Thomas was surely not the first to meet this conundrum. In fact, Gratian himself admits that there exists a "dissonantia auctoritatum" and aims to bring them into harmony [*ad concordiam reuocari ualeat*]. As he explains in D. L, d.p.c. 24 and 28, the stricter decrees are applicable, not to those who hate the crime they have committed, but to those who do penance merely out of fear for their reputation or out of ambition. The more lenient decrees refer to those who worthily offer penance to God and can indeed be received back into their former dignity.⁶¹

⁵⁹ The references to the *Decretum* are as follows: in the *objectiones* he refers to *prima pars* D.50, c.30 *Quicumque dignitatem* (RF I, 191), d. 50, can. 60 *Canones* (RF I, 200), D.50, c.52 *Hi qui altario* (RF I, 197). The *sed contra* refers to, D. 50, can. 16 *Tua sanctitas* (RF I 184) and D. 50, can. 21 *Contumaces* (RF I, 186). The *responsio* refers to D. 50, can. 28 *Domino* (RF I, 188), D. 50, can. 29 *Si quis diaconus* (RF I, 190), D. 50, can. 8 *Si quis viduam* (RF I, 179) and P. I, d. L, can. 34 *De his vero* (RF I, 193).

⁶⁰ For more details see J. VIJGEN, *The Patristic Sources of Thomas' Treatise on Penance in Reading the Church Fathers with Thomas Aquinas*, ed. J. Vijgen, P. Roszak, Turnhout, Brepols, 2021, pp. 409-440.

⁶¹ D. 50, d.p.c. 24 (RF I, 187): "Quomodo igitur huiusmodi auctoritatum dissonantia ad

In his response Thomas distinguishes between a dignity *ad Deum* and a dignity *ad Ecclesiam* which can both be lost by sin. The dignity with respect to God is again twofold: a principal dignity and a secondary dignity. The principal dignity of being counted among the children of God is restored by penance, whereas the secondary dignity of innocence can never be recovered, that is to say, what is lost cannot be restored in the sense of being undone. However, such a person can sometimes gain even more “because as Gregory says, ‘those who acknowledge themselves to have strayed away from God, make up for their past losses, by subsequent gains: so that there is more joy in heaven on their account, even as in battle, the commanding officer thinks more of the soldier who, after running away, returns and bravely attacks the foe, than of one who has never turned his back, but has done nothing brave’”.⁶² Not surprisingly, Thomas develops this distinction against the background of the parable of the prodigal son in Luke 15; the prodigal son regained his former principal dignity, whereas the elder son never lost his secondary dignity (Luke 15: 29: “I have never transgressed thy commandments”). St. Thomas must have found this passage in Gregory’s *Homilies on the Gospels* while composing his *Catena* on Luke for only there can one find this text,⁶³ which is absent from his *Super Sententiae* as well as from Lombard’s *Sententiae* and Gratian’s *Decretum*. Here we have a clear indication, or so it seems to be, that the direct contact with the Church Fathers for which Thomas is renowned enables him to go further than the distinction between guilt and penalty which we encountered in the *Super Sententiae*.

In the second part of the response he deals with the dignity *ad Ecclesiam* or ecclesiastical dignity, that is to say, the ability to perform an ecclesiastical office or the lack thereof. One immediately notices the extensive use of the

concordiam reuocari ualeat, breuiter inspiciamus. Sunt quidam, quos non odium criminis, sed timor uilitatis, amissio proprii gradus et ambitio celsioris ad penitentiam cogit. Hos sacri canones irrecuperabiliter deiciunt, quia qui simulatione penitenciae uel affectione honoris adeo non consequitur ueniam, nec ab ecclesia meretur reparationem. Unde Augustinus scribit ad Bonifacium: [epist. L.] D. 50, d.p.c. 28 (RF I, 190): “Quicumque igitur pro criminibus suis digne Deo penitentiam obtulerint, auctoritate Gregorii et Ieronimi et Augustini et Ysidori gradum pristinae dignitatis recipere possunt. Qui autem non odio criminis, sed timore uilitatis uel ambitione honoris falsas Deo penitencias offerunt, in pristini honoris gradum reparari minime poterunt”. For more on this theme in Gratian see A. LARSON, *Master of Penance. Gratian and the Development of Penitential Thought and Law in the Twelfth Century*, Washington, D.C., The Catholic University Press of America, 2014, pp. 238-244.

⁶² ST III, q. 89, a. 3 c.: “Recuperat tamen quandoque aliquid maius. Quia, ut Gregorius dicit, in homilia de centum ovibus, qui errasse a Deo se considerant, damna praecedentia lucris sequentibus recompensant. Maius ergo gaudium de eis fit in caelo, quia et dux in praelio plus eum militem diligit qui post fugam reuersus hostem fortiter premit, quam illum qui nunquam terga praebuit et nunquam aliquid fortiter fecit”. See GREGORY, *In Evang.* II, hom. 34 (PL 76, 1248; SC 522, 382).

⁶³ *Catena in Lc.*, cap. 15, l. 1, no. 2488.

Decretum in all four of the cases described by Thomas. The restoration to a former dignity depends first on a preceding atonement through repentance or through confession. The authority quoted is Isidore as mentioned in D.50 c.28 *Domino*. Secondly, it depends on a sincere repentance, involving compunction, prayer, fasting, etc. as mentioned in d. 1, can. 29 *Si quis diaconus*. Thirdly, an irregularity can, following D. 50, can. 8 *Si quis viduam*, either lead to being prohibited to enter the clerical state or to being “cast out” (*dejiciatur*) of it. Finally, Thomas mentions the issue of scandal, quoting Rabanus from D. 50, can. 34 *De his vero*. The public nature of a scandal, involving perjury, theft, fornication and the like must lead to a deposition from one’s former rank because of the scandal it causes. Private sins (*absconse*), confession and penitential acts may lead to retaining one’s rank.

In his rationale for rejecting the objections Thomas again relies heavily on Gratian’s own reading of Augustine in D.50 c.28 in his commentary in d.p.c. 28. Canonical laws prohibiting a repentant sinner to enter, return to, or remain in the clerical state do not reflect the Church’s despair in God’s mercy for otherwise neither King David nor Peter would have remained a king or an apostle, respectively. These laws, rather, intend to preserve the Church’s authority or take into account the reality of insincere contrition and worldly ambition.⁶⁴ It is noteworthy that this is the first and only time Thomas, via Gratian, uses this text from Augustine throughout his entire set of writings. A text by Chrysostom, in which, commenting on John 21, 17 (“Feed my sheep”), Chrysostom emphasizes the greater confidence of Peter in Jesus even after Peter’s denial and repentance, is used to imply that Peter’s penance was a private one so that it is allowed for a private sinner like Peter to advance to a higher grade, i.e. as *pastor ovium Christi*. As with the reference to Gregory earlier in the *corpus*, Thomas draws on his *Catena* on John, chapter 21 for additional corroboration that restoration to one’s former dignity is indeed possible.

By 1273 Thomas offered his readers a more nuanced and richer treatment of our question under consideration than Albert and Bonaventure did. The nuance is provided by the passage from Gregory in which the bravery of a soldier, returning to the battlefield, is compared to the penitent sinner. The richness comes from a variety of authoritative sources (Scripture, Church Fathers, Gratian), many of whom Thomas employs here for the first time in his writings and whom he has encountered through the mediation of Gratian.

3. CONCLUSION

Above we have indicated two relatively small passages of Aquinas’s *Summa theologiae* to demonstrate that his study and use of Gratian is far more interesting than it may first appear. We did this with the first explicit places Gra-

⁶⁴ Gratian and Thomas are quoting from Augustine, *Epistulae* 185, c. 10 (PL 33, 812).

tian appears in the *Summa*, in Aquinas's treatment of law and later the virtue of justice, and one of the last pages Aquinas composed, in his treatment of penance. Yet, these instances merely constitute Aquinas's most explicit use of Gratian. What of the implicit legal language that Aquinas in some places seems to intentionally call upon?⁶⁵ What of the influence of the *Liber Extra* compiled by none other than Raymond of Peñafort, Aquinas's Dominican confrere and associate, or his highly influential *Summa de casibus*? If we can ask this question of Aquinas, certainly we can ask it of multiple other medieval theologians: Bonaventure, Albert the Great, etc. Moreover, we can and should ask the inverse question: how have the theologians shaped medieval ecclesiastical law subsequent to them?

Both Thomas's oeuvre and the medieval canon law tradition represent massive sources of knowledge in their own right. Tracing connections will likely require a familiarity with both. For these and similar expeditions, we hope to invigorate fellow medieval scholars both on the theological and juridical side, fully acknowledging that such ventures push the fine line between hubris and magnanimity.⁶⁶

Moreover, such a project is timely. Despite the danger, there is now a surging interest in the relationship between 12th Century "canonists" and "theologians" – though these designations are somewhat post-fabrications – at a point in history when these respective fields had not been completely divided by intellectual drift. Certainly, the collision of these two intellectual oceans makes for no safe sailing. The demands of such a study can make the task appear overwhelming, certainly for any one individual alone. Yet, it is precisely because both fields of learning are so important that the work will prove both fruitful and intriguing. Perhaps now is the time to begin mapping the interaction and influence that existed between the ocean of medieval canon law and Thomas Aquinas, this *oceanum incognitum*.

BIBLIOGRAPHY

ALBERTUS MAGNUS, *In IV Sententiarum*, ed. A. Borgnet, Paris, Vivès, 1894.

BONAVENTURA, *In IV Sententiarum*, ed. Quaracchi, Ex Typographia Collegii S. Bonaventurae, 1889.

ANDERSON J. M., *Is It Better to Die Excommunicated than Act against One's Conscience? What Aquinas Famously (Never) Said on Conscience and Church Authority*, «Ephemerides Theologicae Lovanienses» 95 (2019), pp. 567-593.

⁶⁵ J. M. ANDERSON, *Is It Better to Die Excommunicated than Act against One's Conscience? What Aquinas Famously (Never) Said on Conscience and Church Authority*, «Ephemerides Theologicae Lovanienses» 95 (2019), pp. 567-593, esp. p. 577, n. 28.

⁶⁶ For this purpose, we have established an international working group called Thomas Aquinas and Canon Law. See <https://thomasaquinasandcanonlaw.wordpress.com>.

- BOURKE V. J., *Is Thomas Aquinas a Natural Law Ethicist?*, «The Monist» 58 (1974), pp. 52-66.
- BROWN O. J., *Appendix 1: Ius and Lex in Aquinas*, in IDEM, *Natural Rectitude and Divine Law in Aquinas: An Approach to an Integral Interpretation of the Thomistic Doctrine of Law*, Toronto, PIMS, 1981, pp. 165-174.
- CROWE M. B., *The Changing Profile of the Natural Law*, The Hague, Nijhoff, 1977.
- GELINAS E. T., *Ius and Lex in Thomas Aquinas*, «American Journal of Jurisprudence» 15 (1970), pp. 154-170.
- GRATIANUS, *The Treatise on Laws: (Decretum DD. 1-20)*, transl. by A. Thomson, J. Gordley, K. Christensen, Washington, D.C., Catholic University of America Press, 1993.
- GRATIANUS, *Decretum magistri Gratiani*, ed. E. Richter, E. Friedberg, Leipzig, B. Tauchnitz, 1879-1881; Reprint Graz: Akademische Druck und Verlagsanstalt, 1959 («Corpus iuris canonici»).
- GRATIANUS, *Gratian's «Tractatus de penitentia». A New Latin Edition with English Translation*, ed. A. A. Larson, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 2016.
- ISIDORUS, *Etymologiarum sive Originum libri XX*, ed. W. M. Lindsay, Oxford, Clarendon Press, 1911.
- JEAN CHRYSOSTOME, *À Théodore*, ed. J. Dumortier, Paris, Cerf, 1966 (SC 117).
- KALINOWSKI G., *Le fondement objectif du droit d'après la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, «Archives de philosophie du droit» 18 (1973), pp. 59-75.
- KALINOWSKI G., *Sur l'emploi métonymique du terme ius par Thomas d'Aquin*, «Archives de philosophie du droit» 18 (1973), pp. 331-339.
- KOSSEL C. G., *Natural Law and Human Law (IaIIae, qq. 90-97)*, in *The Ethics of Aquinas*, ed. S. J. Pope, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2002, pp. 169-193.
- KENT B., *Habits and Virtues (IaIIae, qq. 49-70)*, in *The Ethics of Aquinas*, ed. S. J. Pope, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2002, pp. 116-130.
- LARSON A., *Master of Penance. Gratian and the Development of Penitential Thought and Law in the Twelfth Century*, Washington, D.C., The Catholic University Press of America, 2014.
- LARSON A., *Gratian*, in *Law and the Christian Tradition in Italy: The Work of Great Christian Jurists*, ed. O. Condorelli, R. Domingo, London-New York, Routledge, 2020, pp. 41-55.
- METZ W., *Lex und ius bei Thomas von Aquin in Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne?*, ed. M. Walther, N. Brieskorn, K. Waechter, Stuttgart, Steiner, 2008, pp. 17-36.
- OSBORNE JR. T. M., *Perfect and Imperfect Virtues in Aquinas*, «The Thomist» 71 (2007), pp. 39-64.
- PADOVANI A., *Ius e lex a Cicerone a san Tommaso d'Aquino e oltre*, «Rivista internazionale di diritto comune» 29 (2018), pp. 189-262.
- PENNINGTON K., *Lex Naturalis and Ius Naturale*, «The Jurist» 68 (2008), pp. 569-591.
- PETRUS CANTOR, *Summa quae dicitur Verbum abbreviatum (textus conflatus)*, ed. M. Boutry, Turnhout, Brepols, 2004 («CCCM» 196).

- PETRUS COMESTOR, *Sententiae de sacramentis*, ed. R. M. Martin, Louvain, 1937.
- PETRUS LOMBARDUS, *Sententiae in iv libris distinctae*, ed. Grottaferrata, Collegio S. Bonaventurae ad Claras Aquas, 1971-1981.
- RATZINGER J., HABERMAS J., *Dialectics of Secularization: On Reason and Religion*, trans. by B. McNeil, San Francisco, Ignatius, 2005.
- RHONHEIMER M., *Benedikt XVI über Rechtsstaat, Demokratie und Naturrecht. Die Reden in Berlin und London*, in *Der Theologenpapst. Eine kritische Würdigung Benedikts XVI*, ed. J. Tüek, Freiburg i. Br., Herder, 2013, pp. 135-157.
- THOMAS DE AQUINO, *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita, t. 4-12*, Romae, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 1888-1906.
- THOMAS DE AQUINO, *The Summa Theologiae of St. Thomas Aquinas*, Literally trans. by Fathers of the English Dominican Province, 2nd and rev. ed., New York, Benziger, 1948.
- THOMAS DE AQUINO, *Liber de veritate catholicae Fidei contra errores infidelium seu Summa contra Gentiles*, t. 2-3. ed. P. Marc, C. Pera, P. Caramello, Taurini-Romae, Marietti, 1961.
- VAN OVERBEKE P. M., *La loi naturelle et le droit naturel selon saint Thomas*, «Revue thomiste» 57 (1957), pp. 53-78; 450-495.
- VAN OVERBEKE P. M., *Droit et Morale: Essai de synthèse thomiste*, «Revue thomiste» 58 (1958), pp. 285-336; 674-694.
- VIJGEN J., *The Patristic Sources of Thomas' Treatise on Penance in Reading the Church Fathers with Thomas Aquinas*, ed. J. Vijgen, P. Roszak, Turnhout, Brepols, 2021, pp. 409-440.
- VILLEY M., *Si la théorie générale du droit, pour Saint Thomas, est une théorie de la loi*, «Archives de philosophie du droit» 17 (1972), pp. 427-431.
- WEIGAND R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, Hueber, 1967.

GIURISPRUDENZA

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, 2 ottobre 2018, Prot. n. 52094/16 CA, Ordinariato Militare N. *Della soppressione della parrocchia X presso l'Accademia Militare Y* (Rev.do Z e altri – Congregazione per il Clero).*

SENTENTIA DEFINITIVA IN NOMINE DOMINI. AMEN

FRANCISCO PP. feliciter regnante, Pontificatus sui anno VI, die 2 octobris 2018, Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, videntibus Em.mis ac Rev.mis D.nis Dominico Card. Mamberti, *Praefecto*, Leonardo Card. Sandri, Iosepho Card. Versaldi, atque Exc.mis ac Rev.mis D.nis Philippo Iannone, O. Carm., et Francisco Daneels, O. Praem., *Ponente*, atque intervenientibus primum Cl.mo Michaële Meconcelli, *piae memoriae*, et dein Cl.mo Andrea Errera, *tamquam Patrono Partis Recurrentis*, et Cl.mo Tobia Krogner-Kornalik, *utpote Patrono Congregationis pro Clericis et Exc.mi Episcopi Ordinarii Militaris in N*, atque Rev.do P. Nicolao Schöch, O.F.M., *Promotore Iustitiae Substituto*, hanc definitivam tulit sententiam.

I. SPECIES FACTI

1. Duplici decreto, die memoriae S. Agathae scilicet 5 februarii anni 2016 lato, Exc.mus Episcopus militaris N paroeciam X apud militarem Aca-

SENTENZA DEFINITIVA NEL NOME DEL SIGNORE. AMEN

Felicemente regnando FRANCESCO, nel sesto anno del suo pontificato, il giorno 2 ottobre 2018, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, essendo Giudici nella causa gli Eminentissimi e Reverendissimi Signori Dominique Card. Mamberti, *Prefetto*, Leonardo Card. Sandri, Giuseppe Card. Versaldi e gli Ecc.mi e Rev.mi Mons. Filippo Iannone, O. Car. e Mons. Frans Daneels, O. Praem., *Ponente*, ed intervenendo dapprima il Ch.mo Michele Meconcelli, di *pia memoria*, ed in seguito il Ch.mo Andrea Errera in qualità di avvocato patrocinatore della parte ricorrente, e il Ch.mo Tobia Krogner-Kornalik, in quanto avvocato difensore della Congregazione per il Clero e dell'Ecc.mo Vescovo Ordinario Militare in N, e il Rev.do Padre Nikolaus Schöch, O.F.M., *Promotore di Giustizia Sostituto*, ha emesso questa sentenza definitiva.

I. SPECIES FACTI

1. Con un duplice decreto emanato nel giorno della memoria di Sant'Agata, ossia il 5 febbraio 2016, l'Ecc.mo Vescovo Militare di N ha soppresso la parrocchia

* Vedi dopo la sentenza il commento di G. PARISE, *Soppressione di una parrocchia e impossibilità di sanare un atto amministrativo illegittimo da parte del superiore gerarchico*.

demiam Y suppressit et Rev.dum Z, hucusque parochum paroeciae X, Moderatorem paroeciae militaris W nominavit. (Miro modo dein in notiziario Ordinariatus militaris decretum suppressionis paroeciae, ommissa mentione diei memoriae S. Agathae, die 8 februarii latum dicitur!)

Rev.dus Z et duo paroeciani suppressae paroeciae, frustra revocatione eius suppressionis ab Exc.mo Episcopo petita, dein ad Congregationem pro Clericis provocaverunt. Rev.dus autem Z, adversus translationem ad paroeciam W, quae duplici legislatione regitur, nempe ecclesiastica et civili, non recurrit ad Congregationem pro Clericis, sed iurisdictionem civilem adire maluit. Ipse, vero, apud Congregationem varia damna resarcienda petiit.

2. Congregatio pro Clericis decreto diei 30 iunii 2016 recursum reiecit. Quod adversus decretum Recurrentes dein hoc Supremum Tribunal adierunt, quod recursum in Congressu diei 19 iunii 2017 ad disceptationem coram hoc Collegio admisit.

Omnibus rite peractis, nunc Nobis respondendum est dubio suo tempore, id est die 14 septembris 2017, statuto:

An constet de violatione legis in procedendo vel in decernendo relate ad decretum a Congregatione pro Clericis die 30 iunii 2016 latum et, quatenus affirmative: An et quaenam damna Rev.do Z exinde illata sint et quomodo reparanda.

II. IN IURE

3. Ad normam can. 515, § 2 paroecias «supprimere... unius est Episcopi dioecesanis,

X presso l'Accademia Militare Y e ha nominato colui che fino ad allora era il parroco della parrocchia X moderatore della parrocchia militare W. (Stranamente, poi, nel notiziario dell'Ordinariato Militare il decreto di soppressione della parrocchia è detto essere stato emanato l'8 febbraio, omessa la menzione del giorno della memoria di Sant'Agata!)

Il Rev.do Z e due parrochiani della parrocchia soppressa, dopo aver chiesto invano all'Ecc.mo Vescovo la revoca di tale soppressione, si sono appellati alla Congregazione per il Clero. Il Rev.do Z, poi, avverso il trasferimento alla parrocchia W, che è retta da una duplice legislazione, ovvero ecclesiastica e civile, non ha fatto ricorso alla Congregazione per il Clero, ma ha preferito adire la giurisdizione civile. Lo stesso ha poi chiesto davanti alla Congregazione il risarcimento di diversi danni.

2. La Congregazione per il Clero con decreto in data 30 giugno 2016 ha respinto il ricorso. Contro questo decreto i ricorrenti si sono quindi rivolti a questo Supremo Tribunale, il quale, nel Congresso del 19 giugno 2017, ha ammesso il ricorso alla discussione davanti a questo Collegio.

Compiute tutte le formalità prescritte, Noi ora dobbiamo rispondere al seguente dubbio, formulato a suo tempo, ovvero il giorno 14 settembre 2017:

Se risulti una violazione della legge nel procedere o nel decidere relativamente al decreto emanato dalla Congregazione per il Clero il 30 giugno 2016 e, in caso affermativo, se e quali danni siano stati in seguito a ciò procurati al Rev.do Z e in che modo debbano essere risarciti.

II. NEL DIRITTO (IN IURE)

3. Secondo il can. 515, § 2 «sopprimere» parrocchie «spetta unicamente al Vesco-

qui paroecias ne ... supprimat ..., nisi audito consilio presbyterali». Etsi hac de re non fit mentio, evidenter iusta requiritur causa motiva, uti pro omnibus actibus administrativis ponendis. In procedendo unum tantum requiritur, id est ut antea consilium presbyterale ad rem audiatur.

4. Iuxta can. 127, § 1 cum «iure statuatur ad actus ponendos Superiorem indigere ... consilio alicuius ... coetus, convocari debet... coetus ad normam can. 166, nisi ... aliter iure particulari aut proprio cautum sit ...». Idem canon dein in distincta § 2 agit de consilio aliquarum personarum, uti singularum, petendo. Codex Iuris Canonici ideo apprimè distinguit inter consilium a singulis uti singulis et consilium a coetu uti coetu petendum. Quapropter coetus ad normam iuris convocari debet, ut de re apte disceptata consilium seu votum ipsius coetus efformari possit. Ita sententia definitiva H.S.T. coram Rouco Varela diei 27 novembris 2012: «Auditio consilii presbyteralis regitur praescripto can. 127, iuxta quod Superiori necessitas incumbit collegium seu coetum convocandi atque consilium personarum exquirendi» (prot. n. 46165/11 CA, n. 5). Et sua vice C. Begus tenet quod «non va dedotto che la funzione di consultazione sia esercitata dai singoli componenti dell'organismo individualmente considerati. Si tratta infatti di attività in rapporto strumentale e preparatorio rispetto all'espressione del parere che invece è prerogativa dell'organismo collegiale» (*Commento*, in *Monitor Ecclesiasticus* 132 [2017] 41-49: vide 47, nt. 15). Consilium separatim exquisitum a singulis membris consilii presbyteralis, sine eius adunatione, est tantum consilium a singulis sed haudquaquam ab ipso coetu exquisitum.

vo diocesano, il quale non la sopprima se non dopo aver ascoltato il consiglio presbiterale». Anche se non si fa menzione di ciò, manifestamente si richiede una causa giusta, come nel redigere tutti gli atti amministrativi.

In procedendo si chiede una cosa soltanto, cioè che prima si ascolti in proposito il consiglio presbiterale.

4. Secondo il can. 127 § 1, quando «per porre atti, è stabilito per legge che il Superiore necessiti del consiglio di un organo collegiale consultivo, si deve convocare il collegio secondo la norma del can. 166, qualora non si sia provveduto altrimenti secondo una norma di diritto particolare o propria...». Il medesimo canone, poi, nel distinto § 2 tratta della richiesta di un parere di alcune persone in quanto singole. Il Codice di Diritto Canonico pertanto distingue primariamente tra il chiedere consiglio a singoli in quanto singoli e il chieder consiglio a un organo collegiale in quanto organo collegiale. Perciò, secondo la norma di diritto, deve essere convocato l'organo collegiale, affinché sulla questione opportunamente discussa possa formarsi il parere oppure il voto del collegio stesso. Così la sentenza definitiva di Questo Tribunale Supremo coram Rouco Varela del 27 novembre 2012: «L'ascolto del consiglio presbiterale è regolato dal prescritto del can. 127, secondo il quale incombe al Superiore l'obbligo di convocare un collegio o un organo consultivo e di chiedere il parere delle persone» (prot. n. 46165/11 CA n. 5). E a sua volta Cristian Begus osserva che «non va dedotto che la funzione di consultazione sia esercitata dai singoli componenti dell'organismo individualmente considerati. Si tratta infatti di attività in rapporto strumentale e preparatorio rispetto all'espressione del parere che invece

5. Habetur vero in can. 127, § 1 clausula «nisi...aliter iure particulari aut proprio cautum sit». In Statutis consilii presbyteralis Ordinariatus militaris in N, § 4, quidam casus specifici indicantur in quibus sine convocatione coetus per cursum publicum procedi potest ad quasdam electiones peragendas, id est in stabiler constitueno coetu parochorum, ex quibus Episcopus duos seligat ad sibi adiuvandum in parochorum amotione et translatione imposita (cf cann. 1742, § 1; 1745, n. 2; 1750), in eligendis eiusdem consilii repraesentantibus in consilio pastoralis et in Concilio particulari (cf. can. 443, § 4). (N.B. Nescitur cur proprie in hoc contextu quarundam electionum per cursum publicum peragendarum dicatur quod omnia membra consilii sint sodales synodi dioecessanae, cum id iam can. 463, § 1, n. 4, statuatur et ideo ad rem electio haudquaquam requiratur). Quidquid est, patet ex Statutis normam generalem esse ut consilium presbyterale convocandum sit ad munus suum explendum, exceptis tantum praedictis casibus specificis. Animadvertendum est, servatis servandis, sufficere praesentiam sex tantum membrorum ut consilium presbyterale procedere possit (§ 8b Statutorum).

è prerogativa dell'organismo collegiale» (*Commento*, in *Monitor Ecclesiasticus* 132 [2017] 41-49: vedi 47, nt. 15). Il parere richiesto separatamente a singoli membri del Consiglio presbiterale, senza una sua convocazione è soltanto un parere chiesto a singole persone e non già al collegio stesso.

5. Invero, nel can. 127 § 1 è contemplata la clausola «qualora non si sia provveduto altrimenti secondo una norma di diritto particolare o propria». Negli Statuti del consiglio pastorale dell'Ordinariato militare in N, § 4, sono indicati alcuni casi specifici nei quali si può procedere con percorso pubblico, senza la convocazione di un organo collegiale, allo scopo di effettuare certe nomine, cioè nel costituire in modo stabile il collegio dei parroci, tra i quali il Vescovo deve sceglier(ne) due perché lo aiutino nella rimozione e trasferimento imposto di parroci (cfr. cann. 1742, § 1; 1745, n. 2; 1750), nell'eleggere i rappresentanti del medesimo consiglio nel consiglio pastorale e in un Concilio particolare (cf. can. 443, § 4). [N.B. Non si sa perché propriamente in questo contesto di fare determinate elezioni con percorso pubblico si dica che tutti i membri del consiglio siano membri del sinodo diocesano dal momento che già il can. 463, § 1, n. 4 stabilisce ciò e perciò non si richiede affatto un'elezione a tale scopo]. Comunque sia, risulta dagli Statuti essere norma generale che si debba convocare il consiglio presbiterale per adempiere il proprio compito, eccettuati soltanto i predetti casi specifici. Va tenuto presente, una volta rispettato quel che va osservato, che è sufficiente la presenza di solo sei membri perché il consiglio presbiterale possa procedere (§ 8b degli Statuti).

6. Can. 1739 Superiori hierarchico in expendendis recursibus hierarchicis amplam facultatem concedit. Qui Superior potest impugnatum decisionem confirmare, irritam declarare, rescindere, revocare, emendare, subrogare vel ei obrogare. Sed ibi nullo modo fit sermo de eius facultate eam sanandi. Codex Iuris Canonici, ceterum, tantum, servatis condicionibus peculiaribus, cavet de sanatione in quibusdam casibus specificis, scilicet de sanatione in radice matrimonii irriti (cf. cann. 1161-1165), de sanatione actuum in iure processuali (cf. can. 1619) et de sanatione sententiae vitio nullitatis sanabilis affectae (cf. cann. 1622-1623), sed nullibi praevidet sanationem uti institutum generale. Iamvero, Legislator quod voluit dixit, quod noluit tacuit. Quapropter ex silentio de generica facultate sanandi tam in can. 1739 quam in systemate Codicis Iuris Canonici concludendum est Superiorem hierarchicum in expendendo recursu hierarchico haudquaquam facultate gaudere decisionis impugnae sanandae. Quod apprime cohaeret cum regula iuris «Lite pendente nihil innovetur» (can. 1512, n. 5), quae regula utpote regula iuris recursum hierarchicum expendendum procul dubio quoque respicit. Leges, ceterum, quibus recursus hierarchicus regitur processuales habendae sunt, cum in Libro VII de processibus iaceant (cann. 1732-1739). Iam satis hac de re, de qua doctrina, toto systemate iustitiae administrativae prae oculis habito, ulterius disserere potest.

7. Sedulo tamen animadvertendum est hisce dictis firmam manere am-

6. Il can. 1739 concede al Superiore gerarchico ampia facoltà nel valutare i ricorsi gerarchici. Il quale Superiore può confermare una decisione impugnata, dichiararla nulla, rescinderla, revocarla, emendarla, surrogarla o obrogarla. Ma lì non si fa in alcun modo cenno della sua facoltà di sanarla. Il Codice di Diritto Canonico, del resto, una volta rispettate le condizioni peculiari, provvede alla sanazione in certi casi specifici, vale a dire alla sanazione *in radice* di un matrimonio nullo (cf. cann. 1161-1165), alla sanazione degli atti nel diritto processuale (cf. can. 1619) e alla sanazione di una sentenza affetta da vizio di nullità convalidabile (cf. cann. 1622-1623), ma in nessun caso prevede la *sanatio* come istituto generale. In effetti il Legislatore ha detto ciò che ha voluto e ha taciuto ciò che non ha voluto. Pertanto, dal silenzio circa la generica facoltà di sanazione tanto nel can. 1739, quanto nel sistema del Codice di Diritto Canonico, si deve concludere che il Superiore gerarchico nel valutare il ricorso gerarchico non gode della facoltà di sanare una decisione impugnata. E ciò è coerente soprattutto con la regola di diritto secondo la quale «Mentre è pendente un processo, nulla si innovi» (can. 1512, n. 5), la quale regola, in quanto regola di diritto, riguarda senza alcun dubbio anche la valutazione di un ricorso gerarchico. D'altra parte le leggi che reggono il ricorso gerarchico devono essere considerate processuali, dal momento che si trovano nel Libro VII *de processibus* (cann. 1732-1739). Già abbastanza (si è detto) circa questo argomento, ma su ciò la dottrina, tenuto presente l'intero sistema di giustizia amministrativa, può discutere ulteriormente.

7. Si deve tuttavia prendere diligentemente nota, detto ciò, che in base al can.

plam facultatem Superiori hierarchico can. 1739 concessam, ita ut ipse v.g. emendare possit decisionem ob defectum partis motivae impugnatae, adducendo nempe rationes motivas quae in actis exstant, quo vero casu actus dein forte apud H.S.T. impugnatus est actus Dicasterii, prorsus praetermisso actu auctoritatis inferioris. Ita quoque Dicasterium recursum illegitime propositum tamquam denuntiationem habere potest et, propter suum munus invigilandi, ex officio et motu proprio procedere. Sed etiam tali in casu, actus dein forte apud H.S.T. impugnatus est solummodo actus Dicasterii. Quibus tamen in casibus haudquaquam agitur de vera actus auctoritatis inferioris sanatione.

8. Quaestio de damnis reparandis regitur artt. 101 -103 Legis H.S.T. propriae.

Respicere vero potest asserta damna tantummodo ex actu forte illegitimo coram H.S.T. impugnato provenientia. Quaestio vero de expensis et honorariis distinguitur ab ea de damnis reficiendis, uti patet ex art. 30, § 3 Legis H.S.T. propriae: «In decisionibus statuitur circa expensas, honoraria et, si casus ferat, damna reficienda».

III. IN FACTO

9. Ad quaestionem de asserta impugnatae decisionis illegitimitate in decernendo ex parte Exc.mi Episcopi Ordinarii militaris quod attinet, pernota est difficultas probandi in causis suppressionis paroeciae ne unam quidem iustam rationem motivam

1739 rimane ampia la facoltà concessa al Superiore gerarchico, a tal punto che egli, per esempio, può emendare una decisione impugnata per un difetto della *pars motiva*, adducendo cioè le ragioni motive che stanno agli atti, nel qual caso invero l'atto in seguito eventualmente impugnato presso Questo Supremo Tribunale è un atto del Dicastero, essendo stato del tutto tralasciato l'atto dell'autorità inferiore. Così, anche il Dicastero può considerare il ricorso avanzato illegittimamente come una denuncia e, per il suo compito di vigilanza, procedere d'ufficio e di propria iniziativa. Anche in tale caso, tuttavia, l'atto in seguito eventualmente impugnato presso Questo Supremo Tribunale è solamente un atto del Dicastero. In questi casi, comunque, non si tratta affatto di una vera sanazione di un atto di un'autorità inferiore.

8. La questione della riparazione dei danni è regolata dagli artt. 101-103 della *Lex propria* di Questo Supremo Tribunale. Ma essa può riguardare unicamente danni dichiarati provenienti da un atto eventualmente illegittimo impugnato davanti a Questo Supremo Tribunale. Invece la questione delle spese e degli onorari è distinta da quella riguardante la riparazione dei danni, come risulta evidente dall'art. 30, § 3 della *Lex propria* di Questo Supremo Tribunale: «Nelle decisioni si delibera riguardo alle spese, agli onorari e, qualora il caso lo richieda, circa la riparazione dei danni».

III. NEL FATTO (IN FACTO)

9. Per quanto riguarda la questione dell'asserita illegittimità *in decernendo* della decisione impugnata da parte dell'Ecc.mo Vescovo Ordinario Militare, è notissima la difficoltà di provare, nelle cause di soppressione di una parrocchia, che neppure uno dei motivi sia

haberi. In casu Exc.mus Episcopus in primis genericam rationem motivam indicavit, scilicet saltem opportunitatem ut, attenta deminutione per quintamdecimam partem ex centum subsidiorum exercitui ex parte gubernii civilis tributorum, etiam Ordinariatus expensas reduceret; quod argumentum genericum non caret rationabilitate. Ad id efficiendum Exc.mus Praesul opportunam duxit suppressionem paroeciae in regione R, attenta disproportione inter numerum paroeciarum in hac regione et earum numerum in aliis regionibus N, eo vel magis cum deficerent presbyteri ad officium parochi in paroeciis iam vel mox vacantibus assumendum. Cum gressus fierent ad unionem Academiae militaris cum sede P et Academiae militaris Y (R), Exc.mus Episcopus censuit duas paroecias ibi exstantes esse uniendas, ita ut efformaretur nova paroecia sub nomine Paroeciae Militaris apud Scholam T. Pars Recurrens contra contendit argumentum penuriae cleri non valere, cum haberentur duo presbyteri Ordinariatus incardinati, qui extra eum officio funguntur. Sed haud probat illos paratos esse et condiciones adimpleri ut ipsi officium parochi militaris in Ordinariatu assumerent. Apparet, insuper, ex actis in casu potius collocationem sedis novae paroeciae in civitate P impugnari quam ipsam unionem. Quod vero potius quam de unionis legitimitate quaestio est de collocationis eius sedis opportunitate, de qua huius Signaturae Apostolicae non est videre. Suspiscatur tandem Pars Recurrens Exc.mum Episcopum per suppressionem paroeciae militaris apud Academiam Y intentionem habuisse obligandi Rev. dum Z ad novum officium moderatoris paroeciae militaris W adeundum. Sed ita agitur de processu intentionis seu de

ritenuto essere giusto. Nel caso (in questione) l'Ecc.mo Vescovo ha indicato innanzitutto un motivo generico, vale a dire almeno l'opportunità che, tenuto conto della riduzione del 15% dei sussidi assegnati all'esercito da parte del governo civile, anche l'Ordinariato riducesse le spese; argomento generico che non è privo di ragionevolezza. Per realizzare ciò l'Ecc.mo Presule ha giudicato opportuna la soppressione della parrocchia nella regione R, tenuto conto della sproporzione tra il numero delle parrocchie in questa regione e il loro numero in altre regioni N, tanto più che mancavano presbiteri per assumere la funzione di parroco nelle parrocchie già vacanti o destinate ad esserlo ben presto.

Procedendo verso l'unione dell'Accademia militare con sede P e dell'Accademia militare Y (R), l'Ecc.mo Vescovo ha ritenuto che le due parrocchie che li sorgevano dovessero essere unite, così che si formasse una nuova parrocchia sotto il nome di Parrocchia Militare presso la Scuola T. La parte ricorrente invece si è opposta sostenendo che l'argomento dell'esiguità del clero non aveva valore, dal momento che si avevano due preti incardinati nell'Ordinariato, i quali adempiono il loro ufficio al di fuori di esso. Ma non prova che essi fossero preparati e che fossero soddisfatte le condizioni perché essi stessi assumessero la funzione di parroco militare nell'Ordinariato. Appare chiaro, inoltre, dagli atti nel caso che viene impugnata piuttosto la collocazione della sede di una nuova parrocchia nella città P che l'unione stessa. Il che, in verità, piuttosto che un problema riguardante la legittimità dell'unione è un problema che riguarda l'opportunità della collocazione di tale sede, sul quale non spetta a questa Segnatura Apostolica decidere.

internis, de quibus quoque iudicis non est videre. Quibus omnibus consideratis, censendum est non constare de violatione legis in decernendo ex parte Exc.mi Episcopi Ordinariatus militaris in N.

In sostanza, la parte ricorrente sospetta che l'Ecc.mo Vescovo, attraverso la soppressione della parrocchia militare presso l'Accademia Y abbia avuto l'intenzione di obbligare il Rev.do Z ad assumere la nuova funzione di moderatore della parrocchia militare W. Ma così si tratta di un processo alle intenzioni o di faccende interne sulle quali pure non spetta al giudice decidere.

Considerati tutti questi aspetti, si deve ritenere che non risulta una violazione della legge *in decernendo* da parte dell'Ecc.mo Vescovo dell'Ordinariato Militare in N.

10. Aliter vero dicendum est de illegittimitate in procedendo ad impugnatum Exc.mi Episcopi Ordinarii militaris actum quod attinet. Constat enim consilium presbyterale convocatum non esse ut consilium de suppressione paroeciae X promeret. Ad rem invocari nequit asserta urgentia decisionis, nam singula membra consilii per litteras electronicas ad rem iam die 25 iunii 2015 audita sunt et impugnata decisio tantum die 5 februarii 2016 lata est. Nec valet Exc.mi Praesulis obiectio, iuxta quam consilium presbyterale in sessionibus dierum 6 octobris 2015 et 18 ianuarii 2016 de re disceptare posset, nam in convocatione ad sessionem diei 6 octobris 2015 inter obiecta considerata solummodo indicata sunt consecraria unionis extinctivae paroeciarum in contextu mutationum ad ministros pastorales quod spectat, atque, praesertim, in minutis illarum sessionum ne verbum quidem invenitur de dicta unione paroeciarum. Nihil impedit quominus Exc.mus Episcopus per cursum electronicum mentem omnium presbyterorum audiat in rebus maioris momenti, dummodo, quando iure requiritur, dein consilium presbyterale convocetur ad votum suum promen-

10. Di contro, in modo diverso ci si deve pronunciare su ciò che riguarda l'illegittimità nel procedere circa l'atto impugnato dato dall'Ecc.mo Vescovo Ordinario Militare. Risulta infatti che non è stato convocato il consiglio presbiterale per esprimere un parere circa la soppressione della parrocchia X. Al riguardo non può essere invocata l'asserita urgenza della decisione: infatti, i singoli membri del consiglio furono ascoltati in proposito già il 25 giugno 2015 via posta elettronica e la decisione impugnata è stata presa soltanto il 5 febbraio 2016. Né vale l'obiezione dell'Ecc.mo Presule, secondo la quale il consiglio presbiterale avrebbe potuto discutere della questione nelle sessioni dei giorni 6 ottobre 2015 e 18 gennaio 2016; infatti nella convocazione per la sessione del 6 ottobre 2015 tra i punti all'ordine del giorno furono indicate le conclusioni gli atti conseguenti all'unione estintiva delle parrocchie nel contesto dei cambiamenti, cosa che riguarda i ministri pastorali, e, in particolare, nei verbali di quelle sessioni non si trova neppure una parola sulla detta unione delle parrocchie. Nulla impedisce che l'Ecc.mo Vescovo ascolti via mail il pensiero di tutti i preti in que-

dum, id quod sat facile fieri potest, eo quod tantummodo praesentia saltem sex membrorum sufficit ut consilium agere valeat. Quibus dictis, patet constare in casu de violatione legis in procedendo ex parte Exc.mi Episcopi Ordinarii militaris.

zioni di maggiore importanza, purché, quando è richiesto dal diritto, successivamente si convochi il collegio presbiterale perché esprima il suo voto, cosa che si può fare abbastanza facilmente per il fatto che è sufficiente soltanto la presenza di almeno sei membri perché la decisione abbia valore effettivo. Ciò detto, è palese che nel caso (in questione) risulti una violazione della legge *in procedendo* da parte dell'Ecc.mo Vescovo Ordinario Militare.

11. Sua ex parte Congregatio pro Clericis, ut constat ex praedictis, frustra impugnatam eiusdem Exc.mi Episcopi decisionem uti legitimam in procedendo habere conata est. Idem Dicasterium ad cautelam nihilominus praeterea edixit se impugnae decisionis illegitimitatem, casu quo haberetur, sanare. Qua tamen sanandi facultate, uti vidimus in iure, Congregatio non pollet, Habetur proinde error in procedendo ex parte eiusdem Dicasterii.

11. Da parte sua, la Congregazione per il Clero, come risulta da quanto predetto, ha tentato invano di considerare come legittima *in procedendo* la decisione del medesimo Ecc.mo Vescovo impugnata. Lo stesso Dicastero, inoltre, per precauzione, ha nondimeno stabilito di sanare l'illegittimità dell'impugnata decisione, nel caso in cui fosse ritenuta (illegittima). Tuttavia, in tale facoltà di sanazione, come abbiamo visto, secondo diritto, la Congregazione non ha potere. Si ha quindi errore *in procedendo* da parte del medesimo Dicastero.

12. Cl.mus Rev.di Z Patronus damna oeconomica resarcienda esse censet ob duplicem rationem, scilicet ob expensas pro nova eius habitatione prope civitatem W factas et ob amissum munus docendi in schola militari R.

12. Il Ch.mo avvocato difensore del Rev. do Z è del parere che i danni economici debbano essere risarciti per una duplice ragione, cioè per le spese sostenute per la sua nuova residenza nei pressi della città di W, e per il perduto incarico di insegnamento nella scuola militare R.

Ad primum sine ambagibus dicendum est haec asserta damna colligata esse cum novo munere moderatoris parocchiae militaris W ei collato, adversus quod Rev.dus Dominus nullum coram Ecclesia proposuit recursum. Deest igitur quodcumque praesuppositum ut H.S.T. hac de re videat. Prorsus, ceterum, absona apparet eius petitio resarciendi quasdam expensas pro emptione

Alla prima si deve rispondere senza ambagi che tali dichiarati danni sono collegati con la nuova funzione a lui conferita di moderatore della parrocchia militare W, avverso la quale il Rev. do Signore non ha avanzato alcun ricorso davanti alla Chiesa. Manca quindi qualsiasi presupposto perché Questo Supremo Tribunale deliberi su tale questione. D'altra parte, appare assoluta-

habitationis eiusque refectionis, quae domus ad rem haud requirebatur, sed quam ipse sibi inservire ducebat ut etiam tempore senectutis et otii in regione originis habitare posset, vitatis expensis pro habitationis conductione. Neque sequitur ex illegitimitate suppressionis paroeciae X Rev. dum Z adhuc iura uti eius parochum vindicare posse, cum ipse tempore opportuno nominationem ad novum officium W coram Ecclesia non impugnaverit.

Ad alteram rationem quod spectat, idem Cl. mus Patronus prudenter tacet de quantitate pecuniae resarcienda, probabilius ob decisionem tribunalis civilis laboris adversus Archidioecesim P (quae non est pars in hac causa!) et Ordinariatum militare die 22 maii 2017 latam. Patet, utcumque, suppressionem paroeciae X muneris in schola militari docendi amissionem ipso facto non secumtulisse.

Deficit igitur relate ad utrumque assertum damnum resarciendum necessarius nexus cum suppressione paroeciae X.

Cl. mus Rev. di Z Patronus loquitur quoque de damnis haud patrimonialibus ex repercussionibus psychicis illegitimae suppressionis paroeciae, sed non probat illas repercussiones psychicas apprimere ipsi suppressioni paroeciae tribuendas esse.

Rebus sic stantibus, petitio refectionis damnorum reicienda est.

mente fuori luogo la sua domanda che gli vengano risarcite determinate spese per l'acquisto di un'abitazione e per il suo mantenimento, casa che non era affatto richiesta allo scopo, ma che egli stesso riteneva gli servisse per poter risiedere nella regione d'origine anche nel tempo della vecchiaia e del riposo, evitando (così) le spese per l'affitto di un'abitazione. Né dall'illegittimità della soppressione della parrocchia X consegue che il Rev. do Z possa rivendicare ancora diritti in qualità di parroco di essa, dal momento che egli a tempo opportuno non impugnò davanti alla Chiesa la nomina al nuovo ufficio W.

Per quanto riguarda la seconda ragione, il medesimo Ch. mo Avvocato tace prudentemente sull'ammontare del risarcimento, più probabilmente per la sentenza del tribunale civile del lavoro nei confronti dell'Arcidiocesi P (che non è parte in questa causa!) e dell'Ordinariato Militare emessa il 22 maggio 2017. Appare evidente, comunque, che la soppressione della parrocchia X non ha comportato *ipso facto* la perdita dell'incarico d'insegnamento nella scuola militare.

Relativamente dunque al risarcimento di entrambi i danni dichiarati viene meno la necessaria connessione con la soppressione della parrocchia X.

Il Ch. mo avvocato difensore del Rev. do Z parla anche di danni non patrimoniali derivanti dalle ripercussioni psicologiche dell'illegittima soppressione della parrocchia, ma non prova che tali ripercussioni psicologiche debbano essere attribuite principalmente alla soppressione stessa della parrocchia.

Stando così le cose, la richiesta di risarcimento dei danni deve essere respinta.

IV. CONCLUSIO

13. Omnibus tum in iure tum in facto aeque rimatis, infrascripti Patres, Christi Nomine invocato, pro Tribunali sedentes ac solum Deum prae oculis habentes, dubio proposito respondendum esse decreverunt atque facto respondent:

Constare de violatione legis in procedendo relate ad decretum a Congregatione pro Clericis die 30 iunii 2016 latum.

Non constare de damnis Rev.do Z exinde illatis et reparandis.

Pars Resistens summam 1550 Euro pro expensis processualibus solvat et cautio in arca H.S.T. deposita Parti Recurrenti restituatur. Partes suo quaeque Patrono congruum solvant emolumentum.

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

Datum Romae, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 2 octobris 2018.

(Signati)

Dominicus Card. MAMBERTI, *Praefectus*

Leonardus Card. SANDRI

Iosephus Card. VERSALDI

✠ Philippus IANNONE, O. Carm.

✠ Franciscus DANEELS, O. Praem., *Ponens*

Et notificetur.

Die 6 novembris 2018

✠ Iosephus SCIACCA

Episcopus tit. Fundanus *Secretarius*

Marius LEITE DE OLIVEIRA

vices Praepositi Cancellariae gerens

IV. CONCLUSIONE

13. Esaminati equamente tutti gli aspetti sia in diritto che in fatto, i sottoscritti Padri, invocato il nome di Cristo, assisi davanti al Tribunale e avendo dinanzi agli occhi Dio solo, hanno decretato che si dovesse rispondere al dubbio proposto, e di fatto rispondono, che:

consta della violazione della legge in *procedendo* relativamente al decreto emanato dalla Congregazione per il Clero il 30 giugno 2016.

Non risultano, in conseguenza di ciò, danni procurati e da risarcire al Rev.do Z.

La parte resistente paghi la somma di € 1550 per le spese processuali e la cauzione depositata nella cassa di Questo Supremo Tribunale sia restituita alla parte ricorrente. Le parti paghino ciascuna al proprio avvocato un congruo onorario.

Decretiamo che questa sentenza definitiva sia comunicata a tutti gli interessati e sia mandata ad esecuzione, a tutti gli effetti di diritto.

Dato a Roma, dalla sede del Tribunale Supremo della Segnatura Apostolica, il 2 ottobre 2018.

(Firmato)

Dominique Card. Mamberti, *Prefetto*

Leonardo Card. Sandri

Giuseppe Card. Versaldi

✠ Filippo Iannone, O. Carm.

✠ Frans Daneels, O. Praem., *Ponente*

E si notifici.

6 novembre 2018

✠ Giuseppe SCIACCA

Vescovo tit. di Fondi *Segretario*

Mario LEITE DE OLIVEIRA

facente funzione di Sovrintendente alla Cancellaria

SOPPRESSIONE DI UNA PARROCCHIA E IMPOSSIBILITÀ
DI SANARE UN ATTO AMMINISTRATIVO ILLEGITTIMO
DA PARTE DEL SUPERIORE GERARCHICO

COMMENTO ALLA SENTENZA DEFINITIVA
DEL SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA
PROT. N. 52094/16 CA

GIOVANNI PARISE*

1. INTRODUZIONE

LA giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica riveste un ruolo chiave non solo nell'amministrazione della giustizia, ma anche nell'incidere per favorire un agire sempre più retto e conforme al bene comune da parte di chi, nella Chiesa, esercita il *munus* amministrativo, come anche la sentenza in studio attesta con la sua importante considerazione in merito alla non possibilità da parte del Superiore gerarchico (Congregazione per il Clero, nel caso) di sanare un atto amministrativo del Vescovo (Ordinario castrense, nel concreto) che difetta *in procedendo* (per la mancata effettiva retta audizione del consiglio presbiterale, prescritta *ad validitatem* dal can. 515 § 2 per sopprimere una parrocchia). La giurisprudenza, infatti, può sia consolidare che correggere la prassi, in un sempre proficuo rapporto tra le due,¹ per cui si evince subito la necessità che le pronunzie della Se-

* parisemarco1980@virgilio.it; Promotore di Giustizia deputato presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (ex art. 9 *Legis propriae Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae*).

¹ J. CANOSA, *Giurisprudenza della Segnatura Apostolica e prassi amministrativa*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 112-113; 125-127; F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, «*Ius Ecclesiae*» 10 (1998), pp. 126-127, nota 32 e 147-148; nella medesima direzione si veda, ancora, J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela garantita dal diritto amministrativo canonico*, «*Ius Ecclesiae*» 26 (2014), pp. 106-107, ed anche G. NÚÑEZ, *Notas a propósito de dos decretos recientes de la Signatura Apostólica. Supresión de parroquias y reducción a un uso profano no indecoroso*, «*Ius Canonicum*» 53 (2013), p. 280. Un interessante esempio di come la giurisprudenza della Segnatura Apostolica potrebbe intervenire a informare l'agire amministrativo, ed anche a colmare una sorta di vuoto legislativo, chiarendo così la prassi e la norma da applicare, si trova nel caso di un decreto del Supremo Tribunale in merito all'effetto sospensivo di un ricorso incardinato avverso la decisione circa la nullità di una professione perpetua, data per via amministrativa anziché per via giudiziale, commentato in J. A. ARAÑA, *Commento a Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, decreto Prot. n. 51354 / 16 CA, del 19 settembre 2016*, «*Ius Ecclesiae*» 29 (2017), pp. 659-663.

gnatura siano pubblicate e, quindi, conoscibili;² ciò si pone indubbiamente come fattore di crescita e di sviluppo del diritto amministrativo canonico.³

² In questo senso si pongono le molteplici voci di chi invoca una ben più ampia diffusione di detta giurisprudenza che, altrimenti, appare ancora scarsamente incisiva: cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla procedura in essa seguita*, «Apollinaris» 54 (1981), p. 109; G. LOBINA, *La competenza del S. T. della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla «Sectio altera» e alla problematica rispettiva*, Roma, Grafiroma, 1971, pp. 122 e 132; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 519; S. F. AUMENTA, *La tutela dei diritti dei fedeli nel processo contenzioso amministrativo canonico*, Pontificium Institutum Utriusque Iuris – Facultas Iuris Canonici, Theses ad Doctoratum in Iure Canonico, Pontificia Università Lateranense, Roma, Mursia, 1999, pp. 126, 140; M. F. POMPEDDA, *L'amministrazione della giustizia nella Chiesa*, «Ius Ecclesiae» 13 (2001), p. 680; I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 588-591; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 288-289; P. MONETA, *Gli strumenti del governo ecclesiastico: l'atto amministrativo*, in J. I. ARRIETA (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Venezia, Marcianum Press, 2008, pp. 89-91; S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la «Lex Propria»*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Lex Propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano, LEV, 2010, pp. 137-138. Baura vede nella non sistematica pubblicazione della giurisprudenza della Segnatura uno degli elementi di principale criticità del contenzioso amministrativo: E. BAURA, *Discrimine tra la via amministrativa e la via giurisdizionale nella tutela dei diritti e nei confronti dell'amministrazione ecclesiastica*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA, ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (a cura di), *Studi in onore di Carlo Gullo*, Città del Vaticano, LEV, 2017, pp. 12-14. Per la tutela e la promozione di una giustizia sostanziale, la pubblicità delle decisioni giurisprudenziali si configura quale garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, nonché segno di trasparenza (cfr. E. BAURA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in E. BAURA, J. CANOSA [a cura di], *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1-58, specialmente alla p. 19); altresì, si veda I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 674-675, che ricorda come la non possibilità di studiare in modo organico dette sentenze, secondo Zuanazzi, lede, sotto il profilo della certezza del diritto, la facoltà degli interessati di difendersi contro un atto amministrativo illegittimo.

³ Cfr. J. CANOSA, *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico*, «Ius Ecclesiae» 17 (2005), pp. 393, 402, 415. Una voce particolarmente eminente nella stessa direzione è quella di Z. GROCHOLEWSKI, *Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e sentenza canonica*, «Apollinaris» 59 (1986), specialmente alle pp. 209-210. Il contenzioso amministrativo venne introdotto da PAOLO VI, cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, 15 agosto 1967, n. 106, «AAS» 59 (1967), p. 921; sul ricorso gerarchico e sul contenzioso amministrativo in ordine alla promozione dei diritti dei fedeli e della comunione ecclesiale, si veda: F. J. ZAMORA, *Requisitos y efectos de la interposición del recurso jerárquico*, «Estudios Eclesiásticos» 94 (2019), p. 794; F. S. REA, *Specificità del Diritto amministrativo canonico e «amministrazione di missione». La ministerialità ecclesiale come fattore riqualificativo per una autonomia ontologico-disciplinare*, «Stato e Chiesa. Rivista telematica» 9 (2019), pp. 1-65. Per l'analisi ed i rimandi bibliografici cfr. pure G. PARISE, *A cinquant'anni dalla istituzione della Sectio altera del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica: i fondamenti del giudizio contenzioso amministrativo canonico*, «Angelicum» 94 (2017), pp. 781-798, e in Id., *Nulla est charitas sine iustitia. Saggi di diritto canonico in memoriam del Card. Velasio De Paolis*, CS, Chieti, Tabula Fati, 2028, pp. 23-43 e G. PARISE, *Riflessioni su peculiarità e pastoraltà del giudizio contenzioso amministrativo canonico, a cinquant'anni dall'istituzione della cd. Sectio altera* Supremi Tribunalis Si-

Ciò detto a riguardo della necessità di pubblicare la giurisprudenza della Segnatura in modo organico e sistematico, con i benefici chiarissimi che ne proverebbero,⁴ veniamo allo specifico della presente sentenza. Qui, la Segnatura Apostolica ha dovuto vedere di un ricorso sì contro la soppressione di una parrocchia, istituto disciplinato per l'appunto dal can. 515 § 2, ma questa volta si tratta di una parrocchia appartenente ad un Ordinariato militare,⁵ circoscrizione ecclesiastica equiparabile alla diocesi,⁶ ancorché, rispetto a quest'ultima, quello, segua il criterio personale piuttosto che quello territoriale; questo appare come elemento di novità rispetto ai precedenti giurisprudenziali finora resi pubblici. Va dapprima chiarito che la cost. ap. *Spirituali militum curae*, che regge e norma gli Ordinariati militari o castrensi, all'art. 1 § 1 espressamente prevede l'equiparazione o assimilazione di dette strutture ecclesiastiche alle diocesi, pur non essendo tali, e ciò anche per un'economia normativa, sicché si possa applicare loro – *nisi aliud constet* (can. 368) – la disciplina stabilita per le Chiese particolari.⁷ Non v'è dubbio, allora, che pure per il caso in questione si debba seguire la norma codiciale summenzionata.

2. CENNI AD ALCUNE QUESTIONI PRELIMINARI:

DECRETO IMPUGNATO ED ESECUZIONE DELLA SENTENZA

Il dispositivo della sentenza nell'espone la vicenda chiarisce d'inizio che a interporre ricorso presso la competente Congregazione per il Clero avverso l'atto amministrativo dell'Ordinario militare furono «*Rev.dus Z et duo parociani suppressae parociae*» e costoro si configurano come la parte ricorrente pure dinnanzi alla Segnatura Apostolica, mentre unicamente il parroco è attore dell'*actio* che ha per *petitum* il risarcimento dei danni in quanto – secondo le richieste formulate in ordine alle spese che questi avrebbe dovuto sostenere a motivo dell'illegittima soppressione, circa la perdita dell'inse-

gnaturae Apostolicae, in L. SABBARESE (a cura di), *Opus humilitatis iustitia. Studi in memoria del Cardinale Velasio De Paolis*, vol. 3, Roma, Urbaniana University Press, 2020, pp. 299-318.

⁴ A tale riguardo, si può vedere, anche per la dottrina citata, G. PARISE, *Ecclesia speculum iustitiae. Considerazioni intorno al giudizio amministrativo canonico presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, Chieti, Tabula Fati, 2016, specialmente al cap. III e, nello specifico, alle pp. 238-268 e, per quanto attiene le fattispecie in parola, alle pp. 191-238 e, soprattutto, G. PARISE, *La giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica in materia di soppressione, unione e modifica di parrocchie e di riduzione ad uso profano non indecoroso di edifici sacri*, Roma, EDUSC, 2015, cap. IV, pp. 315-345.

⁵ Cfr. E. BAURA, *Legislazione sugli ordinariati castrensi*, Milano, Giuffrè, 1992; A. VIANA, *Territorialidad y personalidad en la organización eclesiástica. El caso de los ordinariatos militares*, Pamplona, EUNSA, 1992; J. I. ARRIETA, *El Ordinariato castrense (Notas en torno a la cost. ap. Spirituali militum curae)*, «*Ius Canonicum*» 26 (1986), pp. 731-748.

⁶ Cfr. cann. 368 e 372 § 2.

⁷ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Spirituali militum curae*, 21 aprile 1986, «AAS» 78 (1986), pp. 481-486.

gnamento e a proposito di eventuali danni psicologici subiti per via della situazione – solamente lui avrebbe titolarità in detto senso.

Per quanto attiene invece al decreto impugnato, e quindi alla definizione della parte resistente nel caso, la sentenza specifica che «*apud H. S. T. impugnatus est actus Dicasterii, prorsus praetermisso actu auctoritatis inferioris*», perché effettivamente i ricorrenti incardinarono la causa solamente avverso la decisione della Congregazione per il Clero di confermare l'atto dato dall'Ordinario militare, ritenendo di poterlo sanare per quel che attiene l'omissione della corretta audizione del consiglio presbiterale, a norma dei cann. 127 e 515 §2 (e, da parte del Reverendo, contro anche il respingimento della sua richiesta di risarcimento dei danni).

In dottrina si è riflettuto su chi, nel contenzioso amministrativo, debba configurarsi quale parte resistente. Secondo la posizione di taluni autori, qualora il competente Dicastero della Curia Romana, in qualità di Superiore gerarchico, in sede di ricorso decida di riformare la decisione dell'autorità amministrativa inferiore che si è impugnata, si dovrebbe ritenere che anche quest'ultima possa essere legittimata a ricorrere alla Segnatura Apostolica proprio contro il disposto dicasteriale,⁸ anche perché – diversamente – l'autorità che emise per prima l'atto si troverebbe in una situazione peggiore di quella degli amministrati ricorrenti, costituendo in tal modo una lesione dell'uguaglianza dei diritti processuali.⁹ Di contro, non manca chi sostenga una posizione opposta alla precedente, negando la possibilità del ricorso alla Segnatura Apostolica da parte dell'autorità amministrativa che emise il provvedimento in seguito riformato da un Dicastero della Curia Romana.¹⁰ Il nostro caso, comunque, presenta una conferma, anzi, una "illegittima conferma sanante" dell'atto dell'autorità amministrativa inferiore da parte

⁸ Tra gli altri, la pensa così: G. LOBINA, *La competenza del S. T. della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla «Sectio altera» e alla problematica rispettiva*, Roma, Grafiroma, 1971, pp. 110-111.

⁹ Cfr. D. STAFFA, *Dissertationes de administratione iustitiae in Ecclesia. II. De S. T. amministrativo seu de secunda sectione S. T. Signaturae Apostolicae*, «Periodica» 61 (1972), pp. 23-24. Così pure Z. GROCHOLEWSKI, *L'autorità amministrativa come ricorrente alla Sectio Altera della Segnatura Apostolica*, «Apollinaris» 55 (1982), pp. 769-775; similmente, J. MIRAS, *L'oggetto del ricorso contenzioso-amministrativo canonico*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 287, nota 14. Per altro è il caso verificatosi nella causa Prot. n. 46187/11 CA, Decreto del Segretario, *De usu ecclesiae*, 20-1-2012, «Ius Ecclesiae» 26 (2014), pp. 99-102; tra la giurisprudenza più recentemente pubblicata si segnalano pure le Sentenze definitive del 25 maggio 2015, Prot. n. 47893/13 CA, pubblicata «Ius Canonicum» 60 (2020), pp. 271-283, e quella del 30 novembre 2017, Prot. n. 51827/16, pubblicata «Ius Canonicum» 60 (2020), pp. 284-298.

¹⁰ Gordon, Lobina e Krukowski segnalano in questo senso ad esempio Ranaudo, ma Grochowski non conviene con tali autori. Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *L'autorità amministrativa come ricorrente*, cit., p. 757. Piuttosto, si attesta su questa posizione Graziani, ed anche P. V. PINTO, *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 220-222.

del Dicastero, e tale decreto della Congregazione è ciò che viene impugnato nel concreto.

Secondo l'art. 34 § 1 della *Lex propria*, il ricorso alla Segnatura ha come oggetto l'atto amministrativo singolare emanato o approvato dal competente Dicastero della Curia Romana, che viene giudicato in merito alla legittimità, sia *in procedendo*, che in *decernendo*.¹¹ In tale senso si esprime anche la Costituzione apostolica *Pastor bonus*, all'art. 123 §1.¹² Dunque, la *Lex propria* parla di atto dato dal Dicastero o da esso confermato, come oggetto del contenzioso amministrativo. In dottrina ci si chiede se ad essere impugnato sia l'intervento del Dicastero¹³ o l'atto primigenio dell'autorità inferiore, cosicché secondo alcuni nel contenzioso amministrativo sarebbe parte resistente il Dicastero, e secondo altri, invece, l'autorità amministrativa inferiore.¹⁴ È prassi della Segnatura Apostolica intitolare le cause contenzioso amministrative che si incardinano presso essa indicando come parte resistente il Dicastero ed invitare quest'ultimo (e non l'autorità inferiore che ha emanato il provvedimento) a costituirsi un patrono; inoltre, la lite giudiziaria in seno al Supremo Foro si svolge tra ricorrente e Dicastero (senza escludere, però, l'intervento dell'autorità inferiore autrice del primo atto).

Grocholewski sostiene che parte resistente nel contenzioso amministrativo «devono essere considerati l'autorità inferiore e il Dicastero della Curia Romana»,¹⁵ a meno che non si adduca che la violazione di legge sia stata commessa solo da parte del Dicastero, caso in cui chiaramente sarebbe solo

¹¹ Cfr. V. DE PAOLIS, *Il contenzioso amministrativo. Via amministrativa e via giudiziale. Controllo di merito e controllo di legittimità*, «Periodica» 97 (2008), p. 481.

¹² Si riprende, così, la *mens* di un'interpretazione autentica che, nel 1971, chiarì le incertezze causate dal tenore della Costituzione apostolica *Regimini Ecclesiae Universae* (art. 106), che parlava delle decisioni dei Dicasteri come oggetto del ricorso, formulazione che rischiava di restringere la tutela giuridica offerta dall'appena istituito contenzioso amministrativo, considerando impugnabili solo gli atti prodotti dal Dicastero nel decidere controversie originate da provvedimenti delle autorità amministrative inferiori.

¹³ Cfr. J. R. PUNDERSON, *Contentious-administrative recourse to the Second Section of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, «Forum» 7 (1996), p. 297. Anche Scicluna ritiene che la *pars resistens* sia il Dicastero emanante l'atto; qualora il Dicastero confermi la decisione del Vescovo, Scicluna ritiene che l'autorità amministrativa inferiore possa essere considerata co-parte resistente assieme al Dicastero, venendo invitata dal Supremo Tribunale a nominarsi un patrono. Cfr. C. SCICLUNA, *Recourse against singular or particular administrative act of the diocesan bishop: request for revocation or amendment; hierarchical recourse to the Holy See; procedure before the Apostolic Signatura*, «Forum» 16 (2005), p. 104.

¹⁴ Si veda l'interessante e precisa rassegna di pensieri e motivazioni a riguardo in: Z. GROCHOLEWSKI, *La parte resistente nei processi contenzioso-amministrativi presso la Segnatura Apostolica*, in *Iustus Iudex*, Essen, Ludgerus, 1990, pp. 469-489 e «*Ius Ecclesiae*» 3 (1991), pp. 85-95. Di questo parere è anche: R. COPPOLA, *Riflessione sulla istituzione della Seconda Sezione della Segnatura Apostolica*, «*Apollinaris*» 43 (1970), pp. 365-366.

¹⁵ Z. GROCHOLEWSKI, *La parte resistente*, cit., p. 97.

questo parte resistente in modo che la Segnatura giudichi solo l'atto dicasteriale, rimanendo invece in vigore l'atto vescovile. Se, poi, il Dicastero non conferma l'atto inferiore, ma lo riforma dandone uno proprio, è chiaro che la responsabilità di quest'ultimo è unicamente del Dicastero che lo ha emesso, e in tale fattispecie potrebbe trovarsi come parte resistente contro un ricorso che può essere presentato non solo dai fedeli, ma anche dall'autorità inferiore che si è vista riformare la decisione.

Solitamente, tuttavia, quando si conferma l'atto primigenio, il ricorso in Segnatura ha quasi sempre come oggetto la legittimità dell'atto originariamente posto in essere dall'autorità inferiore, senza con questo escludere che anche il provvedimento con il quale il Dicastero ha deciso il ricorso gerarchico possa essere impugnato per violazione di legge, contestando così una doppia iniquità. La sentenza in studio lo dimostra quando afferma di giudicare unicamente circa l'atto dicasteriale per il fatto che i ricorrenti impugnarono solo questo, lasciando così intendere che avrebbero potuto fondatamente incardinare causa presso la Segnatura pure contro quello dell'Ordinario militare.

Concludendo, l'amministrazione convenuta nel giudizio di legittimità innanzi alla Segnatura Apostolica nel contenzioso amministrativo può essere: un Dicastero della Curia Romana che abbia direttamente emesso l'atto; un Dicastero della Curia Romana che abbia riformato un atto dato dall'autorità amministrativa inferiore; l'autorità amministrativa inferiore assieme al Dicastero, che abbia confermato la decisione del Vescovo diocesano.¹⁶

Il tema non è di profilo secondario, anche se si pensa all'esecuzione della sentenza e, eventualmente, al risarcimento dei danni, ovvero su chi ricada l'onere di ottemperare le decisioni prese dalla Segnatura, se il Superiore gerarchico o l'autorità amministrativa inferiore.¹⁷

¹⁶ Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 30-32. Cfr. F. SALERNO, *Il giudizio presso la «Sectio Altera» del S. T. della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, LEV, 1991, pp. 154-156. Osserva Montini che «una peculiarità della prassi canonica consiste tuttavia nel fatto che anche il Vescovo può ricorrere alla Segnatura, qualora il Dicastero abbia riformato la sua decisione. In alcuni casi il Vescovo ha vinto un tale ricorso alla Segnatura contro il Dicastero. La Segnatura, infatti non considera un Vescovo diocesano come un delegato della Autorità superiore, ma gli riconosce la sua propria responsabilità» (G. P. MONTINI, *L'amministrazione della giustizia nelle Chiese locali, con particolare riguardo ai territori di missione*, «Ius Missionale» 12 [2018], p. 186).

¹⁷ Cfr. Sentenza definitiva della Segnatura Prot. n. 29240/98 CA, commentata da J. MIÑAMBRES, *Diritto al sostentamento e diritto all'intimità dei chierici diocesani*, «Ius Ecclesiae» 30 (2018), pp. 622-623. L'attuale Prefetto della Segnatura nota come l'art. 92 della Lex propria finalmente chiarisca che l'esecuzione delle decisioni della Segnatura spetta al Dicastero che emanò o approvò l'atto amministrativo impugnato e, qualora tale Dicastero non procedesse, sarebbe lo stesso Tribunale Apostolico ad avere l'obbligo della esecuzione: Cfr. D. MAMBERTI, *A dieci anni dalla Lex propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, «Ius Missionale» 13 (2019), pp. 193-194.

Se nel caso che stiamo commentando appare evidente che la parte soccombente e che, dunque, deve eseguire la sentenza sia la Congregazione per il Clero, d'altra parte si deve ragionare sul fatto che detta decisione si ripercuote sull'Ordinario militare e sulla circoscrizione ecclesiastica stessa, poiché si dovrà ristabilire la parrocchia soppressa illegittimamente, a motivo del vizio procedurale concernente il mancato ascolto del consiglio presbiterale richiesto invece *ad validitatem* dalla norma. Ciò appare chiaro, poiché l'oggetto della contesa, al di là di quale sia il decreto impugnato, ricade *de facto* sulla decisione di sopprimere ed unire parrocchie e, quindi, secondo uno schema di giustizia sostanziale e una sua applicazione razionale, se l'errore a monte fu fatto dall'Ordinario e concerne così il provvedimento primigenio, ancorché la rimostranza sia stata avanzata esclusivamente avverso il decreto dicasteriale che opera l'errata "conferma sanante", si deve ritenere che, riconosciuta la *violatio legis in procedendo*, tocchi ristabilire la parrocchia allo *status quo ante*, e sia dovere della Congregazione per il Clero provvedere sia a notificare tale necessità all'Ecc.mo Ordinario militare, sia verificarne la retta esecuzione. La *res iudicata*, stando al tenore del can. 1642 §2, *dat actionem iudicati*, mentre l'esecuzione spetta all'autorità amministrativa:¹⁸ vi è certamente un intrinseco dovere morale e di giustizia da parte dell'autorità amministrativa soccombente di ottemperare e di rispettare la decisione emessa dal Supremo Foro, adeguando la situazione di fatto e di diritto al dispositivo della sentenza:¹⁹ «l'autorità amministrativa che ha emanato il provvedimento dichiarato illegittimo viene vincolata al giudizio, cioè deve uniformarsi alla decisione. Un eventuale rifiuto costituirebbe anch'esso un atto illegittimo, suscettibile di nuovo ricorso alla Segnatura Apostolica. È possibile anche un intervento disciplinare e l'azione per i danni»,²⁰ essendo un simile possibile comportamento di sottrazione alla giustizia certamente deprecabile e dannoso, tanto dei diritti dei fedeli, che del bene comune. In questo caso, secondo Montini, «il ricorrente potrebbe esclusivamente interporre un nuovo ricorso in cui potrebbe assumere la *violatio legis* in forza del principio che equipara la sentenza giudiziale alla promulgazione di una legge e, con-

¹⁸ Cfr. F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*, cit., p. 146. Nota De Paolis che «dal processo giudiziale deriva l'istituto della *res iudicata*, che non può essere discussa ulteriormente, proprio perché il giudizio è secondo verità, mentre l'atto del superiore è una decisione prudente secondo la situazione in cui è presa. La prima passa in giudicato, la seconda no» (V. DE PAOLIS, *Il contenzioso amministrativo*, cit., pp. 496-498). Si veda anche: B. SERRA, *Arbitrium et aequitas*, cit., pp. 291-294. Sulla questione, si veda altresì: G. NÚÑEZ, *Notas a propósito de dos decretos recientes*, cit., pp. 307-309.

¹⁹ Cfr. G. LOBINA, *Gli effetti devolutivi e sospensivi del ricorso amministrativo*, «Apollinaris» 54 (1972), p. 158.

²⁰ Z. GROCHOLEWSKI, *La «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla procedura in essa seguita*, «Apollinaris» 54 (1981), p. 104.

seguentemente, la disobbedienza di una sentenza, alla *violatio legis*». ²¹ Tuttavia, non può non apparire evidente come un tale procedimento di continui ricorsi sia inopportuno e, talora, anche assurdo, cosicché si possono esperire altri rimedi risolutivi, come ad esempio la richiesta di risarcimento del danno, l'intervento disciplinare da parte del competente Superiore gerarchico o della stessa Segnatura, il ricorso direttamente al Romano Pontefice. ²²

Per un processo amministrativo efficace appare, quindi, assai opportuno che venga prevista la possibilità di un giudizio di ottemperanza – che deve essere un vero giudizio di merito –, senza il quale il sistema appare inevitabilmente incompleto di un elemento fondamentale per un funzionamento pieno. Il sistema canonico di contenzioso amministrativo si trovava in forte difetto, mancando di norme che regolamentassero l'esecuzione della sentenza data; si trattava di una vera *lacuna legis*, che non poteva continuare ad esistere se si voleva garantire una reale difesa dei diritti dei fedeli amministrati. Pertanto, la *Lex propria* ha provveduto a colmare questa mancanza con gli artt. 92-94, assolutamente nuovi rispetto alle *Normae speciales* del 1968. In tal modo, venne finalmente normata l'esecuzione delle sentenze del contenzioso amministrativo. ²³

La questione dell'esecuzione delle sentenze date dal Supremo Tribunale è chiaramente importante perché, «laddove la tutela dei diritti di un fedele lesi da un atto amministrativo illegittimo rimanesse concretamente inefficace, l'intero sistema di giustizia amministrativa della Chiesa perderebbe la sua

²¹ G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle sentenze della «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica. Il significato di una lacuna*, in *Iustus Iudex*, cit., p. 558.

²² *Ibid.*, p. 559. Lo stesso Autore delinea alcuni mezzi che: a) possono prevenire la difficoltà di esecuzione della sentenza; b) possono facilitare l'esecuzione della sentenza; c) possono intervenire efficacemente nell'esecuzione della sentenza; d) sono propriamente preposti all'esecuzione della sentenza: cfr. G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle pronunce giudiziali della Segnatura Apostolica nel contenzioso amministrativo*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 391-404. Sul profilo di criticità dell'esecuzione della sentenza nel sistema di giustizia amministrativa della Chiesa e sulle considerazioni per un possibile superamento delle difficoltà, si veda G. PARISE, *L'esecuzione delle sentenze emesse dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica: una criticità dell'attuale sistema canonico della giustizia amministrativa?*, «*Ius Ecclesiae*» 28 (2016), pp. 587-597, e ID., *Nulla est charitas sine iustitia. Saggi di diritto canonico in memoriam del Card. Velasio De Paolis*, CS, cit., pp. 87-100.

²³ Si veda per questo argomento anche S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito*, cit. pp. 128-133. Osservazioni diverse circa alcune possibili aporie si trovano in G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle sentenze della «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica*, cit., pp. 405-407, 413-414. L'art. 93 §3 prevede che il Collegio giudicante possa talvolta disporre sul merito della controversia: questo è un apprezzabile passo in avanti nella tutela giudiziale circa l'attività amministrativa della Chiesa: cfr. M. F. POMPEDDA, *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 682. Si veda anche: I. ZUANAZZI, *De damnorum reparatione. La responsabilità dell'amministrazione ecclesiale a riparare i danni*, in P. A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Lex Propria del S. T. della Segnatura Apostolica*, Città del Vaticano, LEV, 2010, pp. 311-312.

credibilità». ²⁴ La nuova normativa, quindi, è molto interessante in questo senso e, prevedendo la possibilità che il dispositivo della sentenza contenga indicazioni anche concrete sul merito della questione dell'esecuzione (cfr. *Lex propria*, art. 93 §3), ha ulteriormente rafforzato e confermato la natura del contenzioso amministrativo come efficace strumento di un sistema di giustizia sostanziale. ²⁵

In questo, ad esempio, starebbe anche una possibile via di risoluzione per la quasi inutilità, universalmente riconosciuta come tale in dottrina, di una dichiarazione di violazione di legge solamente *in procedendo*. Infatti, non è da escludersi l'opportunità che, benché l'atto possa essere riproposto *ad normam iuris* dall'autorità amministrativa competente, il Supremo Tribunale determini tempi e modi dell'eventuale riproposizione, cosicché si eviti il ripresentarsi dell'incresciosa situazione che si configurò nella arcidiocesi di Chicago. ²⁶ In tale maniera, l'autorità amministrativa conserva quella libertà e discrezionalità che le sono proprie nel diritto di ridare – questa volta correttamente – l'atto che si è vista impugnare, ma è chiaro debba evitarsi una sorta di riproposizione emulativa dello stesso, come avvenuto nell'episodio succitato, rimandando di qualche tempo e favorendo, di contro, un retto esercizio della potestà amministrativa, il quale richiede – nella misura del possibile – che le tensioni siano ricomposte e gli animi rasserenati, in maniera tale che la questione venga valutata ed affrontata in modo oggettivo.

La previsione offerta dalla novella Legislazione, dunque, si presenta come la via di soluzione più realistica ad una controversia di non poco conto che metteva in serio dubbio l'efficacia e l'utilità stessa del giudizio contenzioso amministrativo canonico, qualora fosse stata riscontrata la mera violazione di legge *in procedendo*, riconoscendo – tra l'altro – come remota la possibilità in simili fattispecie di provare una violazione *in decernendo*: ciò andava a notevole discapito di un sistema di giustizia sostanziale come deve essere quello della Chiesa e, certamente, non giovava né alla percezione che gli amministrati devono avere di trovarsi in una situazione di buon governo, né ad un esercizio retto e sereno della potestà amministrativa, né alla consecuzione piena del bene comune.

²⁴ S. F. AUMENTA, *La tutela dei diritti dei fedeli*, cit., p. 164.

²⁵ In questo senso, si veda anche: G. P. MONTINI, *L'esecuzione delle sentenze della «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica*, cit., pp. 412-413 (particolarmente, si veda la nota 40), nonché I. ZUANAZZI, *Le contentiones ortas ex Actu potestatis administrativae: riflessioni critiche tra il "già" e il "non ancora"*, «Apollinaris» 86 (2013), p. 534.

²⁶ Riconosciuta la *violatio legis in procedendo* da parte dell'Arcivescovo che aveva disposto la soppressione di una parrocchia senza una corretta audizione del consiglio presbiterale, il Presule, avuto poi il parere favorevole del consiglio presbiterale, dopo solo una settimana dal ripristino della *conditio quo ante*, ne ristabilì la soppressione e la riduzione ad uso profano non sordido.

Nella sentenza in questione, tuttavia, non ci si è avvalsi di tale opportunità, perdendo forse l'occasione per contribuire alla formazione di una linea giurisprudenziale che sarebbe chiaramente prezioso sostegno al fattivo funzionamento del contenzioso amministrativo in ordine alla tutela dei diritti dei fedeli e del ristabilimento della giustizia.

3. LE CAUTELE PREVISTE: CAUSA GIUSTA E AUDIZIONE DEL CONSIGLIO PRESBITERALE

Come ben rammentato dalla sentenza, ancorché il can. 515 § 2 non lo prescriba espressamente, per decidere la soppressione di una parrocchia «*iusta requiritur causa motiva, uti pro omnibus actibus administrativis ponendis*»: l'esercizio dell'autorità pubblica nella Chiesa non può mai essere arbitrario, ma, attenendosi a criteri di buon governo, deve essere sempre finalizzato a raggiungere al meglio il bene delle anime.²⁷ Questo secondo una corretta ermeneutica della continuità nello sviluppo della disciplina in parola: la *ratio* fondante e necessaria per qualsiasi provvedimento di dismembrazione e modifica della parrocchia, da Trento in poi, dev'essere sempre e solo l'*animarum utilitas*, che diviene pertanto anche il criterio oggettivo su cui verificare l'opportunità di simili provvedimenti, in sede di ricorso gerarchico, tuttavia, come si ammette nella nostra decisione, «*pernota est difficultas ponendi in causis suppressionis paroeciae ne unam quidem iustam rationem motivam haberi*». Effettivamente, data l'ampia discrezionalità conferita all'autorità amministrativa e poiché quello di causa giusta è un concetto indefinito, risulta difficile dimostrare che, a tale proposito, si possa avere una *violatio legis in decernendo*, tuttavia la Segnatura non può abdicare alla sua competenza di valutare tali fattispecie, ed anzi, con la sua azione giurisdicente, conformemente alle sue competenze, dovrebbe fornire indirizzi utili a stabilire, per questi casi, quali motivi possano essere ritenuti come valido sostegno per dare simili decisioni, onde evitare di svuotare di senso e di efficacia il contenzioso stesso e, così, non tutelare a sufficienza gli eventuali diritti lesi.

La *causa giusta* si configura come la circostanza che legittima e giustifica un atto contrario o, quantomeno, diverso rispetto a ciò che è stabilito da una norma generale o da un atto giuridico. Questa nozione pertanto afferisce ad un elemento di fatto e non piuttosto alla causa dell'atto giuridico, quantunque sussista una certa relazione fra di essi. Perciò, stante una causa giusta, sebbene in generale il comportamento o la condotta singolare risultino difformi alla previsione della norma (nel caso: la parrocchia che gode di personalità giuridica è tendenzialmente perpetua),²⁸ tenuto conto delle esigenze

²⁷ Cfr. F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*, cit., p. 117.

²⁸ Diversi altri autori sostengono un certo qual diritto alla perpetuità da parte della parrocchia. Si veda, ad esempio: J. H. PROVOST, *Some canonical considerations on closing parishes*,

di giustizia, il provvedimento diventa legittimo, purché si conservi una certa qual proporzionalità così da essere *secundum ius*.

L'attuale Direttorio sul ministero dei Vescovi,²⁹ rispetto al precedente, si sofferma più diffusamente sulla questione dell'organizzazione delle strutture pastorali all'interno della diocesi, basandosi sulla realtà odierna e raccomandando di tenere presenti alcuni fattori nel procedere ad una razionalizzazione di dette strutture, considerando, altresì, che vi sia un'equa distribuzione delle stesse e del clero. Si può pensare, quindi, che nel procedere a simili decisioni, oggi i Vescovi debbano avvalersi anche delle indicazioni appena accennate, che servono come criteri orientativi e valutativi che il decreto può richiamare a sostegno della disposizione. Altresì, nel valutare i ricorsi, si dovrà vedere se la decisione si conformi o meno a queste indicazioni, che – a buon grado – offrono non solo spunti sul come deve procedere l'autorità amministrativa nel caso, ma danno anche una serie di motivi che possono costituire quella causa giusta richiesta dal can. 515 §2 per sopprimere, unire e modificare le parrocchie. Benché l'attuale Direttorio non costituisca una fonte diretta del canone in questione, certamente diviene una fonte che ne illumina il senso ed offre contemporaneamente utili criteri applicativi e di verifica. Il can. 515 §2 non indica alcuna causa "tipica" da darsi per poter sopprimere la parrocchia, che, perciò, potrà decretarsi legittimamente purché esista una causa giusta, come, per altro, sempre dev'essere per gli atti amministrativi (cfr. can. 90 §1 e can. 51). Pertanto, per le fattispecie di cui al can. 515 §2, sarà difficile determinare la mancanza di una causa valida, trattandosi di causa meramente giusta, da valutarsi a discrezione del Vescovo.³⁰

In alcuni casi, si riconoscono come motivi legittimi: la necessità di riordi-

«The Jurist» 53 (1993), soprattutto a p. 363. Così anche: E. CAPPELLINI, *La tutela dei diritti delle comunità territoriali: diocesi e parrocchia*, «Monitor Ecclesiasticus» 33 (1988), in particolare a p. 95. Martens nota che, secondo la vigente legislazione canonica, la parrocchia, proprio per il fatto che è dotata di personalità giuridica propria, a norma del diritto, è tendenzialmente permanente e, pertanto, per sopprimerla devono darsi realmente *cause giuste*, altrimenti si scade nell'arbitrarietà: cfr. K. MARTENS, *Brief note regarding the reconfiguration of parishes and the relegation of churches to profane use*, «The Jurist» 73 (2013), pp. 628-629.

²⁹ Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Apostolorum Successores*, direttorio per il ministero dei Vescovi, 22 febbraio 2004, nn. 214-216 in «EnchVat» 22/2003-2004, Bologna, EDB, 2005, nn. 2099-2109.

³⁰ Così si esprime anche F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*, cit., p. 124. «*Hac in ratione perpendenda, non solum condicio paroeciae consideranda est, verum etiam totius diocesis, ut totius diocesis saluti animarum, meliore quo fieri potest modo, provideatur*» (Decreto del Congresso del 1° febbraio 2008, Prot. n. 38691/06 CA). La giurisprudenza della Segnatura, difatti, si mostra oggi nettamente contraria a quel concetto di stabilità massima e perpetua della parrocchia se non per gravissime ragioni: cfr. i riferimenti dati da A. GULLO, *Soppressione di parrocchia: uno tsunami proveniente dagli Stati Uniti*, in ARCISODALZIO DELLA CURIA ROMANA, ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (a cura di), *Studi in onore di Carlo Gullo*, Città del Vaticano, LEV, 2017, pp. 63-64, alla nota 32.

nare le strutture pastorali della diocesi per motivi di mutate situazioni ecclesiali e sociali;³¹ la mancanza di un sufficiente numero di sacerdoti;³² il numero calante di fedeli.³³ Nota Martens che la Congregazione per il Clero, in sede di ricorso gerarchico, ha ritenuto insufficienti, e, quindi, arbitrarie, cause di ordine troppo generico rispetto alla situazione precisa di una data parrocchia della quale si intenda disporre la soppressione.³⁴ Ad esempio, informa il Canonista belga, l'aver stabilito a priori, in una certa diocesi, che vi sarebbe stato un parroco per parrocchia nella proporzione di uno ogni due-mila quattrocento fedeli è stata giudicata dal competente Dicastero Vaticano come modalità impropria per dedurre una effettiva causa giusta che fondi la decisione di sopprimere una parrocchia, poiché – stanti anche le indicazioni precise fornite dall'Istruzione *Ecclesia de mysterio*³⁵ a proposito della scarsità del clero e dei possibili corretti rimedi “di supplenza” a tale situazione – prima di decretare una tale soppressione o la chiusura di una chiesa per la mera scarsità di clero, si deve tenere in considerazione che si possono applicare soluzioni alternative, che consentano il mantenimento in vita sia della parrocchia, sia dell'edificio sacro.³⁶ La recente Istruzione – sempre della summenzionata Congregazione – *La conversione pastorale della comunità par-*

³¹ «*Episcopus diocesanus litteras pastorales edidit, quibus explicavit necessitate examinandi et reordinandi structuram pastoralem in diocesi, ob mutatas condiciones ecclesiales et sociales*» (Sentenza definitiva del 21 maggio 2011, Prot. n. 41719/08 CA, pubblicata in «*Apollinaris*» 85 [2012], pp. 414-426).

³² «*Penuria sacerdotum esse potest causa ad paroeciam supprimendam, sed minime ad ecclesiam in usum profanum redigendam, quia, etiamsi sacerdotes in Diocesi pauci sunt, laici pii et dedicati, uti iam in aliis temporibus et loci per saecula accidit, possunt apte de ecclesia tamquam aede sacra et symbolo eorundem fidei Catholicae curare*» (Sentenza definitiva 21 maggio 2011, Prot. n. 42278/09 CA, pubblicata in «*Apollinaris*» 85 [2012], pp. 427-435).

³³ «*Numerus decrescens fidelium in duabus paroeciis personalibus, quae sunt confines, pro cura pastorali fidelium eiusdem linguae erectis, necnon minor copiam sacerdotum in dioecesi – motiva quae in actis indicantur – per se constituunt iustam causam pro unione earundem paroeciarum personalium*» (Decreto definitivo del 25 giugno 1994, Prot. n. 24048/93 CA, pubblicato in W. L. DANIEL, *Ministerium Iustitiae, Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, foreword by R. L. Card. Burke, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, pp. 467-475). Circa le cause giuste per sopprimere una parrocchia: «...in singula paroecia supprimenda vel unienda imparia sunt argumenta quae [...] de numero fidelium et sacerdotum necnon de bonis temporalibus tantum in forma generali seu generica agunt; e contra semper ponderandae sunt circumstantiae concretae singulae paroeciae» (Decreto del Congresso del 21 dicembre 2011, Prot. n. 45243/11 CA, pubblicato in «*Ius Canonicum*» 53 [2013], pp. 273-278).

³⁴ La Segnatura accoglie e richiama questo aspetto ad es. nel Decreto del Congresso Prot. n. 45243/11 CA, pubblicato in «*Ius Canonicum*» 53 (2013), pp. 273-278.

³⁵ Cfr. CONGREGAZIONE PER IL CLERO E ALTRE, *Ecclesia de mysterio*, istruzione su alcune questioni circa la collaborazione dei fedeli laici al ministero dei sacerdoti, 15 agosto 1997, «*AAS*» 89 (1997), pp. 852-877.

³⁶ Cfr. K. MARTENS, *Brief note regarding the reconfiguration of parishes and the relegation of churches to profane use*, «*The Jurist*» 73 (2013), p. 629.

rocchiale al servizio della missione evangelizzatrice della Chiesa ribadisce espressamente che «la soppressione di parrocchie per unione estintiva è legittima per cause direttamente riguardanti una determinata parrocchia. Non sono invece motivi adeguati, ad esempio, la sola scarsità del clero diocesano, la situazione finanziaria generale della diocesi, o altre condizioni della comunità presumibilmente reversibili a breve scadenza (ad esempio, la consistenza numerica, la non autosufficienza economica, la modifica dell'assetto urbanistico del territorio). Come condizione di legittimità di questo genere di provvedimenti occorre che i motivi a cui ci si riferisce siano direttamente e organicamente connessi con la comunità parrocchiale interessata e non con considerazioni generali, teoriche e "di principio"». ³⁷ È un testo importante, che pone ora espressi limiti di legittimità all'agire discrezionale del Vescovo, affinché esso non sconfini nella arbitrarietà. Come ulteriore tutela, la medesima Istruzione sottolinea lodevolmente pure che «nei casi di soppressione di parrocchie, il decreto deve indicare chiaramente, con riferimento alla situazione concreta, quali siano le ragioni che hanno indotto il Vescovo ad adottare la decisione. Esse dunque dovranno essere indicate specificamente, non potendo bastare una generica allusione al "bene delle anime"». ³⁸

Concretamente, qui, purtroppo senza valutarne l'effettiva portata ma limitandosi a ricordare la difficoltà a dimostrare una *violatio legis in decernendo* per mancanza di una giusta causa, la sentenza enumera alcuni motivi adottati dall'Ordinario militare per suffragare la sua decisione, sembrando avallarli, ancorché senza espressamente sbilanciarsi a stabilirlo, il che, invece, avrebbe aiutato nel senso già detto che la giurisprudenza possa offrire esempi concordi che aiutino a definire meglio il contorno del concetto indefinito di causa giusta. Tali motivazioni citate sono: la riduzione dei sussidi assegnati all'esercito da parte del governo; la sproporzione del numero delle parrocchie nella regione rispetto alle zone circostanti; la scarsità di clero, anche se ciò viene detto, almeno in parte, come previsione. Forse i Giudici, a tale riguardo, avrebbero dovuto richiamare il fatto che simili considerazioni future non siano atte a costituire motivi solidamente giusti.

Infatti, «se la norma attributiva della discrezionalità richiama un concetto giuridico indeterminato, il giudice di legittimità ha il potere ³⁹ di riesaminare l'interpretazione ed applicazione del concetto compiuta dall'amministra-

³⁷ CONGREGAZIONE PER IL CLERO, ISTI. *La conversione pastorale della comunità parrocchiale al servizio della missione evangelizzatrice della Chiesa*, 29 giugno 2020, n. 48, in <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2020/07/20/0391/00886.html>, data ultima consultazione 10 febbraio 2021.

³⁸ *Ibid.*, n. 50.

³⁹ Si veda, ad esempio, la Sentenza definitiva del 21 maggio 2011, Prot. n. 42278/09 CA (pubblicata in «Apollinaris» 85 [2012], pp. 427-435): «*Documenta ultimam exhibita plene demonstrant fundamentum obiectivum decisionis Exc.mi Episcopi in ecclesia B tamquam sede novae parociae eligenda in ecclesia A in usum profanum redigenda*».

zione». ⁴⁰ Questo costituisce la garanzia contro l'arbitrio nell'esercizio del potere amministrativo nella Chiesa e, al contempo, dimostra l'importanza e l'opportunità del compito della Segnatura Apostolica in materia di contenzioso amministrativo. ⁴¹ Così, nel giudicare la questione della sussistenza o meno di cause sufficienti per sopprimere una parrocchia, la Segnatura non emette un giudizio sul merito, per cui sarebbe incompetente, ma valuta propriamente sulla legittimità. ⁴²

Si noti, per inciso, che, dinnanzi all'osservazione da parte del parroco a proposito del fatto che la scarsità del clero non sussisterebbe dato che vi sono ben due preti dell'Ordinariato che svolgono il loro ministero al di fuori del loro ente incardinante, la Segnatura sottolinea acutamente come non sia stato però dimostrato che questi effettivamente presentino la preparazione e le condizioni necessarie per ricoprire l'ufficio di parroco militare nell'Ordinariato (cfr. cann. 521 e 524), difatti nel nominare i titolari di uffici ecclesiastici sempre si deve verificare che essi abbiano i necessari requisiti per svolgere il ministero richiesto. Così facendo, tra l'altro, la Segnatura indica che, anche nel contenzioso amministrativo, *onus probandi incumbit ei qui dicit*. ⁴³

Una cautela particolare prevista espressamente dal can. 515 § 2, come la sentenza ben richiama, è l'obbligo di udire il consiglio presbiterale prima di emettere la decisione, poiché quest'organismo può esprimere con cognizione di causa una valutazione sulla giustezza *suapte natura* dei motivi adottati dal Vescovo, sia sulla giustezza *specificata* degli stessi nel caso concreto. Pertanto, sarà particolarmente doveroso, nel valutare eventuali ricorsi, rifarsi al parere espresso dal consiglio presbiterale che, seppur non avente forza vincolante, tuttavia può aiutare a capire se l'autorità abbia agito legittimamente o meno, ovvero può essere illuminante anche per chi – pur non conoscendo direttamente la realtà specifica – debba giudicare se una causa o un insieme di cause possano essere ritenute, in quelle circostanze peculiari, giuste.

La giurisprudenza della Segnatura in materia più volte si è dovuta soffermare sulla retta audizione del consiglio presbiterale per la fattispecie in parola, dando importanti indicazioni su come si debba intendere e su come si debba compiere tale audizione; in questo senso, ha fatto scuola specialmen-

⁴⁰ B. SERRA, *Arbitrium et aequitas*, cit., p. 24.

⁴¹ «È compito della Segnatura Apostolica e specialmente del Collegio dei Giudici sviluppare una giurisprudenza, che indichi criteri più precisi per discernere se la violazione di legge "in decernendo" sia provata o meno in detti casi» (F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*, cit., p. 129).

⁴² Cfr. N. SCHÖCH, *Religion of churches to profane use (c. 1222 §2): reasons and procedure*, «The Jurist» 67 (2007), p. 495.

⁴³ Sul tema della prova in sede contenzioso amministrativa, cfr. G. PARISE, *Circa alcune questioni afferenti al giudizio contenzioso amministrativo canonico*, «Periodica» 107 (2018), pp. 653-660.

te il noto “caso di Chicago”⁴⁴ (Prot. n. 21883/90 CA; Prot. n. 22036/90 CA), dove l’Arcivescovo aveva annunciato la sua decisione agli organi di stampa prima di consultarsi con il consiglio presbiterale. Conformemente anche agli insegnamenti conciliari (specialmente *Lumen gentium*, 28; *Christus Dominus*, 28 e *Presbyterorum ordinis*, 7), va ricordato che il Vescovo si avvale della cooperazione del presbiterio per svolgere la sua missione di pastore proprio della Chiesa particolare e, d’altra parte, il presbitero ha come funzione propria l’esercitare il ministero sacro in qualità di collaboratore del Vescovo, come emerge fin dalla stessa preghiera di ordinazione presbiterale contenuta nel Rituale Romano per le Ordinazioni. Pertanto, specialmente nel governo di una circoscrizione ecclesiastica, la forma più propria di questa cooperazione del presbiterio col Vescovo si esprime attraverso l’organismo statuito dalla legislazione, cioè il consiglio presbiterale diocesano, l’unico senato del Vescovo, al fine di perseguire il bene comune dei fedeli in modo più efficace e maggiormente rispondente alla situazione concreta.⁴⁵ Il consiglio presbiterale, quindi, deve farsi voce degli interessi pastorali di tutto il popolo di Dio che è nella diocesi.⁴⁶ In quanto consiglio, non si domanda che il voto sia favorevole e vincolante;⁴⁷ tuttavia, siffatta consultazione previa, richiede, per sua stessa natura, alcuni elementi, perché sia valida: che i membri siano stati legittimamente convocati; abbiano previamente ricevuto tutte le informazioni necessarie circa il caso su cui sono chiamati ad esprimersi (il che, chiaramente, implica che il Vescovo abbia provveduto in precedenza a raccogliere tutte le informazioni e a preparare la documentazione necessaria), comprese le cause motivate alle quali il Vescovo si rifà per suffragare la decisione che intende perseguire; e che, come collegio, esprima il suo voto consultivo.

Quindi, a norma dei cann. 127 §1 e 166-167, ci dev’essere la convocazione e, una volta riunito, il consiglio presbiterale deve dare il proprio parere sulla questione, non ritenendosi valida una mera consultazione dei membri, presi

⁴⁴ Cfr. T. PAPROCKI, *Parish closing and administrative recourse to the Apostolic See: recent experiences of the Archdiocese of Chicago*, «The Jurist» 55 (1995), pp. 875-896.

⁴⁵ Cfr. S. CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Lettera circolare Omnes christifideles*, 25 gennaio 1973, n. 9, «EnchVat» 4/1971-1973, Bologna, EDB, 1975, nn. 1916-1919.

⁴⁶ Cfr. F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*, cit., p. 121. Il medesimo Autore ben delinea i compiti e l’importanza degli organismi di partecipazione diocesani, compreso il consiglio presbiterale: cfr. F. DANEELS, *De dioecesanis corresponsabilitatis organibus*, «Periodica» 74 (1985), pp. 301-324.

⁴⁷ Il direttorio *Apostolorum successores* sottolinea che comunque il Vescovo deve evitare di dare l’impressione dell’inutilità dell’organismo e farà in modo che tutti i consiglieri possano esprimere il loro parere: cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Apostolorum Successores*, direttorio per il ministero dei Vescovi, 22 febbraio 2004, n. 183 in «EnchVat» 22/2003-2004, n. 2243. La *Novo millennio ineunte* al n. 45 asserisce che i legittimi pareri del consiglio presbiterale possiedono una rilevanza morale di particolare entità: cfr. GIOVANNI PAOLO II, lett. ap. *Novo millennio ineunte*, 6 gennaio 2001, n. 45, «AAS» 93 (2001), pp. 298-299.

singolarmente o non formalmente adunati in consiglio, come anche la presente sentenza ben ricorda (nello specifico, a ognuno venne chiesto via posta elettronica un parere), confermando e rafforzando ulteriormente il dettato giurisprudenziale in materia. I Giudici hanno sottolineato bene nella decisione qui in oggetto come si debba distinguere il §1 del can. 127 (necessità del Superiore di ricevere consiglio da parte di un organo collegiale consultivo) dalla previsione del § 2 (possibilità di richiedere il parere alle persone *uti singuli*). Della corretta audizione del consiglio deve constare dagli atti (ad es. i verbali delle sedute di detto organo collegiale), cosa che non emerge affatto nel caso (cfr. n. 10). Si sottolinea, pertanto, che non v'è margine di dubbio che per sopprimere una parrocchia, secondo il tenore del can. 515 § 2, sia prescritto di udire il consiglio presbiterale in quanto organo collegiale.⁴⁸ La sentenza evidenzia, invero, che nemmeno il diritto particolare, che nello specifico sono gli Statuti del consiglio presbiterale, secondo quanto contemplato dalla norma universale del can. 127 § 1, dispone qualcosa di difforme al prescritto codiciale, cosa che comunque, nello specifico, appare impossibile, nel senso che la legge particolare possa contrastare in una cautela posta *ad validitatem* dal Legislatore Supremo. Nonostante dopo il "caso Chicago" si sia ben chiarita la questione dell'imprescindibile ascolto, *secundum ius*, del consiglio presbiterale per simili fattispecie, si può ben notare anche dai fatti esposti nel dispositivo in analisi come simili errori vengano ancora compiuti.⁴⁹ Il Vescovo deve fare una vera convocazione dei membri e deve compiere una reale consultazione, anche nel senso che egli non deve già aver preso la decisione o aver manifestato una sua determinata volontà in merito: non sarebbe, infatti, un consulto quello che farebbe, se avesse già deciso, quanto piuttosto si tratterebbe di una mera comunicazione di una decisione già presa. Pertanto, l'audizione prescritta è da intendersi non in un senso solo formalistico, ma in maniera realistica: una vera audizione – circa la questione – di un parere consultivo emesso con scienza e coscienza dal consiglio presbiterale, il quale

⁴⁸ A sostegno di questo la Sentenza cita un precedente giurisprudenziale, una *coram* Rouco Varela del 27 novembre 2012, Prot. n. 46165/11 CA, n. 5, nonché la dottrina, nello specifico il commento di C. BEGUS in «Monitor Ecclesiasticus» 132 (2017), pp. 41-49. La medesima sentenza viene commentata pura da A. VIANA, *Consultar no es informar de una decisión ya tomada. Comentario de la Sentencia de la Signatura Apostólica de 27 de noviembre de 2012*, «Ius Canonicum» 55 (2015), pp. 763-767, dove ben si spiegano modalità, significato e portata, seppur consultiva, nel governo della Chiesa dell'audizione dei consigli prescritti da parte del Superiore.

⁴⁹ Cfr. per il "caso di Chicago": Sentenza definitiva del Collegio del 16 gennaio 1993, Prot. n. 21883/90 CA; Decreto definitivo del Collegio del 12 novembre 1994, Prot. n. 22036/90 CA; si tratta di giurisprudenza inedita. Un caso virtuoso di retta audizione del consiglio presbiterale si trova in altre pronunzie inedite: Decreto del Congresso del 23 novembre 2011, Prot. n. 45082/11 CA; Decreto del Congresso dell'11 maggio 2012, Prot. n. 45190B/11 CA. Cfr. G. PARISE, *La giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, cit., pp. 180-181 e le indicazioni ed i rimandi lì segnati.

va sentito in merito alla decisione che si intende prendere, e non in maniera generica. Nemmeno è sufficiente che i membri del consiglio presbiterale, informati dell'intenzione del Vescovo di emettere una decisione ascrivibile alle fattispecie in questione, meramente pongano domande o avanzino osservazioni critiche a riguardo, senza che si chieda e senza che si riceva un vero voto consultivo. Diversamente, a tenore dei cann. 127 §2, 2° e 500 §2, l'atto che il Vescovo emette è da considerarsi nullo e si è dinnanzi ad una violazione di legge *in procedendo*, contro cui – come si vede – si può adire al ricorso gerarchico e, successivamente, al contenzioso amministrativo.

I Giudici, di seguito, affrontano un tema alquanto interessante, ovvero la possibilità per il Superiore, in sede di ricorso gerarchico, di sanare un atto amministrativo inferiore difettoso, come ha ritenuto di fare nel caso la Congregazione per il Clero a proposito del mancato effettivo ascolto del consiglio presbiterale, quale organo collegialmente inteso, da parte dell'Ordinario militare. Sappiamo che l'agire amministrativo si caratterizza per un'ampia discrezionalità al fine di meglio permettere il raggiungimento, *hic et nunc*, del bene comune, ciò tuttavia mai deve tradursi nello scadere in azioni arbitrarie. Il Superiore gerarchico, come la sentenza rammenta, ha vasta facoltà potendo confermare, dichiarare nullo, rescindere, revocare, emendare, surrogare o obrogare un atto amministrativo posto (cfr. can. 1739), com'anche rigettare il ricorso presentato, completare il decreto e derogarlo, mutare del tutto la decisione data e stabilire l'eventuale richiesta riparazione dei danni, nonché – sebbene in modo improprio – potrebbe pure attuare un atteggiamento di silenzio o di inerzia. Tuttavia, il Codice non prevede per questa fattispecie la possibilità da parte del Superiore gerarchico di sanare l'atto illegittimo, sicché, ben dicono i Giudici, che la Congregazione non può fare ciò che la legge non prevede: laddove il Legislatore ha voluto che l'istituto della *sanatio* operasse, lo ha stabilito chiaramente; se non lo ha fatto nel nostro campo, evidentemente è perché ciò è conforme con il senso per cui si introdusse nella Chiesa il giudizio amministrativo. Difatti, nelle già strette maglie dei ricorsi contenzioso amministrativi, laddove la Segnatura può giudicare unicamente sulla *violatio legis sive in procedendo sive in decernendo*, se al Superiore gerarchico fosse conferito pure il potere della *sanatio* degli atti amministrativi illegittimi, si svuoterebbe di senso e di operatività la giustizia amministrativa della Chiesa, si svilirebbe l'effettiva tutela dei diritti dei fedeli dinnanzi all'esercizio della *potestas administrandi* e, altresì, si rischierebbe che passasse l'idea che, nell'esercizio di detta potestà data unicamente per provvedere al *bonum fidelium*, al contrario, si possa agire in modo assoluto ed arbitrario, forti – se del caso – della possibilità di sanare eventuali errori, il che certamente non gioverebbe a far avvertire, come invece deve necessariamente essere, che nella Chiesa predetta potestà si esercita sì nella discre-

zionalità, ma mai nella arbitrarietà, per l'unico fine di meglio conseguire nel concreto quello che è il bene dei fedeli. D'altra parte, proprio in tale senso si pone la previsione del can. 1512, n. 5, citato nella sentenza: «*lite pendente nihil innovetur*», un principio generale del diritto (cfr. can. 19) che non può affatto essere tralasciato nel caso. Ancora, non si può nemmeno applicare la previsione del can. 19 in materia di *lacuna legis* e di *legibus latis in similibus* perché, come ricorda la sentenza, la disciplina che regge il ricorso gerarchico, trovandosi formulata nel *Liber VII de processibus*, è da ritenersi essa stessa processuale, in quanto la sistematica codiciale offre di certo un'autorevole ermeneutica della *mens Legislatoris* utile ad interpretare, correttamente intendere ed applicare le norme stesse. I Giudici, comunque, pur reputando di aver sufficientemente discettato su tale argomento, non mancano di invitare la dottrina, che pure già ha riflettuto sulla materia, se lo crede, a progredire nell'approfondire la questione: con i principi generali del diritto, le leggi date per cause simili e la giurisprudenza dei Tribunali Apostolici, infatti, anche la dottrina è una di quelle fonti suppletorie che il can. 19 cita e che, a rigor di logica, chi deve ricorrere alle stesse dovrebbe contemplare tutte nel loro insieme per ben risolvere, secondo giustizia, un'eventuale *lacuna legis*. E tale pare essere il comportamento adottato dai Giudici nel caso, in quel fecondo dialogo fra dottrina e funzione giurisdicente che ha prodotto non solo positive evoluzioni giurisprudenziali, ma ha pure indirizzato la canonistica a riflettere secondo le direzioni più opportune. La possibilità del Superiore gerarchico di emendare un atto dell'autorità amministrativa, ricordata nel n. 7 della sentenza, è appunto diversa da quella di sanare, tanto più che, nello specifico, il Superiore non darebbe lui le motivazioni di cui eventualmente difettasse l'atto dell'inferiore, ma semplicemente le potrebbe dedurre *ex actis*, il che fa intendere che, qualora dagli atti non risultassero, non potrebbe il Superiore introdurre lui *motu proprio*, anche perché si presume non possa conoscere così specificatamente la realtà da poter sapere quali motivi possano validamente suffragare una data decisione affinché essa si configuri propriamente come quella giusta a raggiungere, in quella contingenza, il vero bene comune. Ad ogni modo, ricordano i Giudici, un simile intervento del Superiore lo renderebbe autore dell'atto, venendo di fatto tralasciato quello precedente dato dall'autorità inferiore, e ciò va sottolineato anche in funzione della definizione della parte resistente eventualmente dinanzi alla Segnatura Apostolica.

4. CIRCA LA RICHIESTA DI RIPARAZIONE DEI DANNI

La questione del risarcimento dei danni da decidersi in sede contenzioso amministrativa ad opera della Segnatura Apostolica è stata una felice previsione che ha ulteriormente segnato il passo di come vada inteso in modo corretto

il concetto di *violatio legis*, quale definente l'oggetto primario della competenza della *Sectio altera* del Supremo Tribunale, secondo quanto stabilito dal *Responso* della Pontificia Commissione per l'interpretazione dei decreti del Concilio Vaticano II dell'11 gennaio 1971.⁵⁰ Infatti, ci si interroga su come la Segnatura – conformemente ad una visione realistica della giustizia e del diritto – debba opportunamente ritenere questa sua competenza in senso largo, onde evitare di restringere ingiustamente il contenzioso amministrativo a causa di un formalismo che sarebbe lesivo per la Chiesa stessa, in quanto si ridurrebbero eccessivamente i casi in cui, dinnanzi ad un'azione errata dell'amministrazione, il sindacato giuridico può intervenire per ristabilire la giustizia, a favore del bene comune e della *salus animarum* e, quindi, con un evidente vantaggio sia per l'amministrazione che per gli amministrati. Il Tribunale nel valutare elementi della situazione sostantiva alla quale si riferisce l'atto impugnato per accertare se ci sia stato un pregiudizio illegittimo, infatti, rimane comunque nel suo proprio ambito di competenza, perché non giudica questioni di opportunità (di *merito amministrativo*), ma di legittimità sostanziale, e non solo formale; la Segnatura non interviene allo stesso modo del Superiore gerarchico, non governa ma giudica. Quella del risarcimento dei danni è così un'istanza veramente e propriamente giurisdizionale, ammissibile solo per motivi di legittimità.

Orbene, a partire dalla *Pastor bonus* art. 123 § 2, si attribuisce – dietro istanza di parte e a norma del can. 128 – alla Segnatura Apostolica la competenza a giudicare sia dell'illegittimità dell'atto, sia “*de reparatione damnorum actu illegitimo illatorum*”, il che non può non implicare un'estensione dell'oggetto del giudizio che comporti pure una piena cognizione dei rapporti sostanziali tra l'autore dell'atto ed i suoi destinatari.⁵¹ Pare questione altamente razionale infatti che, nel caso in cui l'atto fosse ingiusto, il giudice debba definire il diritto che dev'essere ristabilito; allora, non avrebbe senso una decisione che si limiti a constatare la mera illegalità dell'atto senza entrare nella necessità di reintegrare il diritto (compresa, dunque, l'eventuale riparazione del danno): sarebbe sterile, non si farebbe giustizia, insomma. Come rammenta la sentenza (n. 8), la *Lex propria* norma il giudizio *de reparatione damnorum* (artt. 101-103), accogliendo in modo significativo molti aspetti dell'orientamento del contenzioso amministrativo come giudizio di legittimità sostan-

⁵⁰ PONTIFICIA COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE DEI DECRETI DEL CONCILIO VATICANO II, *Responsa ad proposita dubia* dell'11 gennaio 1971, «AAS» 63 (1971), p. 330. A tale proposito, cfr. G. PARISE, *Per una giustizia più piena nella Chiesa: la questione del risarcimento dei danni come segno di uno sviluppo*, «Periodica» 106 (2017), pp. 681-712, e in ID., *Nulla est charitas sine iustitia. Saggi di diritto canonico in memoriam del Card. Velasio De Paolis*, CS, cit., pp. 59-86.

⁵¹ Cfr. I. ZUANAZZI, *Le contentiones ortas*, cit., pp. 531-533, nonché E. BAURA, *Discrimine tra la via amministrativa e la via giurisdizionale*, cit., p. 8.

ziale.⁵² Infatti, è chiaro che, qualora un atto amministrativo illegittimo abbia ingiustamente causato un danno, non è sufficiente si dichiari l'illegittimità dell'atto medesimo e, di conseguenza, se ne annulli l'efficacia, ma si richiede che venga effettivamente riparato il nocumento ingiustamente arrecato. La Segnatura dovrà non solo giudicare se vi sia stato tale danno (*damnum emergens* ed anche *lucrum cessans*)⁵³ e quale ne sia l'entità (l'attore dovrà cercare di determinare quanto più possibile il *quantum*), ma dovrà anche indicare il modo giusto per risarcirlo.⁵⁴ L'autorità responsabile che deve riparare il danno dovrebbe essere quella che emanò il primo atto, e non il Dicastero che lo confermò, e «l'obbligo di risarcire il danno spetta all'ufficio e non alla persona fisica che è il titolare di detto ufficio».⁵⁵

In tale ottica, nella sentenza (cfr. n. 8), la Segnatura non si è sottratta dal valutare la petizione del Reverendo ricorrente in merito agli asseriti danni subiti, ricordando per l'appunto come, a norma della *Lex propria*, sia oggetto della giurisdizione sua propria una siffatta valutazione. I Giudici, però, osservano che l'istanza fonda su un presunto danneggiamento derivante dal nuovo incarico accollato al Reverendo – contro il quale non si è data azione alcuna in sede ecclesiastica (il ricorso fu invece interposto, sotto questo profilo, presso il tribunale civile) – e non già, invece, dall'impugnata decisione di sopprimere la parrocchia. Considerato, poi, che il danno psicologico che avrebbe avuto invece connessione con la chiusura della parrocchia non viene riconosciuto perché non è provato in alcun modo, è, però, interessante che la Segnatura lasci presumere che, se un simile danno, ancorché psicologico, fosse stato provato essa sarebbe stata pronta a giudicare in proposito, aprendo così una importante strada che in futuro la giurisprudenza dovrà segnare e la dottrina potrà approfondire con le sue considerazioni. A proposito dei danni patrimoniali, essi non paiono effettivi ed imputabili alla decisione vescovile, tuttavia il ragionamento della Segnatura sulla necessità della loro

⁵² Cfr. S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito*, cit., p. 127; J. CANOSA, *I diversi effetti della tutela*, cit., pp. 103-104.

⁵³ Sulla nozione di danno in simili questioni, si veda P. HAYWARD, *Changes in ecclesiastical administrative justice brought about by the new competence of the "Sectio Altera" of the Apostolic Signatura to award damages*, «*Ius Ecclesiae*» 5 (1993), pp. 668-669.

⁵⁴ È bene ricordare come spesso in cause contenzioso amministrative il bene implicato sia anzitutto di natura spirituale, in modo che sia difficile prevederne un risarcimento materiale. Questo, comunque, non esime, qualora danno ingiusto vi sia stato, che si debba riparare, cercando una misura equipollente di risarcimento, che va pensato tenendo conto della fattispecie, ma anche del luogo concreto in cui si è verificato. È importante ricordare che la *Lex propria* all'art. 90 prevede la possibilità che la sentenza giudiziale dia indicazioni di massima sul come ristabilire la giustizia, pur lasciando poi alla autorità amministrativa il modo concreto per farlo.

⁵⁵ Z. GROCHOLEWSKI, *Il processo contenzioso amministrativo presso la Segnatura Apostolica*, «*Forum*» 7 (1996), p. 291.

connessione con l'oggetto primario del contendere, l'atto amministrativo impugnato, suggerisce l'intendimento del Supremo Tribunale Apostolico in ordine alla dibattuta *quaestio* circa l'autonomia o meno di un'azione risarcitoria in contesto contenzioso amministrativo. Così, l'azione che postula il risarcimento sembra non godere di autonomia, ma pare vada sempre unita alla richiesta dell'illegittimità dell'atto, essendo evidente che un giudizio sul danno ingiusto derivante da un simile atto deve avere per base previa una valutazione positiva dell'illegittimità dell'atto stesso e deve essere presentata prima della concordanza del *dubium*. Ci si chiede se si possa pensare alla eventualità della sola richiesta del danno, giacché potrebbe darsi che il ricorrente sia interessato unicamente a questa, e non già anche alla revoca dell'atto amministrativo illegittimo.⁵⁶ Tuttavia, questa ipotesi non sembra conforme ai fini della giustizia canonica, perché non appare ragionevole che si permetta ad un atto ingiusto di rimanere in vigore, dopo che sia stato riconosciuto nella sua illegittimità, mentre si persegue solo l'interesse di riparare il danno che ha provocato.⁵⁷

5. CONCLUSIONE

Prima di chiudere, ci pare di dover fare un veloce cenno al fatto che il Reverendo ricorrente, per quel che attiene al suo trasferimento al ministero di parroco di altra parrocchia, sia ricorso in sede di tribunale civile del lavoro anziché in sede ecclesiastica (cfr. nn. 1, 12). Non mancano esempi simili nella letteratura giurisprudenziale inerente alla fattispecie.⁵⁸ La sentenza non lo dice, ma andrebbe osservato che tale comportamento contravviene il dispo-

⁵⁶ Interessanti riflessioni a proposito – benché concernenti altra fattispecie – si possono trovare nel commento di Baura al Decreto della Rota Romana del 5 giugno 2018, Erlebach, Ponente: E. BAURA, *Il risarcimento del danno causato da un'autorità ecclesiastica*, «Ius Ecclesiae» 32 (2020), pp. 630-641. Merita di essere citato pure un volume che raccoglie validi studi in materia: E. BAURA, F. PUIG (a cura di), *La responsabilità giuridica degli enti ecclesiastici*, Milano, Giuffrè, 2020.

⁵⁷ In questo senso si veda anche: Z. GROCHOLEWSKI, *Il processo contenzioso amministrativo*, cit., *ibid.* Diverse sono invece le opinioni di G. P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato nell'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, LEV, 1991, p. 199 e E. BAURA, *Atto amministrativo e limitazione dei diritti*, in J. I. ARRIETA (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Venezia, Marcianum Press, 2008, p. 198, nota 23; possibilista è pure I. ZUANAZZI, *De damnorum reparatione*, cit., pp. 312-313; I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., p. 666. Merita attenzione quanto l'attuale Prefetto della Segnatura asserisce a tale riguardo, ovvero che non è stata accolta (ma, in verità, nemmeno formalmente esclusa) la facoltà che il ricorrente postuli tale riparazione dei danni senza chiedere la dichiarazione di illegittimità dell'atto amministrativo: cfr. D. MAMBERTI, *A dieci anni dalla Lex propria*, cit., p. 192.

⁵⁸ Cfr. ad es. Decreto del Congresso del 6 dicembre 1993, Prot. n. 24048/93 CA, pubblicato in W. L. DANIEL, *Ministerium Iustitiae, Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, cit., pp. 467-475.

sto del can. 1375, che prevede una giusta pena per chi impedisca la libertà di ministero o della potestà ecclesiastica. Altrove, invece, tale pensiero è stato manifestato dalla Segnatura Apostolica,⁵⁹ prevedendo addirittura la possibilità di applicare una sanzione penale per i ricorrenti che adirano al foro civile.⁶⁰

La Segnatura non manca altresì di evidenziare che non sia nella sua competenza un giudizio di merito, quando sottolinea come, di fatto, la vertenza sia piuttosto sostenuta dai ricorrenti sul fronte dell'opportunità della decisione (discrezionale) della sede della nuova parrocchia che sorgerebbe dall'unione delle precedenti, piuttosto che circa l'unione in sé.

Varrebbe la pena ricordare che, anche al fine di evitare l'instaurarsi di ricorsi e il creare possibili fratture nella compagine ecclesiale, quantunque non previsto (e sarebbe auspicabile, invece, una simile disposizione venisse introdotta), è da augurarsi che – quale regola di buon governo – quanto più possibile s'instauri la prassi da parte dei Vescovi, nell'imminenza di prendere queste decisioni, di incontrare i fedeli interessati, magari nella rappresentanza del consiglio pastorale, cercando di illustrare loro le motivazioni. Non si tratterebbe però di una consultazione: infatti, avverrebbe a decisione già presa (almeno nella *mens* dell'autorità, se non ancora anche formalmente tramite l'emissione del decreto), comunque è una prassi di buon senso che giova a far comprendere ai fedeli la situazione e, certamente, diminuisce il sospetto che si sia agito illegittimamente e arbitrariamente, aiutando – almeno in parte – a evitare malumori, rimostranze e vertenze. Tanto più, nella medesima direzione, si potrebbe udire il parroco o l'amministratore parrocchiale o il moderatore o il rettore della chiesa o i cappellani e altre eventuali persone che partecipano all'esercizio del ministero nella realtà in questione, nonché il vicario foraneo o il vicario episcopale della zona.⁶¹

Possiamo concludere con un'osservazione positiva: benché spesso la dichiarazione di illegittimità dell'atto solo per violazione di legge in *procedendo* possa comportare il ridarsi della decisione in un secondo momento, questa volta ponendola in modo corretto, comunque – come anche altre volte è fe-

⁵⁹ Cfr. Decreto del Congresso e Decreto definitivo del 4 maggio 1996, Prot. n. 25500/94 CA, pubblicati in W. L. DANIEL, *Ministerium Iustitiae, Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, cit., pp. 483-488.

⁶⁰ È il caso della pronunzia ad ora non pubblicata che così recita: «*Exc.mi Episcopi erit, positis ponendis et servatis servandis, sanctiones paenales adversus eosdem applicare (can. 1735)*» (Decreto del Congresso del 12 ottobre 1995, Prot. n. 25530/94 CA).

⁶¹ Cfr. N. SCHÖCH, *Religation of churches*, cit., pp. 497-498. Si vedano a proposito le riflessioni sviluppate in G. PARISE, *Analisi degli aspetti rilevanti della normativa canonica sulla modifica di parrocchie ed edifici sacri (cann. 515 §2 e 1222 §2): riflessioni e proposte*, «*Ius Ecclesiae*» 29 (2017), pp. 327-352, e in ID., *Nulla est charitas sine iustitia. Saggi di diritto canonico in memoria del Card. Velasio De Paolis*, CS, cit., pp. 135-168.

licemente accaduto – il risultato del ricorso amministrativo presso la Segnatura Apostolica è stato positivo, almeno, perché si è prodotta una maggiore precisione da parte dell'autorità amministrativa nell'agire in osservanza della norma per evitare ulteriori ricorsi.⁶²

⁶² Cfr. N. SCHÖCH, *Il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica al servizio dell'equa soluzione dei conflitti tra i fedeli e le autorità amministrative della Chiesa*, «Antonianum» 80 (2005), p. 327.

COUR D'APPEL D'AMSTERDAM, Arrêt de la chambre civile multiple du 30 juin 2020, N. de liste des affaires du Tribunal d'Amsterdam: C / 13/631678 / HA ZA 17-673, (Diocèse de Haarlem – Amsterdam contre la Fondation catholique romaine Maagdenhuis).*

Section de droit civil et fiscal, équipe I.

Numéro de l'affaire: 200.246.897 / 01

Numéro de liste des affaires du Tribunal d'Amsterdam: C / 13/631678 / HA ZA 17-673

en ce qui concerne LE DIOCÈSE DE HAARLEM – AMSTERDAM, établi à Haarlem, appelant, demandeur dans l'incident, avocat: M. I.M.C.A. Reinders Folmer, Amsterdam,

contre

1. LA FONDATION CATHOLIQUE ROMAINE MAAGDENHUIS,

établie à Amsterdam

2. [intimé sous 2]

3. [intimé sous 3]

4. [intimé sous 4]

5. [intimé sous 5]

Ayant tous élu domicile à [lieu], intimés, défendeurs dans l'incident, avocat: M. J. Fleming, Amsterdam

(omissis)¹

3.1. Le tribunal a refusé les requêtes du diocèse mentionné ci-dessus sous 1. En résumé, il a considéré ce qui suit. Des statuts de la Maagdenhuis, qui comprennent également ceux de 1983, il ne résulte pas clairement que la Maagdenhuis soit un élément autonome de la R.C. Communauté religieuse [dorénavant RCM]. Les «considérants», les notes et les rapports, qui reflètent ce que les parties ont discuté avant la formation des statuts de 1983, présentent donc un réel intérêt. Ce contexte ne permet pas de conclure que l'article 1^{er} paragraphe 3 des statuts stipule que la Maagdenhuis est un élé-

* Traduction du néerlandais par Jean-Pierre Schoupe. Ci-après cet arrêt fait l'objet d'un commentaire par le même auteur: *La reconnaissance de la nature ecclésiastique d'une fondation catholique dans le diocèse de Haarlem (Amsterdam). L'affaire Stichting Het Roomsche Catholiek Maagdenhuis*. L'arrêt a été publié le 21 septembre 2020: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2020:1834>.

¹ Les principaux faits de l'affaire ainsi que son itinéraire procédural sont présentés au n° 2 dudit commentaire.

ment autonome de la RCM. Il importe dès lors que le diocèse ait confirmé par l'approbation des « considérants » que l'évêque, en bref, ne jouait pas un rôle significatif au sein de la Maagdenhuis. Tout bien considéré, on ne peut pas conclure que le Maagdenhuis soit un élément autonome de la RCM au sens de l'article 2:2 du Code civ. La déclaration de droit réclamée sous 1 n'est donc pas admise. La décision de la procédure ecclésiastique ne lie pas l'appréciation civile de la validité de la nomination des administrateurs. Ces nominations n'ont pas été rendues nulles et non avenues en raison du défaut de ratification par l'évêque. L'évêque (de l'époque), à l'exception de trois nominations datant des années 1970, 1971 et 1973, a omis d'exercer son autorité, ce qui a conduit à une absence de ratification qui peut être invoquée ainsi qu'au rejet des réclamations sous 2. La demande sous 3 ne peut être accordée car l'évêque a fondé la nomination des nouveaux administrateurs sur l'article 3 paragraphe 8 des statuts de 1983, mais les administrateurs ont été valablement nommés, de sorte que la situation dans laquelle il n'y avait plus un seul membre du conseil en fonction ne s'est pas présentée. Compte tenu de ce qui précède, la revendication sous 4 ne peut pas non plus être admise.

3.2. À l'encontre des décisions susmentionnées et de leurs motifs le Diocèse invoque 11 griefs, qui se prêtent à un traitement conjoint. La Cour décide de trancher en premier lieu ce qui suit.

Distinction entre les communautés religieuses et leurs éléments autonomes d'une part et les fondations de droit civil d'autre part

3.3. Les communautés religieuses et leurs éléments autonomes possèdent la personnalité juridique en vertu de l'article 2:2 Code civ. Ces personnes juridiques ecclésiastiques doivent être distinguées des personnes juridiques de droit civil visées à l'article 2:3 Code civ., y compris les fondations décrites à l'article 2:285 paragraphe 1^{er} Code civ. (ci-après également: fondations civiles), car les personnes juridiques visées à l'article 2:2 du Code civ. ne sont en principe pas régies par la loi, mais par leurs propres statuts dans la mesure où ceux-ci ne sont pas contraires à la loi (article 2:2 paragraphe 2 du Code civ.).

3.4. Ce qui, dans un cas particulier, appartient au statut d'une communauté religieuse ou d'un élément autonome de cette dernière dépend des circonstances de l'affaire. Généralement, ils incluent les réglementations sur la structure organisationnelle et sur le fonctionnement de la communauté religieuse (ou de l'élément autonome concerné), y compris les règles concernant l'administration et les rapports avec le(s) ministre(s) spirituel(s) (cfr. HR 4 octobre 2019, ECLI: NL: HR: 2019: 1531, par. 3.2). Aucune des parties ne conteste que les statuts d'un élément autonome correspondent en tout cas à ce que est visé à l'article 2:2 Code civ.

3.5. La RCM est (incontestablement) une communauté religieuse au sens de l'article 2:2 paragraphe 1^{er} Code civ. La question à traiter dans ce litige

est de savoir si la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM pour laquelle, selon la position de la Maagdenhuis (contestée par le diocèse), la vraie question aurait trait à l'étendue de son patrimoine.

3.6. La loi ne formule pas de critères positifs concernant le statut d'un élément autonome. En vertu d'un critère négatif, une institution qui ne serait pas considérée comme élément autonome par la communauté religieuse elle-même ne pourrait être admise comme élément autonome. À cet égard, la position de l'évêque concerné est pertinente (voir HR 30 octobre 1987, NJ 1988, 392, par. 3.2).

3.7. Dans cette affaire, l'évêque concerné affirme que la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM (et non une fondation civile). Cependant, dans cette affaire, qui consiste précisément en un différend à ce sujet, ce point de vue n'est pas déterminant. Contrairement à ce que soutient le diocèse, il n'est pas non plus déterminant dans cette affaire que la Signature Apostolique (en instance suprême), d'accord avec les décisions de l'évêque et de la Congrégation du clergé, ait corroboré la position de l'évêque concernant la nature de la Maagdenhuis dans le cadre de la procédure canonique. Ce point de vue peut devenir pertinent s'il est établi que les juges ecclésiastiques étaient en mesure de fonder un pouvoir décisionnel sur le fait que la Maagdenhuis peut être considérée comme un élément autonome au sens de l'article 2:2 par. 1^{er} Code civ. Toutefois, la question de savoir si la Maagdenhuis peut être qualifiée comme telle est une question préalable qui doit être tranchée par le juge civil.

3.8. Les Maagdenhuis et autres soulignent que les parties conviennent que, compte tenu des dispositions du livre 2 du Code civ., une institution ne peut pas être en même temps un élément autonome et une fondation civile. Les Maagdenhuis et al. indiquent qu'à partir d'une interprétation des lois de 1983 (conformément au «considérant»), il s'ensuit que la Maagdenhuis est une fondation au sens de l'article 2:285 paragraphe 1^{er} Code civ., et que par conséquent les requêtes du diocèse doivent être rejetées. La Maagdenhuis suppose que dans cette affaire seul le droit civil est déterminant. Il revient donc au juge civil de déterminer s'il s'agit d'un élément (autonome) au sens de l'article 2:2. Code civ. à la lumière du statut propre ainsi que des règles de la communauté religieuse en question (c'est ce qui ressort de l'histoire parlementaire; voir aussi les conclusions de A-G dans NJ 1988, 392 sous 2.2). Cette affaire ne donne pas lieu de s'écarter de ce point de départ.

3.9. La position soutenue par Maagdenhuis et al., à savoir que le droit canonique ne jouerait aucun rôle dans ce litige, est donc rejetée. Il en va de même pour la prétention de la Maagdenhuis selon laquelle la question de qualification devrait reposer uniquement sur les statuts de 1983 (en conformité avec le «considérant»). De tout ce qui précède, il résulte que ces statuts doivent être interprétés (aussi) à la lumière du droit canonique.

3.10. Le litige des parties est principalement lié à la modification des statuts du 5 mai 1983. À cette époque, les principales normes du droit canonique étaient les suivantes :

- le CIC 1917;
- le Règlement de la RCM aux Pays-Bas et
- les Dispositions générales de 1978.

3.11. Selon le canon 100 du CIC 1917, les entités juridiques inférieures obtiennent cette qualification au sein de l'Église de plein droit (par effet de la loi) ou par une reconnaissance spéciale de l'autorité ecclésiastique compétente moyennant un décret officiel, s'agissant d'un but religieux ou de bienfaisance. L'article VII du Règlement de la RCM aux Pays-Bas va dans ce sens. En vertu de cette disposition, toutes les autres institutions, associations et fondations qui ont pour but la religion catholique romaine ne sont pas considérées comme éléments autonomes de la RCM, si elles ne sont pas valablement reconnues par l'évêque du diocèse dans lesquelles elles sont établies. À cet égard, l'article 3 des Dispositions Générales de 1978 stipule ce qui suit :

«1. Les institutions catholiques au sens des présentes dispositions générales font l'objet d'une distinction entre institutions ecclésiastiques et non ecclésiastiques.

2. Les institutions ecclésiastiques sont les personnes juridiques ecclésiastiques qui sont érigées ou reconnues comme telles par la conférence épiscopale ou par un ou plusieurs évêque(s). La reconnaissance peut avoir lieu par approbation épiscopale des statuts.

En vertu de cette érection ou de cette reconnaissance, elles font partie intégrante de l'Église catholique romaine au sens de l'article VII du Règlement de la Communauté religieuse aux Pays-Bas et, à ce titre, possèdent la personnalité juridique.

3. Les autres institutions sont des institutions catholiques non ecclésiastiques».

3.12. Il est établi que l'évêque a approuvé la modification des statuts en date du 29 avril 1983; après quoi les statuts modifiés ont été établis par acte notarié en date du 5 mai 1983. L'approbation épiscopale des statuts de 1983, dont il est question à l'article 3 des Dispositions générales 1978, a donc eu lieu.

3.13. En outre, il a été suffisamment établi qu'en vertu de cette approbation des statuts accordée par l'autorité ecclésiastique compétente, la Maagdenhuis a été reconnue en tant qu'institution ecclésiastique et qu'avec son consentement la Maagdenhuis, suite à cette reconnaissance formelle, a reçu le statut d'élément autonome au sens de l'article 2:2 Code civ., ou, du moins, son statut a été ainsi confirmé.

3.14. La Cour expliquera ce point sur la base de ce qui sera mentionné plus en détail dans (l'explication sur les) Dispositions générales 1978.

3.14.1. L'article 5, paragraphe 1^{er}, des Dispositions générales de 1978 se lit comme suit :

«Sur les institutions ecclésiastiques, il y a le droit canonique et en particulier les articles 6 à 10 de ces dispositions générales sont applicables. À moins que le Règlement général de l'institution caritative paroissiale soit en vigueur, que chaque institution ecclésiastique ait ses propres statuts, conformément à l'article 6 des présentes Dispositions générales».

3.14.2 À l'article 6 des Dispositions générales 1978, mentionné sous f):

«À moins que la conférence des évêques ou le ou les évêques en décide autrement, les statuts, ainsi qu'une modification des statuts, sont établis par un acte notarié qui déclare explicitement que l'institution ecclésiastique est un élément autonome de la R.C. Communauté religieuse aux Pays-Bas au sens de l'article VII du Règlement de la R.C. Communauté religieuse aux Pays-Bas».

3.14.3. Dans l'explication article par article de l'article 6 sous f) les Dispositions de 1978 stipulent:

«En plus de répondre aux exigences énoncées ci-dessus pour une institution religieuse, il est souhaitable que les statuts stipulent explicitement que l'association / fondation est une institution de l'Église catholique romaine au sens du canon 100, paragraphe 1^{er} du Codex Iuris Canonici et de l'article VII du Règlement pour la R.C. Communauté religieuse aux Pays-Bas, et en tant qu'élément autonome possède la personnalité juridique selon le droit canonique qui, conformément à l'article 2 du livre 2 du Code civ. est reconnue comme telle en droit néerlandais. Cette formulation élaborée, peut-être légèrement redondante pour les avocats, est souhaitable afin d'indiquer le fondement de la personnalité juridique et la catégorie à laquelle l'institution ecclésiastique concernée appartient».

3.15. Le contenu susmentionné des (notes explicatives des) Dispositions générales de 1978 éclaire le sens de l'article 1^{er} paragraphe 3 des statuts de 1983, qui contient:

«La fondation est une institution de l'Église catholique romaine au sens du canon 100 paragraphe 1^{er} du Codex Iuris Canonici et de l'article VII du Règlement pour la R.C. Communauté religieuse aux Pays-Bas et, en tant qu'élément autonome selon le droit canonique, elle possède la personnalité juridique, laquelle est aussi reconnue comme telle en droit néerlandais en vertu de l'article 2 du Livre 2 du Code civ.».

3.16. Dans le contexte des règles canoniques alors en vigueur, telles que ci-dessus, il ne fait aucun doute que l'article 1^{er} paragraphe 3 des statuts, en tant qu'élaboration explicite de ces règles canoniques, a été inclus consciemment dans les statuts pour informer les tiers que la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM. À la lumière de ce qui vient d'être exposé, l'argument des Maagdenhuis et al., selon lequel les statuts du Maagdenhuis contiennent un seul passage incompatible avec sa propre position consistant à considérer

que la Maagdenhuis est une fondation civile en raison de l'article 1^{er} alinéa 3 des statuts, n'est pas concluant. Selon les notes explicatives des dispositions générales de 1978, cette disposition sert précisément à clarifier le fondement de la personnalité juridique de la Maagdenhuis ainsi que la catégorie à laquelle elle appartient. Cette dernière n'a pas fourni d'autre explication plausible de l'inclusion de cette disposition dans les lois de 1983.

3.17. Il est vrai que l'interprétation de l'article 1^{er} paragraphe 3 des statuts renvoie à des formulations utilisées ailleurs dans les statuts et à la plausibilité des conséquences juridiques auxquelles les distinctions (en elles-mêmes des interprétations de textes possibles) conduiraient, mais cela ne changerait pas l'issue de ce litige.

3.18. À cette fin, il ne suffit pas que, comme l'allèguent Maagdenhuis et al., les statuts semblent montrer que le conseil pourvoit à sa succession par cooptation et que l'évêque n'est autorisé à intervenir qu'en cas de mauvaise gestion et que cette intervention doit être contrôlée par le tribunal civil. Le degré d'autorité de l'évêque éclaire toutefois sur le mode de fonctionnement de la Maagdenhuis par rapport à la RCM. C'est pourquoi la position soutenue par Maagdenhuis et al., selon laquelle les statuts de 1983 ne satisfont pas (entièrement) aux exigences de l'article 6 sous a) et e) des dispositions générales de 1978, n'est pas concluante. En outre, les statuts de 1983 accordent encore diverses compétences à l'évêque, comme il ressort des articles 3 paragraphe 4 (ratification de la nomination des administrateurs), article 3 paragraphe 5 alinéa d) (révocation des administrateurs en cas de mauvaise gestion), article 3 paragraphe 8 (nomination d'un nouveau conseil d'administration en l'absence d'administrateurs) et article 11 paragraphes 1^{er} et 4 (approbation de la modification des statuts et de la dissolution). En outre, le conseil s'occupe des actifs de la Maagdenhuis et est compétent pour conclure tous les actes de gestion et de disposition en son sein en vertu des statuts de 1983 (art. 6); toutefois, en cas de dissolution de la Maagdenhuis, un éventuel solde positif ne pourra être utilisé qu'après consultation et approbation de l'évêque (art. 11, paragraphe 7).

(omissis)

3.25. En résumé, la Cour conclut que la Maagdenhuis doit être considérée comme élément autonome du RCM et qu'aucun fait ou circonstance n'a été énoncé ou est apparu susceptible de conduire à une conclusion différente. De plus, ce résultat est conforme aux faits qui jalonnent le développement historique que la Maagdenhuis a connu depuis 1854 et à ce que l'histoire juridique du livre 2 Code civ. enseigne, voir Parl. Environ. BW Inv. Livre 2 1977, p. 1438 (n^o 6):

«En effet, la Communauté religieuse a la faculté de décider de scinder un tâche qu'elle considère comme propre et de l'affecter à une entité juridique distincte; si elle choisit

à cette fin la forme juridique de la fondation, ce choix peut être fait sans ambiguïté et sans nuire à la sécurité juridique».

Mais un tel choix de la figure de la fondation civile n'a pas été fait en 1983.

Modification du CIC

3.26. Le changement de CIC intervenu en 1983 n'a eu aucun effet sur cette question. Le CIC 1983 fait certes au canon 116 la distinction entre les personnes juridiques publiques, érigées par l'autorité ecclésiastique compétente, et les autres entités juridiques, qui sont désignées comme «privées», mais il ressort de l'article 10 des Dispositions générales applicables ultérieurement aux personnes juridiques ecclésiastiques et aux personnes juridiques civiles catholiques de l'Église catholique romaine dans la Province ecclésiastique des Pays-Bas, établies par les évêques néerlandais le 13 décembre 1994, que les «personnes juridiques ecclésiastiques privées» sont bien des personnes juridiques ecclésiastiques.

3.34. Il en découle qu'en tout cas depuis 1855 la Maagdenhuis est qualifiée d'institution ecclésiastique tant par le droit civil que par le droit canonique et qu'elle a toujours établi en conséquence son règlement intérieur et ses statuts, en sorte que la responsabilité ultime de l'organisation du conseil de la Maagdenhuis est toujours revenue à l'évêque en sa qualité d'autorité ecclésiastique compétente et dès lors la Maagdenhuis a toujours été considérée par le droit canon comme un élément autonome de la RCM. Cela signifie que, même si la Maagdenhuis opérait en pratique de manière autonome et à distance de la RCM, la Maagdenhuis a toujours été un élément autonome. Conformément à ce point de vue, en 1959 et 1962, le préambule des statuts approuvés par l'évêque déclare que la Maagdenhuis est une institution religieuse et, en 1959, qu'elle n'est pas régie par la loi sur les fondations de 1956.

3.35. Les Maagdenhuis et al. ont objecté que les statuts successifs n'indiquaient pas qu'il s'agissait d'un élément autonome. Dans ce contexte les Maagdenhuis et consorts ont souligné que l'article 28 (début et sous a)) de la loi des Fondations 1956 prévoyait une faculté de «opt-out» pour un élément autonome d'une communauté religieuses, mais que la Maagdenhuis n'en a pas fait usage. Cependant, comme le montrera le raisonnement suivant, cet argument ne réfute pas la thèse du diocèse.

3.36. À l'époque, la frontière n'était pas claire entre les fondations ecclésiastiques et les éléments autonomes d'une communauté ecclésiale (cfr. Parl. Gesch. BW Inv. Livre 2, 1977, p. 1438 (n^o 6)). Il n'était donc pas évident qu'avant l'introduction du Livre 2 du Code civ. l'expression «élément autonome» allait être employée dans chaque document rédigé par la Maagden-

huit, mais cela n'exclut pas que celle-ci soit un élément autonome. Aucune référence de ce genre n'était par ailleurs nécessaire. Selon le préambule des statuts de 1959, la Maagdenhuis se considère comme une institution ecclésiastique et comme institution de charité au sens de la loi sur les pauvres. Déjà pour ce motif, la Maagdenhuis ne relevait pas du régime néerlandais alors applicable (la loi sur les fondations de 1956). Dans ces conditions, la référence à l'article 28 a) de la loi sur les fondations de 1956 n'ajoutait rien.

3.37. Les Maagdenhuis et al. n'acceptent pas qu'il s'agisse formellement depuis 1855 d'une institution ecclésiastique, alors qu'une institution caritative non paroissiale (comme la Maagdenhuis) est devenue de plein droit une «institution non ecclésiastique» sur la base des dispositions transitoires de l'AR 1965 (voir par. 2.14), à moins que la Maagdenhuis ne soit reconnue par l'évêque comme une institution ecclésiastique, mais la démonstration d'une telle reconnaissance conformément aux exigences du droit n'a pas été faite. À ce propos la Cour a statué ce qui suit.

3.38. Comme considéré ci-dessus, en vertu du canon 100 du CIC 1917, les entités juridiques inférieures obtinrent cette qualité au sein de l'Église par effet de la loi ou par une attribution spéciale de l'autorité ecclésiastique compétente moyennant décret, à des fins religieuses ou caritatives. L'article VII du Règlement de la RCM aux Pays-Bas va dans le même sens. En vertu de cette disposition, toutes les autres institutions, associations et fondations qui ont pour but l'exercice de la religion catholique romaine ne sont pas considérées comme des éléments de la RCM, sauf si elles sont reconnues valablement comme telles par l'évêque du diocèse dans lequel elles sont établies. Celle-ci remplace le règlement général 1855, AR 1965 visé à l'article 4, dans la mesure où elle est pertinente:

«Les institutions ecclésiastiques sont des institutions qui sont érigées par l'autorité ecclésiastique compétente ou reconnues comme telles par celle-ci. En vertu de cette érection ou reconnaissance elles sont des éléments de la R.C. Communauté religieuse aux Pays-Bas».

La disposition transitoire incluse dans le RA 1965 se lit comme suit:

«Les organismes de bienfaisance catholiques non paroissiaux mentionnés dans (...) le Règlement général des administrations de la paroisse et d'autres œuvres caritatives catholiques, aboli par ce décret, seront considérés dès l'entrée en vigueur de ce Règlement comme des institutions catholiques non ecclésiastiques, à l'exception des institutions érigées ou reconnues comme telles par l'évêque».

3.39. Contrairement à ce que pensent Maagdenhuis et al., le fait qu'aucun acte séparé ou décret concernant la reconnaissance ne soit avéré, ne démontre nullement que la Maagdenhuis n'a pas été reconnue valablement

comme élément de la RCM. Le contraire est suffisamment établi du fait que les règlements et statuts successifs de la Maagdenhuis ont toujours été approuvés par l'évêque et que, dans le préambule des statuts de 1959 et 1962, la Maagdenhuis n'est pas seulement classée comme une «institution de bienfaisance», mais est à chaque fois qualifiée explicitement d'institution ecclésiastique. Ce caractère canonique de la Maagdenhuis a été confirmé en 1983. Cet argument de la Maagdenhuis est donc écarté.

3.40. La conclusion de ce qui précède aux par. 3.31 et suivants est qu'il faut supposer que la Maagdenhuis a toujours été un élément autonome de la RCM. Partant, au moment de l'introduction du livre 2 du Code civ., elle était un élément autonome visé à l'article 2:2 du Code civ. Conformément aux dispositions de l'article 29 de l'acte transitoire, il doit donc être admis que la Maagdenhuis est un élément autonome au sens de l'article 2:2 du Code civ. depuis l'entrée en vigueur du Livre 2. Le simple fait que la Maagdenhuis ait été enregistrée comme fondation par le notaire, le 16 juillet 1979, à la chambre du commerce ne peut rien y changer.

3.41. D'où la modification des statuts de 1983 n'est pas une transposition, mais uniquement une adaptation des statuts de la forme juridique «élément autonome» déjà existante. Il n'est pas apparu qu'une autorisation judiciaire était requise pour cette modification des statuts. Ce point de l'argumentation de la Maagdenhuis est donc aussi rejeté.

3.42. Cela signifie que la déclaration de justice revendiquée sous 1, à savoir que la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM, peut être admise et que l'arrêt attaqué ne peut être maintenu.

Aspects allégués sous 2,3,4

3.43. Le jugement selon lequel la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM a une incidence sur les autres décisions à prendre dans cette affaire. L'article 2:2 repose sur le principe de la séparation entre l'église et l'état (voir HR 4 octobre 2019, ECLI:NL:HR:2019:1531, par. 3.2). Cela signifie que la Maagdenhuis jouit en principe de la liberté d'organisation.

3.44. Ce point de départ est déterminant quant à l'évaluation des points 2, 3 et 4 allégués par le diocèse. Les parties conviennent qu'il serait vain de demander une révocation du décret du 10 juillet 2013 à la juridiction ecclésiastique suprême. La procédure ecclésiastique a tranché (incontestablement) la validité du décret de nomination l'évêque. N'ayant pas été contredits ou l'ayant été insuffisamment, plusieurs affirmations doivent être considérées comme admises: la direction du Maagdenhuis est une fonction ecclésiastique; la nomination des administrateurs de la Maagdenhuis sur la base de

l'article 3 par 4 des statuts aurait dû être soumise à la ratification de l'évêque; tel ne fut pas le cas et ce défaut de ratification par l'évêque implique que les intimés sous 2, 3 et 5 n'ont pas obtenu le poste. Cela entraîne l'invalidité de la nomination des administrateurs de la Maagdenhuis. Dans la mesure où il s'écarte de cette affirmation, le point de vue des Maagdenhuis et al. ne peut être admis.

3.45. Les décisions de la procédure ecclésiastique sont prises par l'instance compétente, conformément aux règles internes de la RCM. La Cour ne suit pas l'intention de la partie au moment de la modification des statuts de 1983, à savoir que les litiges devraient être (exclusivement) soumis au tribunal civil, comme l'affirment les Maagdenhuis et consorts, parce que l'intention de la partie n'est pas fondée sur les statuts, même si ceux-ci sont interprétés dans le sens du «considérant». En effet, ceux-ci ne font référence aux tribunaux civils qu'en cas de licenciement non sollicité par l'évêque en raison d'une mauvaise gestion (voir article 3 par. 6 des statuts). Or cette situation ne se présente pas en l'espèce. Le procès-verbal du 1^{er} décembre 1981, pas plus que arguments soutenus par les Maagdenhuis et al., ne conduisent à un jugement différent.

3.46. Il faut de même supposer que les décisions prises dans le cadre de la procédure ecclésiastique, qui concernent le recours administratif déposé à l'encontre du décret de nomination, ont été prises avec la compétence nécessaire et lient les parties concernées conformément à l'article 7:904 paragraphe 1 BW (cfr. HR 19 décembre 2003, ECLI:NL:HR:2003:4N7818, par. 3.3.2). Cela signifie que, contrairement à leur prétention, les Maagdenhuis et al. sont tenus par les décisions rendues à leur désavantage en ce qui concerne les conséquences de ces décisions en droit privé, en sorte qu'il faut supposer que le décret de nomination est valable et que les nouveaux administrateurs ont valablement obtenu leur mandat. Il ne pourrait en aller différemment que si les Maagdenhuis et al. démontraient que les décisions adoptées dans la procédure ecclésiastique sont inacceptables en raison d'un défaut de caractère raisonnable et d'équité concernant le contenu ou leur mode de formation dans les circonstances données.

3.47. Cependant Maagdenhuis et al. ont insuffisamment démontré cette allégation. Ils n'ont pas suffisamment étayé l'existence d'un conflit avec le droit privé néerlandais contraignant, comme ils le font valoir sur la base d'une référence à un avis de F.T. Oldenhuis. À cet égard, les Maagdenhuis et al. signalent que le diocèse serait tenu de respecter le consentement (tacite) à la nomination des (divers) administrateurs jadis donné dans le contexte d'une confiance insouciante de la part l'évêque (y compris une apparence d'approbation) et, plus généralement, de l'article 3:35 du Code civ. ainsi que d'une

renonciation au droit et à un traitement juridique. De plus, les Maagdenhuis et autres prétendent qu'en 1983 les parties ne considèrent pas la ratification comme une condition nécessaire pour la validité de la nomination et ne voulurent faire en sorte que l'absence de ratification ait des effets juridiques. Cela ne concerne toutefois pas les prescriptions ou les allégations qui, en cas de violation ou de rejet, mèneraient à conclure qu'être lié par les décisions de la procédure ecclésiastique concernant leur contenu dans les circonstances données serait inacceptable au regard des critères du raisonnable et de l'équité. Il en va de même pour la déclaration des Maagdenhuis et al. selon laquelle l'évêque manquerait de toute compétence pour son intervention relative au décret de nomination et abuserait de ses pouvoirs en vertu de l'article 3 des statuts de 1983 en révoquant (de facto) l'actuelle administration et en la remplaçant par son propre conseil. Les juges ecclésiastiques ont statué différemment à ce sujet et rien n'autorise à supposer qu'ils ne soient pas parvenus à une telle décision de manière raisonnable.

3.48. La déclaration des Maagdenhuis et al. selon laquelle il serait «douteux» que la procédure ecclésiastique puisse résister au test de l'article 6 CEDH échoue également. Les seules critiques à l'égard des procédures ecclésiastiques étaient les suivantes: un délai d'appel péremptoire de quinze jours et une procédure en allemand (devant la Congrégation pour le clergé) et en latin (devant la Signature Apostolique); elles ne suffisent pas à produire un tel effet. Les Maagdenhuis et al. auraient dû expliquer en quoi cela entraînait à leurs yeux un défaut grave. Dans cette optique, on aurait pu s'attendre à ce que les Maagdenhuis et al. tentent d'expliquer de quelles déclarations et preuves supplémentaires ils auraient pu se prévaloir dans l'hypothèse où ils auraient pu bénéficier d'un délai de recours plus long et / ou d'une procédure menée entièrement en néerlandais, mais ils ne l'ont pas fait.

3.49. Il faut dès lors partir du principe que les Maagdenhuis et al. sont liés par les décisions prises dans la procédure canonique. Par conséquent, les déclarations de droit revendiquées par le diocèse sous 2 et 3 sont admises, ainsi que l'ordonnance figurant sous 4.

3.50. En première instance, les Maagdenhuis et autres ont fait valoir que le diocèse n'aurait aucun intérêt dans ses demandes qui seraient donc irrecevables. Cet argument n'a toutefois pas été maintenu en appel (voir le paragraphe 1^{er} du mémoire de réponse), de telle sorte que cela ne nécessite pas de discussion supplémentaire.

3.51. Le tribunal a rejeté les demandes du diocèse et n'a pas tranché la demande reconventionnelle conditionnelle du Maagdenhuis et al. (à présent ce sont ceux-ci qui revendiquent conditionnellement). Étant donné que la demande est introduite à la condition que le tribunal constate que la Maagden-

huis est un élément autonome de la communauté religieuse, cette condition étant remplie, l'effet dévolutif de l'appel entraîne que la Cour d'appel doit maintenant se prononcer sur cette demande.

3.52. Si ce que les Maagdenhuis et al. ont noté au paragraphe 14 de leur argumentation en première instance est correct, à savoir que leur demande indique seulement que le tribunal devrait faire une déclaration de droit dans laquelle, conformément aux statuts de 1983, les rôles de l'administration et de l'évêque sont confirmés, alors Maagdenhuis et al. n'ont plus d'intérêt à maintenir cette demande car ces rôles étaient déjà décrits dans les statuts de 1983. Si les Maagdenhuis et al. visent des clarifications concernant les compétences que les statuts de 1983 attribuent respectivement à l'administration et à l'évêque, malgré la formulation de l'article 6 paragraphe 1 de ces statuts, qui selon eux est claire (comme dans le paragraphe 19 desdits discours en première instance), les Maagdenhuis et al. poursuivent une délimitation plus précise de la structure organisationnelle et du fonctionnement interne de la Maagdenhuis en tant qu'élément autonome de la RCM. La répartition des tâches et des pouvoirs entre les administrateurs de la Maagdenhuis et l'évêque n'est en principe pas une matière incombant au juge civil. Conformément à l'article 2:2 du Code civ., il s'agit en principe d'une question qui doit être résolue dans le cadre de la RCM. En l'absence de tout fondement permettant de faire une exception à la règle principale, la demande est donc rejetée.

3.53. Aucune des parties n'a présenté suffisamment de preuves spécifiques des faits susceptibles de conduire à une décision différente dans l'affaire. La phase probatoire est clôturée.

3.54. Les griefs du diocèse aboutissent. Le jugement qui a fait l'objet de l'appel sera détruit. La Maagdenhuis, qui n'a pas eu gain de cause, est condamnée aux dépens du procès dans les deux instances.

3.55. Vu ce résultat, le diocèse n'a plus aucun intérêt à ce que soit tranchée une question de fond relative à l'accomplissement incomplet par Maagdenhuis d'une ordonnance de l'arrêt provisoire. Cette requête est donc ignorée.

4. Décision

La Cour:

annule le jugement dont il est fait appel, à l'exception de l'article 5.1 du dictum,

et pour rendre à nouveau justice:

déclare que la Maagdenhuis est un élément autonome de la RCM;

déclare qu'aucune des personnes interrogées sous 2, 3 et 5 n'a obtenu valablement le poste d'administrateur de la Maagdenhuis,

déclare que ceux qui étaient nommés les nouveaux administrateurs dans la convocation en première instance ont obtenu valablement le poste d'administrateur de la Maagdenhuis;

ordonne aux Maagdenhuis et consorts de faire en sorte que dans les dix jours qui suivent la notification de ce jugement: (i) les nouveaux administrateurs aient un accès complet et inconditionnel à l'administration de la Maagdenhuis, et (ii) entrer en consultation avec les nouveaux administrateurs pour permettre aux nouveaux administrateurs d'exercer le mandat d'administrateur,

condamne le Maagdenhuis aux dépens de la procédure dans les deux instances, en première instance, du côté du diocèse budgétisée à 715,31 € de décaissement et 1086 € pour salaire et en appel à ce jour à 824,01 € de débours et 3.222 € pour le salaire,

déclare l'ordonnance et les condamnations exécutoires à titre provisoire, décline le reste ou autrement demandé.

Ce jugement a été rendu par M. M. Korsten-Krijnen, M. E. E. van Tuyll van Serooskerken – Röell et M. A. W. H. Vink, et prononcé publiquement par le conseiller en date du 30 juin 2020.

LA RECONNAISSANCE
DE LA NATURE ECCLÉSIASTIQUE
D'UNE FONDATION CATHOLIQUE
DANS LE DIOCÈSE DE HAARLEM
(AMSTERDAM).
L'AFFAIRE *STICHTING HET ROOMSCH
CATHOLIK MAAGDENHUIS*

RECOGNITION OF THE ECCLESIASTICAL NATURE
OF A CATHOLIC FOUNDATION
IN THE DIOCESE OF HAARLEM (AMSTERDAM).
THE *STICHTING HET ROOMSCH
CATHOLIK MAAGDENHUIS* CASE

JEAN-PIERRE SCHOUPPE*

1. INTRODUCTION¹

LA société civile néerlandaise est extrêmement sécularisée et les relations entre l'État et les Églises se caractérisent par un régime de séparation de type libéral propice à la reconnaissance de la liberté d'organisation des cultes.² Comme le précise un civiliste, «le droit hollandais actuel a une nette préférence pour la liberté plutôt que pour le contrôle. Le droit néerlandais

* schouppe@pusc.it, Professore incaricato di Rapporti tra Chiesa e società civile, Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Même s'il s'agit d'une étude universitaire et indépendante, il me semble correct de signaler mon intervention en qualité d'expert dans le volet canonique de cette affaire. *Maagdenhuis* signifie la «maison des vierges» en néerlandais.

² Pour une présentation des rapports entre l'État néerlandais et les églises on consultera avec intérêt S. C. VAN BIJSTERVELD, *Religious Liberty and Church Autonomy in the Netherlands*, in G. ROBBERS (dir.), *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, pp. 59-75; G. CIMBALO, *I rapporti finanziari tra Stato e confessioni religiose nei Paesi Bassi*, Milano, Giuffrè, 1989. Concernant la législation civile applicable aux groupements religieux aux Pays-Bas, une utile référence est l'étude de J. M. BLANCO FERNÁNDEZ, *Het kerkgenootschap*, in *Mr. C. Assers Handeling tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. 2.III, *Rechtspersonenrecht. Overige rechtspersonen*, Deventer, Kluwer, 2017, pp. 475-510.

est d'orientation libérale pour ce qui est de la reconnaissance de l'existence de communautés religieuses et il offre à ces groupements un large espace pour organiser leurs rapports internes de manière autonome». ³

En droit des personnes hollandais, «kerkgenootschap» (communauté religieuse) est le terme technique approprié pour désigner les sujets collectifs personnifiés de type religieux; il peut s'appliquer aux Églises mais aussi aux plus divers groupements religieux. À côté des «kerkgenootschappen», il existe des éléments autonomes («zelfstandige onderdelen») qui sont des unités d'organisation d'un groupement religieux admises à participer aux relations juridiques civiles. ⁴ «Élément autonome», ⁵ telle est précisément la qualification civile donnée à l'institution qui est au cœur du litige examiné par ses statuts de 1983 (dorénavant Statuts RCM), tout en rappelant qu'il s'agit d'une institution ecclésiastique (art. 1.3.). La situation peut s'analyser comme suit: la fondation en question est une personne juridique publique de l'Église; elle est revêtue du statut civil d'«élément autonome» afin de pouvoir produire des effets civils. ⁶

Les procédures civiles et canoniques suivies à l'occasion de ce litige, en particulier l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam, ⁷ ne revêtent pas seulement une importance capitale pour l'évêché de Haarlem; elles sont aussi paradigmatiques pour de nombreuses situations analogues de perte d'identité catholique et d'érosion du patrimoine ecclésiastique qui se présentent un peu partout dans le monde.

2. LE CADRE JURIDIQUE ET L'ITER PROCÉDURAL

La *Stichting Het Roomsche Catholijk Maagdenhuis* (dorénavant RCM) est une fondation à la réputation bien établie, fondée à Amsterdam par deux dames catholiques, comme orphelinat pour filles de cette confession. La fondation date de 1570 et se situe donc dans les décennies qui ont donné lieu au début de la Réforme protestante. Seulement près de trois siècles plus tard aura lieu, en 1853, le rétablissement de la hiérarchie épiscopale catholique suivi, en 1854, de l'entrée en vigueur de la Loi dite «des pauvres». L'enregistrement de RCM sous l'article 2b de cette Loi fait dépendre formellement cette der-

³ J. M. BLANCO FERNÁNDEZ, *Het kerkgenootschap*, cit., p. 476 (trad. de l'A.).

⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 482-486.

⁵ Bien que, dans l'expression technique légale «zelfstantig onderdeel», le terme «zelfstandig» signifie littéralement «indépendant», j'ai préféré le traduire en français par «autonome», qui me semble mieux refléter la réalité du concept que chaque entité ecclésiastique doit précisément définir dans ses statuts propres.

⁶ Du point de vue canonique, voir A. P. H. MEIJERS, *Het Vermogensrecht in het Wetboek van Canoniek Recht*, Leuven, Peeters, 2000.

⁷ L'arrêt a été publié en néerlandais: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2020:1834>.

nière du contrôle de la hiérarchie catholique diocésaine, comme il ressort de l'article 7 de la Loi des pauvres et d'un *Règlement général* du diocèse de Haarlem en date du 8 février 1955 sur les paroisses et les œuvres de bienfaisance. Le 29 septembre 1910, un premier règlement propre à la fondation confirme les pouvoirs de contrôle revenant à l'évêque de Haarlem. En 1918, le CIC 1917 entre en vigueur, y compris son canon 100 permettant à des entités d'obtenir la personnalité juridique soit par l'effet d'une prescription du droit, soit par une concession donnée par décret formel du supérieur ecclésiastique compétent dans un but de religion ou de charité. En 1925, un *Règlement* de l'Église catholique aux Pays-Bas statue que l'octroi de la personnalité juridique canonique prévue en raison de l'article 100 §1 du CIC 1917 requiert que l'évêque du diocèse reconnaisse juridiquement ces entités. Le 22 septembre 1932 un nouveau règlement de RCM confirme sa nature juridique et le pouvoir de contrôle revenant à l'évêque.

En 1953, RCM ferme l'orphelinat, vend l'immeuble d'Amsterdam (Spui) et soutient des projets de bienfaisance et de charité, y compris à l'étranger. Le 1^{er} janvier 1957, une Loi sur les fondations de 1956 entre en vigueur; son article 28 prévoit toutefois qu'elle ne s'appliquera pas aux personnes juridiques religieuses, aux fondations religieuses et aux institutions de bienfaisance au sens de la Loi des pauvres. Elle sera révoquée en 1976 suite à la réforme du Livre 2 du Code civil.

En 1959, les statuts de RCM sont rédigés pour la première fois. Dans les «considérants» (ou le préambule) de ces statuts il est fait état de l'existence de RCM depuis environ 1570 à Amsterdam et de l'absence d'actes de fondation. Le conseil d'administration estime que RCM n'est pas régi par la Loi sur les fondations car elle est une personne juridique canonique et exerce des activités caritatives au sens de la Loi des pauvres. Néanmoins, elle adopte la dénomination de «fondation» car RCM correspond à la définition générale d'une fondation. Ces statuts, approuvés par l'évêque de Haarlem, confirment cette qualification. En 1962, une modification des statuts de RCM renforce les pouvoirs de l'évêque de Haarlem: au cas où il n'y aurait plus d'administrateur en fonction, il peut constituer un nouveau conseil d'administration et, dans l'intervalle, il est habilité à administrer lui-même; en outre, son autorisation est requise pour qu'il puisse y avoir une dissolution de la fondation.

Un nouveau *Règlement général* (AR 1965) est établi pour l'ensemble des diocèses néerlandais en remplacement des divers règlements généraux diocésains. Il sera lui-même remplacé en 1978 par les *Algemene Bepalingen* (*Dispositions générales*) au plan pastoral, caritatif et social, y compris dans le domaine de l'enseignement et de la formation. L'article 3 stipule que les institutions religieuses sont des personnes juridiques canoniques érigées par la conférence des évêques ou par un ou plusieurs évêques; elles peuvent aussi être

reconnues suite à une approbation épiscopale des statuts; cette érection ou reconnaissance confère à l'entité la personnalité juridique canonique. L'article 6 prévoit que l'autorité ecclésiastique compétente nomme et révoque les administrateurs, approuve le budget et le bilan et doit également approuver certains actes juridiques de gestion ainsi que la modification des statuts.

Le 1^{er} juin 1981 une concertation entre le diocèse et RCM permet d'acter que RCM souhaite modifier les statuts dans le sens d'une plus grande autonomie sans toutefois rompre tout-à-fait le lien avec le diocèse, mais le diocèse objecte qu'il s'agit de biens ecclésiastiques et que les *Dispositions générales* sont d'application. Le 1^{er} décembre 1981 un ancien administrateur fait un rapport au conseil d'administration de sa conversation avec l'évêque. Il soutient que RCM serait une fondation civile régie par le droit civil et non une personne juridique canonique régie par le droit canon; en cas de conflit, il envisage de s'adresser à un tribunal civil.

Les statuts de la fondation sont modifiés en 1983 par un acte notarié avec l'approbation de l'évêque. La principale nouveauté est la présentation du pouvoir de l'évêque comme une dimension de service, en sorte que les administrateurs exercent leur tâche avec autonomie et sont renouvelés par cooptation, l'évêque ne conservant plus guère qu'un droit de contrôle marginal en cas de mauvaise gestion. Il y a lieu de préciser que cette déclaration figure dans un «considérant» situé dans un préambule aux statuts propres. L'article 1^{er} des statuts qualifie RCM d'«élément autonome» et jouit de la personnalité juridique canonique que le Livre 2 du Code civil reconnaît. Cette accentuation de la gestion autonome de la fondation par rapport au diocèse, tout en assurant certains règles canoniques garanties par ses statuts, s'explique par le contexte hollandais fondé, comme nous l'avons constaté, sur le principe de séparation église-état et de liberté d'organisation des communautés religieuses dans le respect de l'ordre public.

En 2001, un nouvel évêque diocésain fut nommé. La situation commença à devenir problématique en 2009, lorsqu'un nouveau membre du conseil d'administration, élu de manière autonome, s'informa auprès de l'évêque diocésain quant à la nécessité de la confirmation par ce dernier que prévoient les statuts de la fondation.⁸ Cette requête lui permit de prendre conscience de la nécessité de cette confirmation épiscopale et du fait que les autres membres du conseil d'administration, qui avaient été préalablement élus, n'avaient pas demandé la confirmation épiscopale pourtant requise pour la validité. L'évêque tenta alors, vainement, de rencontrer ceux-ci dès le 12 décembre 2011. Après avoir constaté chez les membres du conseil d'administration l'absence de volonté de solliciter la confirmation, et donc l'invalidité de leur nomination au conseil d'administration, le 10 juillet 2013,

⁸ Cfr. Statuts RCM, art. 3.4.

il prit acte de l'inexistence d'un conseil validement nommé et, sur la base de l'article 3.8. des statuts, procéda à la nomination d'un nouveau conseil d'administration.

Les choses s'envenimèrent lorsque les membres déchus, ayant refusé de reconnaître le nouveau conseil d'administration, chargèrent un avocat, le 23 juillet 2013, de les représenter aux fors civil et canonique. À cette période, l'évêque prit l'initiative d'un recours en procédure en référé (*in kort geding*) auprès du juge civil. Tout en estimant que l'urgence requise pour enclencher ce type de procédure faisait défaut, le tribunal civil de première instance reconnut la nature *ecclésiastique publique* de la fondation, donnant tort à la partie adverse pour qui RCM était une fondation civile ou, tout au plus, une fondation ecclésiale privée. La juridiction d'appel (en référé), tout en rejetant aussi l'urgence, envisagea que RCM puisse être une personne juridique ecclésiastique privée.⁹ Même s'il ne s'agit que de jugements provisoires, l'on notera que les deux jugements en référé, en première instance et en appel, concordent pour affirmer que RCM est une personne juridique ecclésiastique et excluent qu'il puisse s'agir d'une personne juridique civile.

En ce qui concerne le volet canonique, le 6 septembre 2013, l'avocat des administrateurs déchus introduisit un recours hiérarchique auprès de la Congrégation pour le clergé. Par un décret du 9 octobre 2014, le dicastère reconnut la légitimation active du président du conseil d'administration déchu et confirma le décret du 10 juillet 2013.¹⁰ Un autre recours fut ensuite introduit au nom de tous les anciens membres du conseil d'administration auprès du Tribunal de la Signature Apostolique (dorénavant TSA) contre la décision de ladite Congrégation. Le 6 novembre 2015, le Préfet décréta ce recours inadmissible en raison d'un manque de fondement manifeste.¹¹

Le 16 février 2016 l'avocat, à nouveau mandaté par le président de l'ancien conseil d'administration, introduisit un recours afin d'être entendu par le Collège plénier des Juges du TSA. Son objet était la réforme, la modification ou la déclaration de nullité du décret du 6 novembre 2015 édicté *contra legem, ob iuris violationem ac/vel ob erratam iuris applicationem in procedendo ac decernendo*. Il fut rappelé au requérant les dispositions de la *Lex propria* en vertu desquelles la décision de confier la cause au Collège plénier ou non n'est pas laissée à sa discrétion mais revient au Préfet. Quant à la question de la révocation du décret de non admission, elle soulève une question de fond qui renvoie principalement aux statuts de la fondation. Finalement, l'affaire fut tranchée le 6 novembre 2015 par le TSA en faveur de la validité du décret

⁹ Cours d'appel d'Amsterdam, arrêt en référé du 26 août 2014, n° 3.12.

¹⁰ Cfr. décret du 9 octobre 2014 (Prot. N. 40141953) rendu par la Congrégation pour le clergé comporte une argumentation juridique soignée.

¹¹ Cfr. Prot. N. 49980/15 CA.

de nomination des administrateurs pris par l'évêque de Haarlem le 10 juillet 2013.¹²

Au plan de la procédure civile, le tribunal de première instance d'Amsterdam débouta le diocèse de Haarlem, qui fit appel. La Cour d'appel d'Amsterdam, après son jugement provisoire en référé, rendit son arrêt le 30 juin 2020.¹³

3. LA PRÉSERVATION DE LA NATURE CANONIQUE DE LA FONDATION

Tout en se référant explicitement à la décision du TSA pour le versant canonique, la Cour d'appel d'Amsterdam précise que l'élément déterminant pour savoir si RCM est ou non un « élément autonome » d'une personne juridique canonique relève de l'appréciation des seuls juges civils. Toutefois, cette appréciation doit se baser sur les statuts de RCM et sur les règles canoniques qui lui sont applicables, comme le soutenait le diocèse de Haarlem et contrairement à la prétention de RCM de se référer uniquement au droit civil. La Cour constate que l'évêque de Haarlem a reconnu à RCM la qualité d'« élément autonome » d'une personne juridique canonique lors de la modification des statuts de 1983. Il y a donc eu reconnaissance épiscopale de la nature (canonique) de l'entité, comme le prévoient les *Dispositions générales* des diocèses hollandais. Les deux parties étant d'accord sur l'incompatibilité du statut canonique avec celui de fondation civile, la question de la nature canonique de l'entité, et dès lors du droit applicable, était donc tranchée.

La Cour d'appel va jusqu'au bout dans sa démarche et se livre à l'analyse systématique des statuts de RCM, modifiés en 1983. Elle parvient ainsi à la conclusion qu'il n'y est pas question d'un système de cooptation et que le pouvoir de contrôle de l'évêque de Haarlem ne se limite aux cas de mauvaise gestion, comme RCM le prétendait. De plus, elle remarque plusieurs autres attributions de l'évêque diocésain inscrites dans les statuts: approbation de la nomination des administrateurs, révocation des administrateurs en cas de mauvaise administration, nomination d'un nouveau conseil d'administration en cas de défaut d'administrateurs ainsi que l'approbation d'une modification des statuts ou d'une dissolution de la fondation (n° 3.18).

Il n'est pas nécessaire qu'un « élément autonome » ait été érigé par la communauté ecclésiale; cette entité a pu être fondée par des particuliers, comme c'est le cas ici; il suffit alors que cette entité ait un caractère caritatif, travaille de manière autonome et soit reconnue par l'Église (n° 3.20). Aux yeux de la Cour, l'argument selon lequel les statuts de 1983 approuvés par l'évêque réduisaient ses attributions à ceux d'un rôle de service et à une fonction

¹² Cfr. TSA, Décret définitif, n° 9.

¹³ COUR D'APPEL D'AMSTERDAM, 30 juin 2020, n° 200.246.897/01.

de simple contrôle n'obligent pas à en conclure qu'il serait injuste et déraisonnable de considérer RCM comme «élément autonome» d'une personne juridique canonique (n° 3.21). L'usage du terme «fondation» dans le registre du commerce (n° 3.23) ne saurait davantage mener à une telle conclusion. L'utilisation du mot fondation à l'article 1^{er} § 3 des statuts («la fondation [...] possède comme élément autonome [...] la personnalité juridique») ne peut être interprétée comme une indication de sa nature civile (vu l'existence de fondations canoniques) et dès lors, dans la phrase citée, le terme fondation ne contredit pas la qualification d'élément autonome (n° 3.24).

En guise de conclusion sur ce point, l'arrêt se réfère à l'histoire de RCM depuis 1854 pour confirmer que la figure civile de fondation n'a jamais été choisie. Il allègue les travaux parlementaires relatifs au Livre 2 du Code civil, où l'hypothèse d'une fondation comme élément autonome a été expressément prévue: «En effet, la communauté ecclésiale a toujours la faculté de décider de scinder une tâche qu'elle considère comme propre et de l'affecter à une entité juridique distincte; si elle choisit à cette fin la figure juridique de la fondation, ce choix peut être fait sans ambiguïté et sans nuire à la sécurité juridique».¹⁴

4. PRÉCISIONS CANONIQUES SUR LES PERSONNES JURIDIQUES PUBLIQUES EN GÉNÉRAL ET SUR LES FONDATIONS EN PARTICULIER

Quelques précisions canoniques concernant les principales notions concernées peuvent venir à point. Faut-il rappeler aux canonistes que le CIC 17 ne prévoyait pas la figure des personnes juridiques privées? Cette catégorie est une innovation du CIC 1983 (d'ailleurs inconnue du CCEO 1990). Auparavant toutes les personnes juridiques ecclésiastiques possédaient un régime commun, comme c'est encore le cas dans le Code oriental. Les statuts de RCM ayant été approuvés en 1983, encore sous l'empire du CIC 17, ils ne prennent pas en considération la nouvelle distinction entre personne juridique privée et publique. La prévision de cette innovation dans les statuts n'aurait pourtant rien eu d'une entreprise impossible ou même audacieuse puisqu'à cette date le Code actuel avait déjà été promulgué, mais n'était pas encore entré en vigueur. Si le constat de ce qui apparaît dès lors comme un retard conceptuel a de quoi surprendre, il n'en faut pas moins s'en tenir aux statuts de RCM qui s'imposent comme un fait juridique inéluctable et en évidence que les rédacteurs des statuts de RCM n'envisageaient nullement de faire de cette fondation une personne juridique privée: si telle avait été leur intention, il aurait été logique de se référer au CIC 83 qui en introduisait précisément la figure.

¹⁴ *Parlementaire Geschiedenis BW Inv. Boek 2 1977*, p. 1438, n° 6 (trad. de l'A.).

Dans la dans la perspective du CIC 17, la personnalité juridique canonique de RCM ne pouvait être que publique. Le silence des statuts de 1983 à cet égard n'autorise aucune autre interprétation. Déjà en 1953, pour la vente de l'immeuble *Maagdenhuis*, le diocèse de Haarlem a adressé au Saint-Siège une requête d'autorisation en date du 7 octobre concernant l'aliénation d'un bien ecclésiastique («de bono ecclesiastico alienando»). Dans les statuts de 1959, la fondation était qualifiée d'«institution ecclésiastique» («kerkelijke instelling») et l'évêque diocésain était compétent pour en approuver les statuts; il avait également le droit de nommer et de renvoyer les membres du collège de régent(e)s.¹⁵ Ce dernier point anticipe en quelque sorte l'actuel droit-devoir de confirmation des membres du conseil d'administration que les statuts de 1983 ont dévolu à l'évêque diocésain. Ceux-ci établissent clairement la nature publique de la fondation en se référant expressément au canon 100 § 1 sur les «personnes morales». Le CIC 1917 usait de cette expression pour désigner les personnes juridiques (publiques), alors que le CIC 83 réserve celle-ci à l'Église catholique et au Siège Apostolique (cfr. can. 113 § 1).¹⁶

Afin de faciliter la mise en œuvre de la distinction introduite entre personnes juridiques publiques et privées, la conférence des évêques hollandais édicta en 1995 des *Dispositions générales*.¹⁷ Deux solutions étaient possibles: soit aucune demande de privatisation n'avait été introduite et les personnes juridiques continuaient à être publiques; soit, en l'absence d'une requête en sens contraire, elles se transformaient d'office en personnes juridiques privées. Le sens pratique et le réalisme recommandaient d'opter pour la première solution. Les évêques hollandais l'adoptèrent à l'article 39, consacrant de la sorte une continuité par rapport au passé. Comme il n'y eut aucune requête de modification de nature juridique pour RCM, celle-ci est donc demeurée une personne juridique publique propriétaire de biens ecclésiastiques. Le décret définitif du TSA en prend acte.¹⁸

La distinction publique-privée de l'entité propriétaire est le facteur qui détermine la nature juridique de leurs biens ainsi que le régime canonique applicable. En faisant du respect des fins (il suffit de poursuivre l'une d'entre elles) une condition générale de toute personnification ecclésiale, le CIC 83 a retiré des critères spécifiques de la personnification publique la poursuite

¹⁵ Voir les Statuts RCM du 23 décembre 1959: *præmium* et art. 3.

¹⁶ Art. 1^{er} des Statuts RCM: «La fondation est une institution de l'Église Catholique Romaine au sens du canon 100 § 1^{er} du Codex Iuris Canonici» (trad. libre) et de l'article VII du Règlement pour l'Église Catholique Romaine aux Pays-Bas. Cet article renvoie aussi à l'art. 2 du Livre 2 du Code civil, une disposition qui implique une reconnaissance en droit hollandais.

¹⁷ Cfr. art. 39 des *Algemene Bepalingen voor Kerkelijke Rechtspersonen en Katholieke Burgerlijke Rechtspersonen*, 12-13 décembre 1994.

¹⁸ Cfr. TSA, Décret définitif. n° 8 *in fine*.

d'une finalité ecclésiale, si bien que le critère du titre de propriété des biens est le seul à prendre en considération pour distinguer entre biens ecclésiastiques (=ecclésiastiques) et ecclésiaux privés (=ecclésiaux).¹⁹ De manière générale, le canon 1254 § 2 énonce les buts généraux suivants: le culte, la rémunération des ministres du culte ainsi que les œuvres d'apostolat et de charité spécialement envers les pauvres. Ces fins ne sont pas exhaustives (*præcipue*) et doivent faire l'objet d'une interprétation large par l'Église.

Dans le régime canonique actuel, la pierre de touche de la distinction entre biens ecclésiastiques et biens ecclésiaux réside donc strictement dans le titre de propriété. Les biens temporels qui appartiennent à une personne juridique publique constituent des biens ecclésiastiques (can. 1257 § 1), ceux d'une personne ecclésiale privée sont des biens ecclésiaux (ou non ecclésiastiques), à ne pas confondre avec les biens privés des fidèles ni, à plus forte raison, avec les biens civils d'une personne juridique civile.²⁰ L'érection en personne juridique *publique* par l'autorité ecclésiastique compétente confère à l'entité la capacité d'«agir au nom de l'Église», ce qui suppose une identification à l'Église catholique. Cette identification augmente le devoir de vigilance incombant à l'ordinaire diocésain et requiert l'application d'un régime administratif plus strict comprenant notamment un contrôle plus étroit de l'administration des biens ecclésiastiques par les autorités compétentes. C'est la raison pour laquelle l'ensemble des canons du livre V du CIC 83 s'appliquent aux personnes juridiques publiques, alors que les personnes juridiques privées, dont les biens sont ecclésiaux – pas ecclésiastiques – ne sont soumises qu'à certains qu'à certains de ces canons.²¹ Voilà qui démontre l'impérieuse nécessité de veiller à préciser dans les statuts la nature juridique de chaque entité, voire de leurs biens.

Bien que le décret définitif n'y fasse pas allusion car RCM n'est pas dans ce cas de figure, précisons qu'une transformation d'une personne juridique publique en personne ecclésiale privée est de nature à susciter certains problèmes. Le principal effet au plan patrimonial est la perte du caractère ecclésiastique de ses biens, ce qui risque d'entraîner l'aliénation d'un bien ecclésiastique et, par conséquent, une réduction du patrimoine de l'Église. Afin

¹⁹ Le can. 1495 CIC 17 parlait de «*finis sibi proprios*» pour toutes les personnes morales. Cfr. J. MIÑAMBRES, *I beni ecclesiastici: nozione, regime giuridico e potere episcopale* (cann. 1257-1258), in *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1999, pp. 7-20.

²⁰ Cfr. V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, EDB, 1995, pp. 87-99; J.-P. SCHOUPPE, *Droit canonique des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, pp. 44-51; ID., *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano, Giuffrè, 2008², pp. 35-43; A. PERLASCA, *Personalità giuridica e aspetti patrimoniali*, in questa rivista, 22 (2010), pp. 51-68; ID., *Bien eclesiástico*, in J. SEDANO RUEDA, J. OTADUY GUERÍN, A. VIANA TOMÉ (dir.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 689-693.

²¹ En particulier les cc. 305 et 325.

de protéger le patrimoine ecclésiastique, le droit canonique requiert dans une situation de ce type une autorisation de l'évêque diocésain, lequel devrait disposer de motifs suffisamment graves pour pouvoir justifier une telle décision devant ses conseils (cfr. can. 1292 § 1). Lorsqu'il s'agit d'une valeur considérable dépassant la «somme maximale» prévue par le droit, l'évêque diocésain est obligé de solliciter, en outre, une autorisation du Siège apostolique (cfr. can. 1292 § 2).²²

Les personnes juridiques se subdivisent en associations et en fondations. L'hypothèse d'une fondation publique est prévue par le CIC 83 au canon 115 sous le nom de *fondation autonome*: «un ensemble de choses ou fondation autonome consiste en des biens ou des choses spirituelles ou matérielles; il est dirigé selon le droit et les statuts, par une ou plusieurs personnes physiques, ou par un collègue». ²³ Dans la mesure où ils sont la propriété d'une fondation autonome ayant la personnalité juridique publique, les biens de RCM sont nécessairement des biens ecclésiastiques soumis au régime administratif du livre v. Cette conclusion permettra d'apprécier la portée de certains articles figurant dans les statuts de RCM concernant le rôle de l'évêque diocésain en vue d'un valide renouvellement du conseil d'administration.

5. LE RENOUVELLEMENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE LA FONDATION PAR L'ÉVÊQUE DE HAARLEM

Une fondation peut être civile ou canonique; dans ce second cas elle peut être privée ou publique. S'il s'était agi d'une fondation *civile*, l'exigence d'une confirmation des administrateurs élus par l'évêque diocésain aurait sans doute manqué de raison d'être, à moins que les statuts n'aient établi cette exigence. Dans l'hypothèse d'une personne juridique *ecclésiastique privée*, le rôle de surveillance dévolu à l'évêque diocésain reposant sur les cc. 305 et 325 ne requerrait une telle confirmation épiscopale qu'en présence d'une indication expresse dans les statuts, lesquels prévalent sur les canons du livre v

²² Cfr. L. NAVARRO, *Diritto e volontà di associazione dei fedeli*, dans *cette revue* 17 (2005), pp. 97-98.

²³ Le terme «autonome» ne saurait être pris au sens d'autonomie par rapport à l'évêque diocésain. Il est employé dans une acception technique qui s'oppose à la fondation «non autonome» envisagée par le can. 1303 dans le contexte des fondations pieuses. Il n'y a aucune incompatibilité entre la figure de fondation autonome et le caractère public de la fondation. La fondation non autonome n'a pas de personnalité juridique en elle-même, mais constitue un fonds autonome rattaché à une personne juridique publique, à laquelle la gestion de ce fonds est confiée en vue d'une fin bien déterminée, par exemple la célébration de messes ou d'autres fonctions religieuses. La prétention du requérant, selon laquelle les personnes juridiques ecclésiastiques devraient toutes être considérées comme de nature privée aux Pays-Bas, n'a pas été retenue par le TSA (cfr. n° 8 du Décret définitif).

s'agissant de personnes juridiques privées.²⁴ Telle est la raison pour laquelle, lors du procès civil en référé, le requérant avait tenté de plaider ces deux hypothèses (dans l'ordre indiqué), mais le juge repoussa cette interprétation, tandis que la Cour d'appel, se référant à la décision du T.S.A, mais par une évaluation propre, confirma la nature canonique publique de la fondation.

Pour les personnes juridiques *ecclésiales publiques* (c'est-à-dire ecclésiastiques) la confirmation des membres du conseil d'administration ainsi que l'exercice d'une fonction de suppléance en cas de défaut de membres dudit conseil d'administration – tels que les statuts RCM de 1983 le prévoient – constituent des tâches parfaitement conciliables avec le contrôle accru que l'évêque diocésain est appelé à exercer sur l'administration d'une fondation publique. Au fond, il s'agit de mettre en œuvre le principe du *bon gouvernement*.²⁵ L'évêque diocésain est censé exercer avec diligence et justice son pouvoir de gouvernement, en vertu duquel il remplit une mission de vigilance dans le cadre de sa fonction exécutive d'Ordinaire du lieu et, éventuellement, de suppléance à l'égard de l'administration des personnes juridiques publiques soumises à sa juridiction (can. 1276 § 1).

L'autonomie de l'ordre canonique obligeant,²⁶ des questions aussi spécifiques que les notions de biens ecclésiastiques ou le caractère public/privé d'une personne juridique relèvent en premier lieu des tribunaux ecclésiastiques. À la différence d'autres notions comme celles de contrat ou de prescription, qui peuvent être canonisées en même temps que les normes civiles qui les contiennent aux conditions du can. 22, il s'agit ici de définitions ou de «présupposés» qui ne peuvent pas être importés du droit civil. Réaffirmer les concepts et les règles canoniques de base, qui sont souvent ignorés, voire *de facto* remis en question par des administrateurs parfois oublieux de

²⁴ Mais non explicite; cfr. can. 1257 § 2.

²⁵ Sur ce droit des fidèles non formalisé dans le CIC et principe informateur de la fonction de gouvernement ecclésial, voir J. MIRAS, *Derecho al buen gobierno en la Iglesia: una glosa a la doctrina constitucional de Javier Hervada desde el derecho administrativo*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona, Instituto Martín de Azpilcueta, 1999 (n. spec. «Ius canonicum», pp. 367-377); D. LE TOURNEAU, *Droits et devoirs fondamentaux des fidèles et des laïcs dans l'Église*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, pp. 130-131. En ce qui concerne le 'stewardship' conçu comme un exemple de bonne administration des biens ecclésiastiques, voir J. MIÑAMBRES, *La 'stewardship' (corresponsabilità) nella gestione dei beni temporali della Chiesa*, dans «Ius Ecclesiae» 24 (2012), pp. 277-292.

²⁶ L'autonomie de l'Église catholique et des autres groupements religieux, mais aussi des entités qui se situent dans leur orbite identitaire et doctrinale, est confirmée par une abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De *Serif c. Grèce* à *Sindicatul Pastoral Cel Bun c. Roumanie*, celle-ci reconnaît aux groupements religieux de nombreuses facettes de l'autonomie normative et d'organisation, et fait usage de la notion d'entreprises de tendance ou identitaires notamment pour les centres d'enseignement et de soins. J'ai étudié cette question notamment dans J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2014, spéc. pp. 277-383.

l'identité ecclésiastique de l'entité dont ils administrent les biens, voilà qui illustre l'importance primordiale que revêt le décret définitif du TSA, auquel la Cour d'appel d'Amsterdam ne manque pas de se référer.

La question centrale du litige a trait au conseil d'administration. Du point de vue du diocèse, elle ne se pose pas dans les termes de la possibilité ou non pour l'évêque de mettre fin au conseil d'administration précédent car les anciens administrateurs, à défaut de la ratification par l'évêque, n'ont pas été nommés. La révocation de chaque administrateur ainsi que la déclaration de la cessation du conseil d'administration dans son ensemble ne sont donc pas de mise. Il faut, en revanche, se poser la question de savoir si les membres déchus sont légitimés à s'opposer au nouveau conseil d'administration nommé par l'évêque. S'agissant d'une personne juridique publique, le régime administratif du Livre v et les statuts propres sont d'application (can. 1257 § 1). Il y a donc lieu de se référer aux éléments pertinents contenus dans les statuts 1983 de RCM. Le diocèse et la Congrégation du clergé, d'une part, soulignent l'art 3.4. et 3.8., alors que le requérant, quant à lui, brandit l'article 3.6.

Pour les premiers, l'article 3.4 établit que les membres du conseil d'administration sont nommés par le conseil lui-même, qui attribue en son sein les postes de président, vice-président, secrétaire et trésorier, ce qui n'empêche que toute nomination doit être présentée à l'évêque en vue de sa confirmation (*bekrachtiging*). Au cas où il n'y aurait plus aucun membre du conseil d'administration en fonction, l'évêque a le droit de nommer un nouveau conseil d'administration. Dès qu'il fait un tel constat, il prend immédiatement à son compte l'exercice temporaire de toutes les fonctions, attributions et droits du conseil d'administration déchu jusqu'à l'entrée en fonction d'un nouveau conseil d'administration (art. 3.8.). De son côté, RCM invoque l'article 3.6., qui stipule qu'en cas de renvoi d'un membre du conseil d'administration par l'évêque, le litige doit être tranché par le juge civil.

Face aux deux thèses en présence, le décret définitif, se référant à l'argumentation exposée dans le décret du TSA du 6 novembre 2015, confirme la position soutenue par le diocèse et la Congrégation pour le clergé: l'article 3.6. ne trouve pas à s'appliquer car il n'est pas question d'un renvoi d'un membre validement nommé, mais il s'agit tout simplement de membres qui n'ont jamais été nommés; en effet, pour qu'il puisse y avoir une nomination valide, la règle statutaire requerrait la confirmation des élus par l'évêque diocésain, conformément à la technique de l'élection-confirmation qui était une figure déjà prévue dans le CIC 1917.²⁷ La demande de confirmation a été omise, conclut le décret définitif, en se référant au décret précédant:

²⁷ Cfr. cc. 158-163 CIC; J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 181-184.

«Omissa proinde petitione confirmationis, confirmandus omni iure privatur ad officium de quo (cfr. can. 179 § 1 CIC 1983 = can. 177 § 1 1917)». ²⁸ Puisqu'il ne s'agit pas d'un renvoi d'un membre validement nommé, l'argumentation du requérant, selon laquelle le juge civil serait compétent sur la base de l'article 3.6. des statuts, est privée de fondement. L'interprétation soutenue par le diocèse et la Congrégation repose sur les n^{os} 4 et 8 dudit l'article 3: à défaut de confirmation par l'évêque diocésain, l'évêque actuel était bel et bien fondé à constater l'inexistence de membres du conseil d'administration dûment nommés et, par conséquent, faute de membres pour composer le conseil, il était autorisé à ordonner la cessation de cet organe. De plus, conformément à l'article 3.8., l'évêque a assumé les compétences du conseil l'administration inexistant de façon à nommer lui-même les membres d'un nouveau conseil d'administration.

Retournons à présent au raisonnement tenu par la Cour d'appel. Une première conséquence de la nature canonique d'une entité configurée comme «élément autonome» est le principe de liberté dont celle-ci jouit par rapport à l'État. Les Pays-Bas connaissent un régime de séparation au sein duquel le respect de l'autonomie de l'État et des Églises dans leur domaine respectif (temporel ou spirituel) est un principe fondamental: «l'article 2:2 du Code civil repose fermement sur le principe de la séparation entre Église et État (...) Cela signifie que la 'Maagdenhuis' jouit en principe de la liberté d'organisation» (n^o 3.43). Les juges d'appel estiment que les autres questions pendantes découlent de la nature canonique de l'entité et doivent se résoudre compte tenu de la liberté d'organisation des communautés ecclésiales.

Du point de vue canonique, l'arrêt du TSA démontre clairement la validité du décret de nomination de l'évêque de Haarlem et que le défaut d'approbation par l'évêque des membres du conseil d'administration précédent a invalidé la nomination de ces derniers (n^o 3.44). Rappelons que les statuts n'excluent pas la compétence des juridictions canoniques; ils prévoient seulement un recours devant un tribunal civil dans le cas d'une révocation par l'évêque suite à une mauvaise gestion, ce qui n'est pas le cas ici (n^o 3.45). Cette hypothèse pourrait d'ailleurs s'avérer problématique du point de vue de l'autonomie du droit canonique.

Rien n'indique que les juges ecclésiastiques aient pris une décision injuste ou déraisonnable (n^o 3.47). L'argument tiré de l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* concernant le manque de procès équitable ne convainc pas la Cour puisque RCM ne démontre pas en quoi celle-ci a pu être lésée *in concreto* par les griefs dénoncés, à savoir le délai de 15 jours pour introduire le recours et l'absence de traduction des jugements de la Congrégation du clergé (allemand) et du TSA (latin).

²⁸ Cfr. TSA, Décret définitif, n^o 5.

La Cour d'appel donne raison à l'évêché de Haarlem sur toute la ligne, y compris en ce qui concerne sa dernière requête: l'accès complet et inconditionnel des administrateurs nommés par l'Évêque à l'administration de RCM, afin qu'ils puissent commencer à exercer leur fonction endéans les dix jours.

6. UNE VALIDATION DE L'ÉLECTION DES ANCIENS ADMINISTRATEURS PAR PRESCRIPTION ACQUISITIVE ÉTAIT-ELLE ENVISAGEABLE?

Dans le volet canonique, RCM a objecté que la non-intervention de l'évêque en vue de confirmer l'élection du conseil d'administration aurait donné lieu à une sorte de prescription acquisitive. Il est en effet possible de se demander si, après avoir exercé de facto la charge de membres du conseil d'administration pendant plusieurs années sans intervention contraire des autorités diocésaines, il ne faut pas considérer qu'une prescription acquisitive de la charge a pu s'opérer.

À cet égard, le décret définitif du TSA rappelle justement que les normes contenues dans les statuts doivent être complétées par les normes générales, c'est-à-dire les canons du CIC 83. Outre le fait que le Codex ne prévoit pas l'*usucapio* d'un office, ce qui est logique s'agissant d'une fonction ecclésiale qui ne saurait faire l'objet de droits réels, la disposition générale supplétive appartient au Livre 1^{er}: le canon 198 prévoit que «la prescription est nulle, à moins qu'elle ne soit fondée sur la bonne foi, non seulement au début, mais tout au long du temps requis (...)». Dans le cas présent, les administrateurs n'étaient pas sans ignorer la nécessité de la présentation en vue de la confirmation épiscopale: elle était expressément indiquée dans les statuts dont, en qualité d'administrateurs, ils ne pouvaient prétendre en ignorer le contenu. Leur manque de bonne foi ne permet donc pas d'invoquer la prescription acquisitive dans son acception canonique, laquelle comporte la condition préalable d'une bonne foi qui perdure depuis le début.²⁹ Par ce critère exigeant, le droit canonique souligne sa spécificité religieuse et se distingue de nombreuses législations civiles moins éthiquement regardantes sur ce point. Plus clair encore, le canon 179 § 1 précise que dans le cas d'une élection requérant confirmation, la personne élue devra demander par elle-même ou par autrui la confirmation à l'autorité compétente dans un délai de huit jours à compter de l'acceptation; «sinon, elle est privée de tout droit».

7. MAINTIEN DE L'IDENTITÉ ECCLÉSIALE ET PRÉVENTION DE L'ÉROSION DU PATRIMOINE ECCLÉSIASTIQUE

S'il est sans doute permis d'affirmer que les conclusions auxquelles mènent les deux décrets du TSA et l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam brillent

²⁹ Cfr. TSA, Décret définitif, n° 5 *in fine*.

plus par la rigueur de leur argumentation que par leur originalité – mais telle n'est certes pas leur vocation première –, ils présentent un intérêt considérable. D'abord, parce que les jugements publiés concernant le droit patrimonial n'étant pas légion, ils acquièrent souvent une utilité didactique. Ensuite, en ce que les deux décrets confirment et confortent des notions, des principes et des règles fondamentales du droit patrimonial canonique qui sont trop souvent ignorés, oubliés, menacés, partiellement appliqués, voire carrément transgressés. Vu de Rome, comment ne pas s'étonner qu'il ait fallu attendre 2020 pour obtenir une réponse autorisée à des interrogations aussi élémentaires concernant le droit canonique des biens et des personnes juridiques dans le contexte néerlandais?³⁰ La surprise s'estompe, en revanche, lorsque la question est abordée depuis la «périphérie canonique». Dans de nombreux pays, surtout lorsque les entités religieuses y sont dépourvues d'un statut étatique spécifique et doivent s'adapter aux figures juridiques civiles et aux solutions de droit commun, comme c'est aussi le cas notamment en France et en Belgique,³¹ le danger de dérives civiles d'institutions ecclésiastiques cesse d'être purement théorique.

Afin de contenir ces tendances de fond, la qualité juridique de la rédaction des statuts revêt une extrême importance, mais la sélection et le suivi des membres composant les organes de gestion s'avère être une tâche encore plus déterminante. À une époque où la sécularisation galopante ainsi que les pressions sociales et médiatiques font douter certains centres catholiques, notamment des hôpitaux et des universités, quant à la cohérence à assumer par rapport aux valeurs fondamentales concernant par exemple le respect de la vie et de la famille, il est essentiel que les autorités ecclésiastiques compétentes assument avec diligence et professionnalisme leurs tâches de bon gouvernement des personnes juridiques, à commencer par celles qui agissent au nom de l'Église. Dans l'hypothèse contraire, des remèdes, voire des sanctions canoniques proportionnées, devraient alors être envisagés.³²

³⁰ Il est assez significatif que la seule sentence canonique hollandaise, à ma connaissance, à s'être prononcée sur cette thématique avant le présent procès, dans un cas présentant certaines analogies avec celui-ci (celle du Tribunal ecclésiastique d'Utrecht rendue en 2009), avait qualifié d'*ecclésiales privées* les deux fondations dont il était question.

³¹ L'articulation entre biens ecclésiastiques et biens civils peut varier selon les pays. Sur ce sujet délicat, je renvoie pour la France à l'expertise d'O. ÉCHAPPÉ, *Les biens des associations d'Église*, «L'année canonique», 47 (2005), pp. 51-62. Pour la Belgique, certaines solutions ont été envisagées dans J.-P. SCHOUPE, P. DE POOTER, *Sur les traces du droit canonique des biens temporels en Belgique*, in J.-P. SCHOUPE (dir.), *Vingt-cinq ans après le code. Le droit canon en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 145-171; ID., *Hoe kan de erosie van het Belgisch Kerkelijk patrimonium worden tegengegaan? Een canoniekrechtelijke aanpak*, «Recht, Religie en Samenleving» 1 (2008/1), pp. 85-110.

³² Par exemple, CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *Lettre adressée au supérieur général des Frères de la Charité à propos de la question de l'euthanasie dans les hôpitaux psychia-*

Au plan patrimonial, il y a lieu de prévenir le risque d'une érosion progressive du patrimoine ecclésiastique découlant du fait que, dans certains pays, les biens ecclésiastiques sont souvent administrés et aliénés abusivement, comme s'ils étaient des biens civils et, par conséquent, sans que soient mis en œuvre les mécanismes protecteurs ou correcteurs établis à cet effet par la législation ecclésiastique.

Le Livre v du CIC 1983 prévoit notamment le concept protecteur du patrimoine stable,³³ des autorisations nécessaires pour la validité ou la licéité d'une aliénation d'une certaine importance, l'approbation des statuts ainsi que des budgets et des bilans... Mais ces mesures seraient privées de leur efficacité si l'autorité ecclésiale compétente négligeait de déterminer quels sont les biens concrets assignés au patrimoine stable de chaque personne juridique publique. Il en irait de même si elle omettait de rappeler l'exigence des autorisations lorsque cela s'avérerait nécessaire; si, en cas d'aliénation réalisée sans la permission de l'autorité compétente, elle n'avait cure de cet acte juridique parfois entaché d'invalidité canonique et potentiellement dommageable pour le patrimoine ecclésiastique et ne tentait pas de réagir à cette négligence ou à cet abus par tous les moyens de droit (y compris une sanction car, conformément au canon 1377, l'aliénation sans la permission requise est constitutive d'un délit); ou encore si elle ne s'acquittait pas avec professionnalisme de l'approbation des budgets et des bilans... Par-dessus tout, l'évêque diocésain doit faire preuve de vigilance au moment de l'érection d'une personne juridique publique, lors de l'approbation ou du renouvellement de ses statuts et, tout particulièrement, à l'occasion de la désignation des membres du conseil d'administration ou du moins pour leur confirmation.

Le décret définitif du TSA et l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam viennent à point nommé pour redonner de l'espoir aux administrateurs et aux canonistes – mais aussi aux fondateurs ou aux fidèles concernés – confrontés à des situations patrimoniales injustes, problématiques ou apparemment irrémédiables. Ces décisions judiciaires illustrent toute l'importance du bon exercice du gouvernement ecclésiastique par l'Ordinaire diocésain et démontrent que le droit canonique dispose des outils adéquats pour redresser des situations qui semblent hors de contrôle et pour garantir

triques de la même congrégation en Belgique, dans «L'Osservatore romano» en langue française, 7 juillet 2020, pp. 8-9. Il a été décidé que «les hôpitaux psychiatriques gérés par l'association *Provincialat des Frères de la Charité ASBL* en Belgique ne pourront plus, dorénavant, se considérer comme des institutions catholiques».

³³ L'importance du patrimoine stable et des protections dont il fait l'objet a été mise en évidence par D. ZALBIDEA, *El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable*, Pamplona, EUNSA, 2009.

ainsi la préservation du patrimoine ecclésiastique ainsi que l'identité catholique des entités concernées: aux Pays-Bas ou ailleurs. Il est, par ailleurs, significatif de constater, une fois de plus, la prise en compte par une Cour d'appel du droit canonique et, en particulier, de la jurisprudence du TSA.

NOTE E COMMENTI

ORDINI EQUESTRI E DIRITTO CANONICO: ANNOTAZIONI PER UN INQUADRAMENTO GIURIDICO*

EQUESTRIAN ORDERS AND CANON LAW:
NOTES FOR A LEGAL FRAMEWORK

MIGUEL DELGADO GALINDO**

RIASSUNTO · Gli ordini equestri sono istituzioni sorte nel medioevo per la riconquista e la custodia della Terrasanta. Le Dinastie, gli Stati e la Santa Sede hanno istituito anche ordini equestri al fine di conferire benemerenze per meriti particolari. Partendo dalla loro storia, in questo articolo viene esaminata la natura giuridica degli ordini equestri propri della Santa Sede e di quelli da essa riconosciuti, fornendo qualche spunto di riflessione per l'avvenire.

PAROLE CHIAVE · Ordini, Equestri, Diritto, Canonico.

ABSTRACT · The equestrian orders are institutions born in the Middle Ages for reconquering and protecting the Holy Land. Dynasties, States and the Holy See have also instituted equestrian orders in order to confer honours for particular acts of merit. Beginning with their history, this article examines the juridical nature of those equestrian orders specific to the Holy See and those recognised by it, and proposes some points of reflection for their future.

KEYWORDS · Orders, Equestrian, Law, Canon.

SOMMARIO: 1. Un ginepraio inestricabile – 2. Ordini equestri pontifici – 3. Ordini equestri riconosciuti e tutelati dalla Santa Sede – 4. Natura giuridica degli ordini equestri e prospettive canoniche – 5. Il caso dei cosiddetti “neocavalieri templari” – 6. Riepilogo e conclusione – 7. Appendice. Le precisazioni della Segreteria di Stato in merito agli ordini equestri – 8. Bibliografia fondamentale.

* Vedi le precisazioni della Segreteria di Stato in merito agli Ordini equestri nella Sezione *Documenti*.

** miqueldg@yahoo.es, Dottore in diritto canonico, già sottosegretario del Pontificio Consiglio per i laici.

1. UN GINEPRAIO INESTRICABILE

NELL'EDIZIONE quotidiana de «L'Osservatore Romano» del 17 ottobre 2012 veniva pubblicata a pagina 12, sotto il titolo “Santa Sede e ordini equestri”, la seguente precisazione della Segreteria di Stato:

La Segreteria di Stato, a seguito di frequenti richieste di informazioni in merito all'atteggiamento della Santa Sede nei confronti degli ordini equestri dedicati a santi o aventi intitolazioni sacre, ritiene opportuno ribadire quanto già pubblicato in passato:

Oltre ai propri ordini equestri (Ordine Supremo del Cristo, Ordine dello Speron d'Oro, Ordine Piano, Ordine di San Gregorio Magno e Ordine di San Silvestro Papa), la Santa Sede riconosce e tutela soltanto il Sovrano Militare Ordine di Malta – ovvero Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme, di Rodi e di Malta – e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme, e non intende innovare in merito.

Tutti gli altri ordini – di nuova istituzione o fatti derivare da quelli medievali – non sono riconosciuti dalla Santa Sede, non potendosi questa far garante della loro legittimità storica e giuridica, delle loro finalità e dei loro sistemi organizzativi.

A evitare equivoci purtroppo possibili, anche a causa del rilascio illecito di documenti e dell'uso indebito di luoghi sacri, e a impedire la continuazione di abusi che poi risultano a danno di molte persone in buona fede, la Santa Sede conferma di non attribuire alcun valore ai diplomi cavallereschi e alle relative insegne che siano rilasciati dai sodalizi non riconosciuti e di non ritenere appropriato l'uso delle chiese e cappelle per le cosiddette «cerimonie di investitura».

Questa precisazione fa parte di una serie di note della Segreteria di Stato, pubblicate sin dall'inizio del ventesimo secolo, rintracciabili nella Sezione *Documenti* di questo numero della Rivista.

La prima notificazione al riguardo fu pubblicata il 14 marzo 1905 dall'allora Cancelleria degli ordini equestri,¹ e fece seguito al breve pontificio *Multum ad excitandos* (7 febbraio 1905),² al fine di offrire chiarimenti sugli ordini eque-

¹ La Cancelleria degli ordini equestri fu integrata organicamente nella seconda sezione della Segreteria di Stato (oggi la prima) e il cardinale segretario di Stato divenne il cancelliere degli ordini cavallereschi, in occasione della riforma generale della curia romana operata da san Pio X con la cost. ap. *Sapienti consilio*, 29 giugno 1908 (cfr. «AAS» 1 [1909], p. 17). Da quel momento in poi, la Segreteria di Stato si è occupata di tutte le questioni attinenti agli ordini equestri pontifici e a quelli legati alla Santa Sede. Cfr. N. DEL RE, *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Città del Vaticano, LEV, 1998, p. 82.

² Cfr. «ASS» 37 (1904-1905), pp. 565-571; A. GHENO, *Gli ordini equestri pontifici dopo la riforma di Pio X: notizie e documenti*, Roma, Tipografia dell'Unione Cooperativa Editrice, 1905.

stri istituiti o riconosciuti dalla Santa Sede dopo il riassetto generale operato da papa san Pio X. Basta ripercorrere queste comunicazioni, divulgate con l'intento di fornire opportuni commenti in merito agli ordini equestri legati alla Santa Sede – come si può apprezzare alcune sono brevi, altre più prolisse – per rendersi conto che si tratta di una materia spinosa e suscettibile di varie interpretazioni. Non di rado, infatti, lo studioso che si avvicina alla materia cavalleresca, ha la netta sensazione di addentrarsi progressivamente in un fitto bosco, fino a ritrovarsi in un ginepraio che sembra non avere precisi confini e all'interno del quale diventa molto difficile orientarsi, distinguere tra vero e falso, tra storia e fantasia. La Segreteria di Stato, consapevole della complessità dell'argomento, ha provveduto a reiterare, nel corso degli anni, varie precisazioni volte a impedire i tentativi di ripristinare gli antichi ordini della Chiesa non più esistenti, oppure a smascherare ordini fasulli, che organizzano false cerimonie di investitura cavalleresca e rilasciano diplomi senza valore.

Gli ordini equestri, anche denominati ordini cavallereschi, sono originariamente istituzioni a carattere religioso e militare al contempo, sorte nell'undicesimo secolo, i cui membri professavano i consigli evangelici detti maggiori (povertà, castità e ubbidienza) e si dedicavano alla riconquista dei territori occupati dai musulmani in Oriente e in Occidente, all'assistenza ai feriti e ai malati delle imprese in Terrasanta, come pure alla protezione dei pellegrini che si recavano nei luoghi santi legati alla vita di Gesù. Alcuni di essi hanno subito trasformazioni nel tempo³ oppure, venute a cessare le istanze che ne avevano motivato la nascita – con l'avvento dell'età moderna e la conseguente costituzione degli Stati nazionali –, si sono sciolti o sono stati soppressi dall'autorità.⁴

³ Ad esempio, l'Ordine Teutonico, fondato nel 1190, confermato da papa Innocenzo III nel 1199 e riformato nel 1929 (soppressione dei requisiti nobiliari) ha accentuato nel xx secolo il suo carattere di ordine religioso (canonici regolari). Cfr. *Annuario Pontificio 2020*, p. 1365.

⁴ La bibliografia sugli ordini equestri è ingente. Qui mi limito a quella di carattere storico-giuridico più recente. Per un' approssimazione generale al tema si veda C. SCHWARZENBERG, «sub Ordini cavallereschi», *Enciclopedia del Diritto*, vol. xxxi, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 22-37; G. C. BASCAPÈ, *Gli ordini cavallereschi in Italia: storia e diritto*, Milano, Eraclea, 1992; D. LIBERTINI, *Nobiltà e cavalleria nella tradizione e nel diritto*, Tivoli, Tipografia Mattei, 1999; ID., *Dagli antichi cavalieri agli attuali Ordini cavallereschi*, Città di Castello, Rilegatoria Varzi, 2009; P. GAMBI, *Cavalleria e nobiltà nell'ordinamento canonico vigente. Cenni minimi*, «Apollinaris» 77/3-4 (2004), pp. 809-833; F. ADERNÒ, *La Santa Sede e gli Ordini Cavallereschi: doverosi chiarimenti*, «Zenit», prima parte, 21 ottobre 2012 (<https://it.zenit.org/articles/la-santa-sede-e-gli-ordini-cavallereschi-doverosi-chiarimenti-prima-parte/>); seconda parte, 22 ottobre 2012 (<https://it.zenit.org/articles/la-santa-sede-e-gli-ordini-cavallereschi-doverosi-chiarimenti-seconda-parte/>); A. MALESCI BACCANI, *Cavalieri della Santa Sede*, Dipartimento del Cerimoniale di Stato, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, Ufficio Onorificenze e Araldica, 2015 (http://presidenza.governo.it/ufficio_cerimoniale/pubblicazioni/OrdiniCavallereschiSantaSede_20150331.pdf); A. GENTILI, *Santa Sede e ordini cavallereschi oggi*, «Rivista Nobiliare» 13/2 (2018), pp. 4-6.

Così come la Santa Sede, al fine di concedere particolari benemerenze, ha istituito degli ordini equestri lungo la storia, riconoscono dei propri ordini cavallereschi anche gli Stati (Ordine al Merito della Repubblica Italiana,⁵ Ordine al Merito del Lavoro, ecc., in Italia) e le dinastie. In quest'ultimo caso, possono essere creati da un sovrano regnante (Ordine della Giarrettiera, in Gran Bretagna; Ordine del Toson d'Oro, in Spagna, e via dicendo), o da un sovrano non più regnante ma che non ha rinunciato ai suoi diritti.

Trattandosi di una materia che lascia spazio alla discrezionalità e all'innovazione, giova molto alla Santa Sede il fatto di essere un'autorità internazionale unica, al fine di tutelare debitamente gli ordini equestri collegati con la Chiesa.⁶

2. ORDINI EQUESTRI PONTIFICI

Gli ordini equestri propri della Santa Sede sono quelli conferiti direttamente dal Sommo Pontefice tramite Lettere apostoliche (collazione diretta). Sono cinque: l'Ordine Supremo del Cristo, l'Ordine dello Speron d'Oro, l'Ordine Piano, l'Ordine di S. Gregorio Magno e l'Ordine di S. Silvestro Papa.⁷ Gli Ordini equestri pontifici sono tutti ordini di merito, in quanto destinati a riconoscere le benemerenze acquisite dagli insigniti per la loro testimonianza della fede cattolica oppure per le opere rese alla Chiesa. Queste onorificenze pontificie sono concesse esclusivamente ai fedeli laici, uomini e donne.⁸

Il Santo Padre può conferire altresì ai fedeli laici e ai religiosi delle onorificenze che non comportano alcun titolo cavalleresco.⁹ Agli ecclesiastici

⁵ In Italia, la L. 3 marzo 1951, n. 178, che istituisce l'Ordine al Merito della Repubblica Italiana e disciplina il conferimento e l'uso delle onorificenze nello Stato, dispone che l'uso di onorificenze di Stati esteri e di ordini non nazionali (cioè quegli che appartengono al patrimonio araldico delle case reali regnanti, oppure non più) richiede la singola autorizzazione. La competenza appartiene al Ministero degli Affari Esteri.

⁶ In una comunicazione della Segreteria di Stato del 2004 inviata a tutte le Missioni diplomatiche accreditate presso la Santa Sede si può anche leggere: «La pratica vuole che i Diplomatici accreditati si astengano dall'aderire a degli Ordini equestri che non sono legati alla Santa Sede, anche se essi sono dedicati a dei santi o hanno dei titoli religiosi. Secondo la medesima tradizione, le alte personalità membri del Governo, durante la loro presenza a Roma per delle Udienze pontificie, non accetteranno distinzioni onorifiche di Ordini che non sono riconosciuti dalla Santa Sede». Cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Lettera alle Missioni diplomatiche accreditate presso la Santa Sede*, 27 aprile 2004, prot. n. 555.477, «Il Mondo del Cavaliere» 14 (aprile-giugno 2004), p. 35.

⁷ Cfr. *Annuario Pontificio 2020*, p. 1238.

⁸ Con chirografo del 25 luglio 1996 san Giovanni Paolo II dispose il conferimento degli ordini cavallereschi della Santa Sede alle donne, le cui classi sono: a) Dama di collare dell'Ordine Piano; b) Dama di Gran Croce dell'Ordine Piano, di san Gregorio Magno e di san Silvestro Papa; c) Dama di Commenda con Placca dell'Ordine Piano, di san Gregorio Magno e di san Silvestro Papa; d) Dama di Commenda dell'Ordine Piano, di san Gregorio Magno e di san Silvestro Papa. Cfr. «AAS» 88 (1996), pp. 743-744.

⁹ Sono la Medaglia Benemerenti, istituita originariamente da Pio VII nel 1818, e la Croce

appartenenti al clero secolare il Romano Pontefice può attribuire i titoli di Protonotario Apostolico, Prelato d'Onore e Cappellano di Sua Santità.¹⁰

2. 1. *Ordine Supremo del Cristo*

L'Ordine Supremo del Cristo, denominato anche Milizia di Nostro Signore Gesù Cristo, è il più alto tra gli ordini equestri pontifici.¹¹ L'Ordine fu creato nel 1317 per iniziativa del re Dionigi I del Portogallo, al fine di riunire i cavalieri dell'Ordine del Tempio dopo la soppressione del medesimo per opera di papa Clemente V nel 1312, nonché di utilizzare il patrimonio dei templari presenti nel regno portoghese in vista della lotta contro i musulmani nell'Algarve, nel meridione del paese.

Papa Giovanni XXII ebbe a istituire l'Ordine Supremo del Cristo con la bolla *Ad ea ex quibus*, emanata in Avignone il 14 marzo 1319. I cavalieri di quest'ordine, monastico e militare al contempo, adottarono inizialmente la regola cistercense, che era quella propria dell'Ordine del Tempio. Il principe Enrico il Navigatore, su richiesta di suo padre il re Giovanni I al pontefice Martino V, divenne governatore dell'Ordine nel 1420. Con i beni dell'Ordine, Enrico il Navigatore poté finanziare le imprese marittime portoghesi. Nel 1499, papa Alessandro VI dispensò i cavalieri dall'emissione dei voti religiosi; l'ordine perse così ogni connotazione monastica. Con la bolla *Constante fide*, del 30 giugno 1516, il re Manuele I ottenne da papa Leone X il titolo di gran maestro dell'ordine. Successivamente, nel 1551, il re Giovanni III ottenne da papa Giulio III che l'ordine fosse incorporato stabilmente alla corona del Portogallo.¹² Da quel momento, l'Ordine Supremo del Cristo rimase suddiviso in due ramificazioni: quella portoghese, estinta con l'avvento della repubblica nel 1910 e successivamente ripristinata nel 1918 come ordine statale del Portogallo,¹³ e quella legata alla Santa Sede, avente solo carattere di merito. Il filone pontificio dell'ordine subì delle riforme con i pontefici Gregorio XV e Leone XIII, e fu completamente rinnovato da san Pio X tramite il breve *Multum ad excitandos*, divenendo il supremo ordine equestre pontificio. L'Ordine comprende una sola classe, quella dei cavalieri collari.

Pro Ecclesia et Pontifice, istituita da Leone XIII il 17 luglio 1888 con il breve *Quod singulari Dei concessu*. Cfr. «ASS» 21 (1888), pp. 65-67; *Annuario Pontificio 2020*, p. 1238.

¹⁰ Cfr. PAOLO VI, Motuproprio *Pontificalis Domus*, 28 marzo 1968: «AAS» 60 (1968), pp. 305-315; *Annuario Pontificio 2020*, pp. 1798-1800.

¹¹ Cfr. D. PICCOLI, *Histoire de la chevalerie, des croisades et de l'Ordre de la Milice de Jésus-Christ depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Paris, Tolra et M. Simonet, 1905; H. C. DE ZEININGER, *Notice sur l'Ordre du Christ*, «Rivista Araldica» 33/8 (1935), pp. 337-339.

¹² Bolla *Praeclara clarissimi*, 30 novembre 1551.

¹³ Cfr. L. PEREIRA COUTINHO, *Ordens Honoríficas Portuguesas*, Lisboa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1968; J. V. DE BRAGANÇA, *As Ordens Honoríficas Portuguesas*, Lisboa, Museu da Presidência da República, 2004, pp. 109-120.

Con il *Motu proprio Equestres Ordines* del 15 aprile 1966,¹⁴ papa san Paolo VI, riservò il conferimento di questo titolo cavalleresco ai sovrani e ai capi di Stato cattolici che si fossero resi particolarmente benemeriti nei confronti della Sede Apostolica. L'ultimo a essere insignito dell'Ordine Supremo del Cristo è stato, nel 1987, fra' Angelo de Mojana di Cologna, Principe e Gran Maestro del Sovrano Militare Ordine di Malta.¹⁵ Dal decesso del re Baldovino del Belgio, avvenuto nel 1993, l'Ordine si trova in quiescenza.

2. 2. Ordine dello Speron d'Oro

Quest'ordine equestre pontificio, conosciuto anche con il nome di Milizia Aurata, fu istituito in epoca non precisata. Alcuni studiosi fanno risalire le sue origini al pontificato di san Silvestro I (IV secolo), altri alla prima metà del XIV secolo.¹⁶ Il titolo conferiva la qualifica di conte palatino lateranense e la nobiltà ereditaria. Nel 1841, Gregorio XVI decise di accorpare l'Ordine dello Speron d'Oro e quello di san Silvestro Papa, da egli stesso istituito, abolendo altresì il privilegio di nobiltà.¹⁷ San Pio X decise, a sua volta, di ripristinare l'Ordine dello Speron d'Oro con il breve *Multum ad excitandos*, stabilendo il limite massimo di cento insigniti. L'Ordine dello Speron d'Oro si compone di una classe unica di cavalieri. Con la scomparsa del Granduca Giovanni di Lussemburgo nel 2019 non resta in vita nessun insignito con l'Ordine dello Speron d'Oro. Allo stesso modo che l'Ordine Supremo del Cristo, l'Ordine dello Speron d'Oro – nonostante non sia stato formalmente abolito dalla Sede Apostolica –, attualmente non è tenuto in considerazione.

2. 3. Ordine Piano

L'Ordine Piano fu creato dal beato papa Pio IX il 17 giugno 1847 con il breve apostolico *Romanis Pontificibus*, per ricordare il primo anniversario della sua elezione al soglio di Pietro.¹⁸ Quest'ordine si ricollega a uno più antico, istituito nel 1559 da Pio IV,¹⁹ denominato dei Piani o Partecipanti. Successivamente, con il breve pontificio *Cum hominum mentes* (17 giugno 1849), l'Ordine Piano divenne l'unico ordine equestre nobilitante della Santa Sede.²⁰ Trami-

¹⁴ Cfr. «AAS» 58 (1966), pp. 341-342.

¹⁵ Cfr. «AAS» 79 (1987), pp. 1133.

¹⁶ Cfr. D. L. GALBREATH, *Deux ordres de chevalerie du moyen-âge*, «Archives Héraldiques Suisses» 41/1 (1927), pp. 24-28; H. C. DE ZEININGER, *L'Ordre de l'Eperon d'Or*, «Archives Héraldiques Suisses» 53/3 (1939), pp. 91-95.

¹⁷ Cfr. GREGORIO XVI, Breve apostolico *Cum hominum mentes*, 31 ottobre 1841; G. MORONI ROMANO, «Sub Commendatore», *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, vol. xv, Venezia, Tipografia Emiliana, 1842, pp. 66-67.

¹⁸ Cfr. *Pii IX Pontificis Maximi Acta, Pars Prima*, vol. 1, Romae, Typographia Bonarum Artium, 1854, pp. 43-45.

¹⁹ Bolla *Pii patris amplissimi*.

²⁰ Cfr. *Pii IX Pontificis Maximi Acta, Pars Prima*, vol. 1, Romae, Typographia Bonarum Artium, 1854, pp. 195-197.

te il decreto *In ipso Nostri Pontificatus exordio* (11 novembre 1856) Pio IX divise l'ordine in tre diverse classi.²¹ Pio XII ebbe ad abolire, con il breve *Litteris suis Apostolicis* (11 novembre 1939), i privilegi di nobiltà dell'Ordine Piano.²² Ancora, lo stesso pontefice riformò quest'ordine, aggiungendo un'altra classe, con il breve *Egregio ducti* (25 dicembre 1957).²³ Pertanto, l'Ordine Piano riconosce, ad oggi, quattro classi.²⁴ L'Ordine Piano viene conferito attualmente a capi di Stato, ministri, diplomatici e personalità cattoliche, cristiane non cattoliche e anche a non cristiani.

2. 4. Ordine di san Gregorio Magno

Quest'ordine equestre pontificio fu istituito da papa Gregorio XVI il 1° settembre 1831 con il breve apostolico *Quod summis quibusque*, al fine di onorare la memoria del suo predecessore, san Gregorio I, detto *Magno*. L'ordine fu riformato tre anni dopo da Gregorio XVI con il breve *Cum amplissima honorum* (30 maggio 1834).²⁵ Una nuova riforma dell'ordine venne realizzata sotto il pontificato di san Pio X, con il già citato breve *Multum ad excitandos*. L'ordine di san Gregorio Magno si divide attualmente in tre classi (civile e militare).²⁶

2. 5. Ordine di san Silvestro Papa

L'ordine fu istituito con il breve di papa Gregorio XVI *Cum hominum mentes* (31 ottobre 1841), al quale fu unito quello dello Speron d'Oro. Con il riassetto degli ordini equestri eseguito da san Pio X nel 1905, i due ordini vennero nuovamente scorporati, e l'antico Ordine dello Speron d'Oro venne situato al secondo grado degli ordini equestri pontifici, mentre l'ordine di san Silvestro al quinto e ultimo posto. Oggi l'Ordine consta di tre classi.²⁷

²¹ Cfr. *Pii IX Pontificis Maximi Acta, Pars Prima*, vol. II, Romae, Typographia Bonarum Artium, 1858, pp. 536-537.

²² Cfr. «AAS» 32 (1940), p. 41.

²³ Cfr. «AAS» 50 (1958), pp. 29-30.

²⁴ 1^a Cavalieri e Dame di Collare; 2^a Cavalieri e Dame di Gran Croce; 3^a Commendatori e Dame di Commenda, con placca; Commendatori e Dame di Commenda; 4^a Cavalieri e Dame. Cfr. PAOLO VI, Motuproprio *Equestres Ordines*, 15 aprile 1966: «AAS» 58 (1966), pp. 341-342; *Annuario Pontificio* 2020, p. 1238.

²⁵ Cfr. G. MORONI ROMANO, «Sub Gregorio I (s.) Magno, Ordine equestre pontificio», *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, vol. XXXIII, Venezia, Tipografia Emiliana, 1845, pp. 16-21.

²⁶ 1^a Cavalieri e Dame di Gran Croce; 2^a Commendatori e Dame di Commenda, con placca; Commendatori e Dame di Commenda; 3^a Cavalieri e Dame. Cfr. *Annuario Pontificio* 2020, p. 1238.

²⁷ 1^a Cavalieri e Dame di Gran Croce; 2^a Commendatori e Dame di Commenda, con placca; Commendatori e Dame di Commenda; 3^a Cavalieri e Dame. Cfr. *Annuario Pontificio* 2020, p. 1238.

3. ORDINI EQUESTRI RICONOSCIUTI E TUTELATI DALLA SANTA SEDE

3. 1. *Ordine equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme*

L'Ordine equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme²⁸ si trova in una posizione particolare poiché, pur non essendo un ordine equestre propriamente della Santa Sede, è tuttavia sotto la protezione della medesima.²⁹ Le origini storiche di quest'Ordine non si conoscono con certezza. Un'antica tradizione riferisce che l'Ordine fu fondato a Gerusalemme dopo la liberazione della città santa dal dominio musulmano (1099), ai tempi della prima crociata, quando alcuni cavalieri si radunarono intorno alla figura di Goffredo di Buglione per difendere e custodire il Santo Sepolcro e i luoghi santi, e per favorire le istituzioni e le opere della Chiesa cattolica in Terrasanta, sotto l'autorità del re di Gerusalemme. I primi documenti che attestano l'investitura di cavalieri dell'Ordine risalgono invece al XIV secolo. Quest'Ordine, religioso e militare al contempo, adottò inizialmente la regola di sant'Agostino.

L'ordine fu governato dalla Custodia di Terrasanta dalla caduta del Regno di Gerusalemme (1291) fino al 1496, quando Alessandro VI ebbe a disporre che il Gran Maestro dell'Ordine dovesse essere il Romano Pontefice, conferendo al custode di Terrasanta il privilegio di nominare i cavalieri. Tale privilegio fu confermato da Leone X nel 1516 e da Benedetto XIV nel 1746. Ristabilito il Patriarcato latino di Gerusalemme nel 1847 per opera del beato Pio IX,³⁰ l'Ordine del Santo Sepolcro fu posto sotto la protezione della Santa Sede, e il governo del medesimo affidato al Patriarca latino di Gerusalemme. Da quel momento, i custodi di Terrasanta persero la facoltà di nominare cavalieri dell'Ordine, divenendo il Patriarca latino l'unico detentore di questa prerogativa.

Con il breve *Cum multa sapienter* (24 gennaio 1868), Pio IX ricostituì l'Ordine, stabilendo tre gradi cavallereschi.³¹ Successivamente, Leone XIII, me-

²⁸ La denominazione attuale di quest'Ordine fu stabilita mediante decreto della Sacra Congregazione Cerimoniale, 5 agosto 1931. Cfr. «AAS» 23 (1931), pp. 385-387 e 519-521; «Rivista Araldica» 29/9 (1931), pp. 385-391.

²⁹ Cfr. *Annuario Pontificio 2020*, pp. 1239 e 1810; G. GIACOMINI, *Storia dei cavalieri del Santo Sepolcro*, Jesi, Fava, 1971; M. VISENTIN, *Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme*, Cologna Veneta, Tipografia Stilgraf, 1991; K. ELM, C. D. FONSECA (a cura di), *Militia Sancti Sepulcri: idea e istituzioni*. Atti del colloquio internazionale (Pontificia Università Lateranense, 10-12 aprile 1996), Città del Vaticano, LEV, 1998; J.-P. DE GENNES, *Les chevaliers du Saint-Sépulcre de Jérusalem*, 2 vol., Versailles, Mémoires et Documents, 2004; U. LORENZETTI, C. BELLI MONTANARI, *L'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme: tradizione e rinnovamento all'alba del Terzo Millennio*, Fano, 2011; A. VARISCO, *Custodes Sancti Sepulchri*, Arcidosso, Effigi, 2017.

³⁰ Cfr. PIO IX, Breve *Nulla celebrior*, 23 luglio 1847: *Acta Pii IX*, pars I, vol. I, Romae 1854, pp. 59-69.

³¹ 1^a Cavalieri di Gran Croce; 2^a Commendatori; 3^a Cavalieri. Cfr. «ASS» 3 (1867), pp. 382-385.

dian­te il bre­ve *Venerabilis Frater Vincentius* (3 ago­sto 1888) con­ces­se al Pa­tri­ar­ca la­ti­no di Ge­ru­sa­lem­me la fa­col­tà di no­mi­na­re da­me dell’Or­di­ne. Più tar­di, con il bre­ve *Quam multa* (3 mag­gio 1907), san Pio X con­fe­rì nuo­va­men­te al Ro­ma­no Pon­te­fi­ce il ti­to­lo di Gran Ma­gis­te­ro dell’Or­di­ne del San­to Se­pol­cro,³² che ven­ne poi abo­li­to da Pio XI, me­di­an­te il bre­ve *Decessores No­stri* (6 gen­na­io 1928). L’Or­di­ne fu co­si col­lo­ca­to sot­to la di­ret­ta giu­ri­sdizio­ne del Pa­tri­ar­ca la­ti­no di Ge­ru­sa­lem­me, ret­to­re e am­mi­ni­stra­to­re per­pe­tu­o del me­de­si­mo.³³

Il 16 lu­glio 1940 Pio XII con­ces­se all’Or­di­ne un car­di­na­le pa­trono e pro­te­to­re,³⁴ il qua­le fu con­se­guen­te­men­te isti­tu­ito Gran Ma­es­tro dell’Or­di­ne con il bre­ve *Quam Romani Pontifices* (14 set­tem­bre 1949), as­seg­nan­do al Pa­tri­ar­ca la­ti­no di Ge­ru­sa­lem­me il ti­to­lo di Gran Pri­ore, e fissan­do la se­de cen­tra­le dell’Or­di­ne a Ro­ma, men­tre la se­de sto­rica è a Ge­ru­sa­lem­me. San Gio­van­ni XXIII, in data 8 di­ce­m­bre 1962, e san Pa­olo VI, il 19 no­vem­bre 1967 e l’8 lu­glio 1977, ap­pro­va­ro­no i testi sta­tu­ta­ri dell’Or­di­ne. San Gio­van­ni Pa­olo II, il 1° feb­bra­io 1996, in­tro­du­se al­cune mo­di­fi­che agli sta­tu­ti del 1977, in me­ri­to al con­fe­ri­men­to della per­so­na­li­tà giu­ri­di­ca ci­vile va­ti­ca­na all’Or­di­ne. In oc­ca­sione della riu­ni­one della Con­sul­ta dell’Or­di­ne, svol­ta­si a Ro­ma nel 2013, è sta­ta es­a­mi­na­ta la bo­zza di un nuo­vo sta­tu­to più con­so­no all’e­c­cle­si­o­lo­gia del con­ci­lio Va­ti­ca­no II e alla men­ta­li­tà dei tem­pi at­tu­ali.³⁵ L’ulti­ma Con­sul­ta dell’Or­di­ne si è te­nu­ta nel 2018. Pa­pa Fran­ces­co ha ap­pro­va­to lo sta­tu­to in vi­gore l’11 mag­gio 2020.³⁶

A tenore dell’art. 1 dello sta­tu­to vi­gen­te, la mis­sione spe­ci­fica af­fi­da­ta dal Ro­ma­no Pon­te­fi­ce all’Or­di­ne è que­lla di ani­ma­re nella co­mu­ni­tà ec­cle­si­a­le lo ze­lo ver­so la Terra di Ge­sù e di sos­te­ne­ri­vi la Chiesa Cat­to­lica e la pre­sen­za cri­stia­na, non­ché di raf­for­za­re nei suoi mem­bri la pra­tica delle vir­ù evan­ge­liche. Per quan­to ri­guar­da i mem­bri, l’Or­di­ne è costi­tu­ito da Ca­va­lie­ri e Da­me sud­di­vi­si in due clas­si.³⁷ Al Car­di­na­le Gran Ma­es­tro com­pe­te il po­tere or­di­na­rio di am­met­te­re can­di­da­ti nell’Or­di­ne e di con­fe­ri­re loro l’in­ve­sti­tu­ra se­con­do lo sta­tu­to e il re­go­la­men­to, come pure di pro­muo­ver­li a gra­di su­pe­rio­ri.

³² Cfr. «ASS» 40 (1907), pp. 323-324.

³³ Cfr. «AAS» 20 (1928), pp. 68-70.

³⁴ Cfr. «AAS» 32 (1940), p. 321.

³⁵ Cfr. A. BORROMEO, *Intervento nella conferenza stampa di presentazione del pellegrinaggio dell’Ordine equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme a Roma nel contesto dell’Anno della fede*, 5 set­tem­bre 2013 (<http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2013/09/05/0551/01219.html#INTERVENTO%20DEL%20PROF.%20AGOSTINO%20BORROMEO>).

³⁶ Cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Lettera all’Em.mo Card. F. FILONI*, 13 mag­gio 2020, prot. n. 490.780 (https://www.oessg-igtima.it/content/statuto_in_vigore.pdf).

³⁷ 1^a Ca­va­lie­ri di Col­la­re e Da­me di Col­la­re; 2^a Ca­va­lie­ri e Da­me, di­stin­ta nei gra­di di: Ca­va­lie­re e Da­me, Com­men­da­to­re e Da­ma di Com­men­da, Grand’Uf­fi­cia­le e Da­ma di Com­men­da con Plac­ca, Ca­va­lie­re e Da­ma di Gran Cro­ce.

L'Ordine è retto e governato dal Cardinale Gran Maestro, nominato dal Romano Pontefice tra i Cardinali di Santa Romana Chiesa. La durata del suo mandato è stabilita dal Romano Pontefice. Nel governo dell'Ordine, il Cardinale Gran Maestro è coadiuvato dal Gran Magistero (organo collegiale di governo)³⁸ e dalla Presidenza del Gran Magistero (organo esecutivo),³⁹ come pure dalla Consulta (organo consultivo). Il Patriarca latino di Gerusalemme è *ex officio* il Gran Priore dell'Ordine. Egli riferisce periodicamente al Cardinale Gran Maestro e al Gran Magistero in merito alle esigenze pastorali della Terra Santa, al fine di favorire il coordinamento delle attività dell'Ordine. L'Ordine si articola nei singoli paesi in Luogotenenze o – laddove è in fase di costituzione – in Delegazioni magistrali, dalle quali dipendono le sezioni, suddivise a loro volta in delegazioni locali. I responsabili sono affiancati nel loro compito da ecclesiastici, chiamati Priori, che cooperano nella direzione spirituale. Le attività amministrative e finanziarie dell'Ordine sono soggette alla vigilanza del Consiglio per l'Economia.

3. 2. Sovrano Militare Ordine di Malta

Il Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme, di Rodi e di Malta⁴⁰ è un ordine equestre del tutto particolare, in quanto è un

³⁸ Fanno parte del Gran Magistero, in numero non superiore a dodici, dei quali almeno tre quarti devono essere fedeli laici: l'Assessore, il Luogotenente Generale, il Governatore Generale, i Vice Governatori Generali, il Cancelliere dell'Ordine, il Tesoriere dell'Ordine, il Cerimoniere e Assistente Spirituale dell'Ordine, nonché altri membri dell'Ordine, nominati dal Cardinale Gran Maestro, previa consultazione con la Presidenza del Gran Magistero.

³⁹ Costituiscono la Presidenza del Gran Magistero, quale suo organo esecutivo, il Governatore Generale, i Vice Governatori Generali, il Cancelliere dell'Ordine, il Tesoriere dell'Ordine ed eventuali membri del Gran Magistero nominati dal Cardinale Gran Maestro, previa consultazione con il Governatore Generale.

⁴⁰ Per un maggior approfondimento si veda, *ex multis*, G. C. BASCAPÈ, *L'Ordine di Malta e gli ordini equestri della Chiesa nella storia e nel diritto*, Milano, Ceschina, 1959; C. SCHWARZENBERG, *Il Sovrano Militare Ordine di Malta e gli ordini cavallereschi della Santa Sede nella storia del diritto e dell'Oriente Cristiano*, «Iustitia» 25/4 (1972), pp. 348-369; A. PEZZANA, *Il fondamento storico e giuridico della sovranità dell'Ordine gerosolimitano di Malta*, Roma, Grafiche Palazzotti, 1973; F. GAZZONI, *L'Ordine di Malta*, Milano, Giuffrè, 1979; G. BONI, *Civiltà giuridica e tutela delle specificità: il trattamento riconosciuto al Sovrano Militare Ordine di Malta*, Firenze, Facoltà di Scienze Politiche "C. Alfieri" dell'Università degli Studi di Firenze, 1994; L. GNAVI, «Sub Sovrano Militare Ordine di Malta, Digesto delle discipline pubblicistiche», vol. XIV, Torino, UTET Giuridica, 1999, pp. 394-412; P. JARDIN, PH. GUYARD, *I cavalieri di Malta*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2004; P. GAMBI, P. J. SANDONATO DE LEÓN, *La Soberana Militar Orden de Malta en el orden jurídico eclesial e internacional*, «Ius Canonicum» 44/87 (2004), pp. 197-231; F. TURRIZIANI COLONNA, *Sovranità e indipendenza nel Sovrano Militare Ordine di Malta*, Città del Vaticano, LEV, 2006; P. PAPANTI-PELLETIER, *L'ordinamento giuridico del Sovrano Militare Ordine di Malta in età moderna*, in N. MARCONI (a cura di), *Valletta: città, architettura e costruzione sotto il segno della fede e della guerra*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 2011, pp. 265-274; P. GAMBI, «Sub Malta [Soberana Orden de]», in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, *Dicciona-*

ordine religioso laicale, – composto dunque da religiosi non chierici –, che gode ugualmente delle prerogative proprie dei soggetti di diritto internazionale. L'Ordine intrattiene rapporti diplomatici con più di cento Stati, tra cui lo Stato italiano e la Santa Sede, e con l'Unione Europea; possiede inoltre lo status di Osservatore permanente presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite e le sue agenzie specializzate, oltre ad avere delegazioni o rappresentanze presso altre organizzazioni internazionali.

L'Ordine ebbe origine a metà dell'undicesimo secolo a Gerusalemme, presso un ospizio che assisteva i pellegrini giunti in Terrasanta. Il fondatore e primo Gran Maestro dell'Ordine è il beato frà Gerardo Sasso. Riconosciuto come ordine religioso da papa Pasquale II nel 1113,⁴¹ all'Ordine (in quel momento, la comunità monastica degli Ospitalari dell'Ospedale di San Giovanni di Gerusalemme) venne concesso il privilegio di scegliere liberamente i propri responsabili, senza ingerenze da parte di autorità ecclesiastiche o secolari. In occasione della costituzione del Regno latino di Gerusalemme, al termine della prima crociata (1099) e fino alla perdita dell'isola di Malta (1798), l'Ordine assunse funzioni militari per la difesa dei pellegrini e dei malati. Dopo la caduta di San Giovanni d'Acri e la perdita della Terrasanta (1291), l'Ordine si trasferì a Cipro, poi, nel 1310, a Rodi e infine, nel 1530, a Malta. A Rodi e a Malta l'Ordine esercitò la sovranità territoriale per quasi cinquecento anni (1310-1798), lasciando una cospicua eredità storica, culturale e medica in tutta la regione mediterranea. L'Ordine favorì un notevole sviluppo nell'isola di Malta, dove edificò un grande ospedale, istituì una facoltà di medicina, provvide alla costruzione dei bastioni di difesa, oltretutto di palazzi, chiese ecc. Anche l'attività della flotta dell'Ordine fu rimarchevole, e diede il proprio contributo alla vittoria cristiana nella battaglia navale di Lepanto (1571). A seguito dello sbarco a Malta delle truppe di Napoleone Bonaparte, nel 1798, i cavalieri dovettero abbandonare definitivamente l'isola. Dopo vari cambiamenti di sede, a Messina, Catania e Ferrara, nel 1834 l'Ordine si stabilì a Roma, dove possiede ancora oggi il Palazzo Magistrale, in via dei Condotti, e la Villa Magistrale, sul monte Aventino, ai quali è stata riconosciuta la prerogativa dell'extraterritorialità.

L'Ordine è retto dalla Carta costituzionale e dal Codice melitense,⁴² entrambi modificati per l'ultima volta in occasione del capitolo generale stra-

rio General de Derecho Canónico, vol. v, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 251-254; P. VALENTINI, *L'Ordine di Malta: storia, giurisprudenza e relazioni internazionali*, Roma, De Luca Editori d'Arte, 2017; N. LODA, *L'Ordine di Malta: eredità e prospettive per il nostro tempo*, «Studi Melitensi» 26 (2018), pp. 191-226.

⁴¹ Bolla *Pie Postulatio Voluntatis*, 15 febbraio 1113.

⁴² Questi due documenti sono reperibili sul sito dell'Ordine (<http://www.orderofmalta.int/wpcontent/uploads/2016/07/Sovrano-Ordine-di-Malta-Costituzione-e-Codice.pdf>).

ordinario che ha avuto luogo dal 28 al 30 aprile 1997.⁴³ Dal 2017 l'Ordine ha intrapreso un nuovo percorso di riforma costituzionale.

L'ordinamento giuridico dell'Ordine si articola nei tre poteri classici: legislativo, esecutivo e giurisdizionale. Il potere legislativo viene esercitato dal Gran Maestro, previo voto deliberativo del Sovrano Consiglio, salvo per ciò che riguarda la riforma della Carta costituzionale e del Codice, materia di competenza del Capitolo Generale. Il potere esecutivo appartiene al Sovrano Consiglio, presieduto dal Gran Maestro. Il potere giurisdizionale viene esercitato dai Tribunali Magistrali di prima stanza e di appello, i cui giudici sono nominati dal Gran Maestro, previo voto deliberativo del Sovrano Consiglio, tra i membri dell'Ordine particolarmente esperti di diritto.

Fedele ai suoi principi ispiratori, l'Ordine si propone di testimoniare la fede cattolica e di servire, mediante le opere di misericordia cristiana, le persone sofferenti di ogni provenienza e credo religioso. L'operato dei suoi membri si riassume con il moto: *tuitio fidei et obsequium pauperum*. A livello istituzionale, l'Ordine porta avanti in modo particolare attività sanitarie, assistenziali e sociali, anche in favore delle vittime di conflitti armati, di calamità naturali ecc.

I membri dell'Ordine si dividono in tre diversi ceti: 1) Cavalieri di Giustizia, ovvero professi, e Cappellani conventuali professi, che emettono i voti religiosi; 2) Membri in Obbedienza, che si obbligano tramite promessa a tendere alla perfezione della vita cristiana, conformemente ai doveri del loro stato, nello spirito dell'Ordine, e che sono suddivisi, a loro volta, in tre categorie;⁴⁴ 3) Membri che non emettono voti religiosi né promesse, ma vivono secondo i precetti della Chiesa e si impegnano per il conseguimento della missione dell'Ordine e della Chiesa. Anche questi ultimi sono suddivisi, a loro volta, in sei categorie.⁴⁵ Oltre ai membri, l'Ordine include dei volontari permanenti, la maggior parte dei quali sono professionisti sanitari.

La suprema autorità dell'Ordine viene esercitata dal Gran Maestro, quale superiore religioso e sovrano. Egli è eletto a vita tra i cavalieri professi e deve avere i requisiti nobiliari prescritti per la categoria dei Cavalieri di Onore e Devozione. L'elezione del Gran Maestro dell'Ordine deve essere comunicata al Romano Pontefice, prima dell'assunzione della carica, con lettera dell'eletto.

⁴³ Cfr. P. PAPANTI-PELLETIER, *L'ordinamento giuridico melitense dopo il Capitolo Generale del 1997: prime riflessioni*, «Il diritto ecclesiastico» 110/1 (1999), pp. 545-556; M. DE PINTO, *La riforma della Carta Costituzionale e del Codice del Sovrano Militare Ordine di Malta*, «Odegitria» 17 (2010), pp. 171-218.

⁴⁴ 1^a Cavalieri e Dame di Onore e Devozione in Obbedienza; 2^a Cavalieri e Dame di Grazia e Devozione in Obbedienza; 3^a Cavalieri e Dame di Grazia Magistrale in Obbedienza.

⁴⁵ 1^a Cavalieri e Dame di Onore e Devozione; 2^a Cappellani Conventuali "ad honorem"; 3^a Cavalieri e Dame di Grazia e Devozione; 4^a Cappellani Magistrali; 5^a Cavalieri e Dame di Grazia Magistrale; 6^a Donati e Donate di Devozione.

Le Alte Cariche dell'Ordine sono il Gran Commendatore (responsabile per le materie religiose e spirituali),⁴⁶ il Gran Cancelliere (responsabile degli Affari Esteri e dell'Interno), il Grand'Ospedaliere (responsabile della Sanità e della Cooperazione internazionale) e il Ricevitore del Comun Tesoro (responsabile delle Finanze). Queste tre ultime alte cariche sono ricoperte preferibilmente da cavalieri professi. Nel caso che vengano eletti Cavalieri in Obbedienza (secondo ceto) per le loro specifiche qualità, l'elezione deve essere confermata dal Gran Maestro.

Il Prelato tiene cura della vita spirituale dei membri dell'Ordine e veglia affinché l'attività sacerdotale dei cappellani venga svolta secondo lo spirito proprio e la disciplina dell'Ordine. Egli viene nominato dal Romano Pontefice, che lo sceglie in una terna di nomi proposti dal Gran Maestro, previo voto deliberativo del Sovrano Consiglio.

Coadiuvato il Gran Maestro nel governo dell'Ordine il Sovrano Consiglio, da egli presieduto. Fatta eccezione del Gran Maestro, gli altri dieci membri del Sovrano Consiglio sono eletti dal Capitolo Generale dell'Ordine per un mandato di cinque anni. I titolari delle quattro Alte Cariche appartengono di diritto al Sovrano Consiglio. Attualmente, dei dieci membri del Sovrano Consiglio, il Gran Commendatore e almeno altri quattro devono essere cavalieri professi di voti perpetui o temporanei. Il Sovrano Consiglio si riunisce sei volte l'anno e ogniqualvolta le circostanze lo richiedano.

Il Capitolo generale è l'assemblea suprema dell'Ordine ed è costituito dai rappresentanti dei tre ceti;⁴⁷ di regola viene convocato ogni cinque anni. Il Capitolo generale elegge i membri del Sovrano Consiglio, i Consiglieri di Governo e i membri della Camera dei Conti. Il Capitolo generale conosce e tratta le questioni più importanti dell'Ordine quali il suo stato spirituale e temporale, la programmazione delle attività, i rapporti internazionali e le eventuali modifiche della Carta costituzionale e del Codice.

Il Consiglio Compito di Stato ha come competenza esclusiva l'elezione del Gran Maestro o del Luogotenente di Gran Maestro.⁴⁸ I membri del

⁴⁶ Allo stesso modo che il Gran Maestro, il Gran Commendatore viene eletto tra i cavalieri professi ed esercita le funzioni di Luogotenente interinale in caso di morte, rinuncia o impedimento permanente del Gran Maestro.

⁴⁷ A tenore dell'art. 22 § 2 della vigente Carta costituzionale dell'Ordine fanno parte del Capitolo Generale gli stessi membri del Consiglio Compito di Stato, in più i sei consiglieri del Governo dell'Ordine.

⁴⁸ L'art. 23 della Carta Costituzionale dell'Ordine dispone che per l'elezione del Gran Maestro o del Luogotenente di Gran Maestro hanno diritto di voto: il Luogotenente di Gran Maestro o il Luogotenente interinale (professo); i membri del Sovrano Consiglio (di cui almeno cinque professi su dieci); il Prelato; i Priori (professi) o, in caso di vacanza, i loro sostituti permanenti (professi o laici); i Balì Professi; due Cavalieri Professi delegati da ciascun Priorato; un Cavaliere Professo e un Cavaliere in Obbedienza delegati dai Cavalieri *in gremio*

primo ceto hanno la facoltà di proporre inizialmente tre candidati a questa carica.

Il Consiglio del Governo è un organo consultivo dell'Ordine che può presentare suggerimenti ai titolari delle alte cariche e alla Camera dei Conti su aspetti generali della vita dell'Ordine. È formato da sei membri eletti dal Capitolo Generale tra i membri appartenenti ai tre ceti dell'Ordine. La Consulta giuridica è un organo tecnico consultivo, composto da sette membri nominati dal Gran Maestro, previo parere del Sovrano Consiglio, che può essere interpellato su questioni giuridiche di particolare rilievo.

La Camera dei Conti è l'organo di controllo finanziario dell'Ordine, nonché organo di consulenza del Ricevitore del Comun Tesoro. È composta dal Presidente, da quattro consiglieri titolari e da due supplenti, nominati dal Capitolo generale.

L'Ordine è organizzato in Gran Priorati, Priorati, Sottopriorati e Associazioni. Ogni ente è retto dal rispettivo statuto approvato dal Gran Maestro, previo voto deliberativo del Sovrano Consiglio. I Priorati, i Sottopriorati e le Associazioni possono istituire delle Delegazioni.

Per quanto riguarda la soggettività giuridica internazionale dell'Ordine e i rapporti con la Santa Sede, è rimarchevole la sentenza definitiva del Tribunale cardinalizio del 24 gennaio 1953.⁴⁹ Il provvedimento giurisdizionale ebbe lo scopo di determinare tre questioni: 1°) La natura della qualità di Ordine sovrano del Militare Ordine Gerosolimitano di Malta; 2°) La natura della qualità di Ordine religioso del medesimo Ordine; 3°) L'ambito della rispettiva competenza delle qualità di Ordine sovrano e di Ordine religioso del medesimo Ordine, le relazioni reciproche e nei confronti della Santa Sede. Per quanto riguarda la prima questione, il tribunale determinò che «la qualità di Ordine sovrano (...) ripetutamente riconosciuta dalla Santa Sede (...) consiste nel godimento di alcune prerogative inerenti all'Ordine stesso come Soggetto di diritto internazionale. Tali prerogative, che sono proprie della sovranità – a norma dei principi del diritto internazionale – e

Religionis; cinque Reggenti dei Sottopriorati (professi o laici); quindici rappresentanti delle Associazioni (laici).

⁴⁹ Cfr. Sentenza definitiva del Tribunale cardinalizio, 24 gennaio 1953. Cfr. «AAS» 45 (1953), pp. 765-767. La controversia aveva origine in alcuni provvedimenti emanati dall'allora Sacra Congregazione dei Religiosi nei confronti dell'Ordine di Malta, ritenuti dai suoi membri contrari al carattere sovrano dell'ente. Rivolgendosi al Romano Pontefice, reputato dall'Ordine stesso unico Superiore, fu richiesto a papa Pio XII di pronunciarsi sulla questione. Il Santo Padre, tramite chirografo del 10 dicembre 1951, decise di istituire un apposito tribunale cardinalizio integrato da cinque porporati. Riguardo a questo argomento si veda il chirografo pontificio, la sentenza del Tribunale cardinalizio e i commenti di C. PACELLI, P. GUIDI in «Il diritto ecclesiastico» 64/2 (1953), pp. 305-346; P. A. D'AVACK, *La figura giuridica dell'Ordine di Malta sulla base del recente giudicato pontificio e le sue conseguenze nel campo del diritto*, «Il diritto Ecclesiastico» 64/2 (1953), pp. 381-393.

che, dietro l'esempio della Santa Sede, sono state riconosciute anche da alcuni Stati, non costituiscono tuttavia nell'Ordine quel complesso di poteri e prerogative, che è proprio degli Enti sovrani nel senso pieno della parola». Circa la seconda, il tribunale decise che «l'Ordine Gerosolimitano di Malta, in quanto composto dei Cavalieri e dei Cappellani (...) è una Religione e più precisamente un Ordine religioso, approvato dalla Santa Sede (...). Esso persegue, oltre la santificazione dei suoi membri, anche fini religiosi, caritativi e assistenziali (...)». Infine, per quanto riguarda la terza, il tribunale stabilì che «le due qualità di Ordine sovrano e di Ordine religioso, a cui si riferiscono le risposte ai quesiti 1° e 2° della presente sentenza, sono intimamente connesse tra di loro. La qualità di Ordine sovrano della Istituzione è funzionale, ossia diretta ad assicurare il raggiungimento dei fini dell'Ordine stesso e il suo sviluppo nel mondo. L'Ordine Gerosolimitano di Malta dipende dalla Santa Sede (Lettere Apostoliche *Inter Illustria* del Sommo Pontefice Benedetto XIV, 12 Marzo 1753, Codice de Rohan⁵⁰ [...] e vigenti Costituzioni [...]) e in particolare, come Ordine religioso, dalla Sacra Congregazione dei Religiosi, a norma del diritto canonico (...) e delle vigenti Costituzioni dell'Ordine medesimo (...)».

La sentenza precisa che «gli insigniti di onorificenze dell'Ordine e le sue Associazioni dipendono dall'Ordine e, per esso, dalla Santa Sede, a tenore (...) delle Costituzioni». Viene anche stabilito che «le questioni relative alla qualità di Ordine sovrano della Istituzione, e di cui al quesito 1°, sono trattate dalla Segreteria di Stato di Sua Santità (...). Le questioni miste sono risolte d'accordo dalla Sacra Congregazione dei Religiosi e dalla Segreteria di Stato di Sua Santità. Non sono toccati i diritti acquisiti, le consuetudini e i privilegi concessi o riconosciuti dai Sommi Pontefici all'Ordine, in quanto siano ancora in vigore a norma del diritto canonico (...) e non in contrasto con le vigenti Costituzioni dell'Ordine medesimo».

4. NATURA GIURIDICA DEGLI ORDINI EQUESTRI E PROSPETTIVE CANONICHE

Dopo aver sviluppato un sommario percorso circa la storia e lo sviluppo istituzionale degli ordini equestri pontifici e degli ordini che la Santa Sede riconosce, possiamo apprestarci a trattarne la questione della natura giuridica. I cinque ordini equestri pontifici della Santa Sede sono tutti ordini di merito, in quanto sono finalizzati a conferire benemerenze per i servizi

⁵⁰ Il Codice di Rohan, promulgato il 17 luglio 1784 durante il periodo del gran magistero di Emmanuel de Rohan-Polduc (1775-1797) è una compilazione del diritto dell'isola di Malta in materia civile, penale, processuale e della navigazione. Cfr. *Raccolta di leggi, costituzioni, bandi, prammatiche ed altri atti pubblicati dal Governo di Malta dal 17 luglio 1784 al 4 ottobre 1813, compreso il Codice di Rohan ossia il Dritto Municipale di Malta*, Malta 1862.

offerta alla Chiesa e alle sue opere. Questi cinque ordini pontifici sono di collazione diretta, vale a dire conferiti direttamente dal Romano Pontefice con Lettere apostoliche. Soltanto l'Ordine Supremo del Cristo è sorto come realtà aggregativa, di carattere cavalleresco e monastico allo stesso tempo, in quanto era destinato a raggruppare i cavalieri superstiti dopo la soppressione dell'Ordine del Tempio ad opera di papa Clemente V nel 1312. L'Ordine Supremo del Cristo perse l'originaria connotazione di ordine monastico durante il pontificato di Alessandro VI, che nel 1499 dispensò i cavalieri dei voti religiosi. Da quel momento l'Ordine divenne un ordine equestre di merito.

L'Ordine del Santo Sepolcro di Gerusalemme possiede una chiara natura aggregativa, ed è riconducibile alla figura canonica di associazione di fedeli (CIC, cann. 298-320; CCEO, cann. 573-583), più concretamente di associazione pubblica internazionale di fedeli, prevista nella legislazione canonica vigente. Una delle novità più importanti introdotte dal Codice del 1983 in materia di associazioni di fedeli, è stata senz'altro la distinzione tra le associazioni pubbliche e le associazioni private, non prevista dal Codice del 1917.⁵¹

Le associazioni pubbliche sono quelle aggregazioni di fedeli erette dall'autorità ecclesiastica competente (vescovo diocesano, conferenza episcopale, Santa Sede) per il perseguimento sia di finalità che sono, *natura sua*, riservate all'autorità ecclesiastica – quali l'insegnamento della dottrina cristiana in nome della Chiesa, l'incremento del culto pubblico ed altre – sia di altre finalità spirituali, di per sé non riservate all'autorità ecclesiastica, alle quali non venga sufficientemente provveduto attraverso iniziative private dei fedeli (CIC, can. 301; CCEO, can. 574 § 1). L'atto di erezione conferisce personalità giuridica all'associazione pubblica che riceve, con il decreto di erezione, la missione per le finalità che essa si prefigge di conseguire in nome della Chiesa (CIC, can. 313), impegnando, dunque, direttamente l'autorità ecclesiastica. Dal momento che le associazioni pubbliche agiscono *nomine*

⁵¹ Cfr. P. GIULIANI, *La distinzione fra associazioni pubbliche e associazioni private dei fedeli nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 1986; W. SCHULZ, *Le associazioni nel diritto canonico*, «Il diritto ecclesiastico», 99/1 (1988), pp. 349-378; P. A. BONNET, «Privato» e «Pubblico» nell'identità delle associazioni di fedeli disciplinate dal diritto ecclesiale, in *Das konsoziative Element in der Kirche*, hrsg. von W. Aymans, K. T. Geringer, H. Schmitz, Akten des VI. Internationalen Kongresses für kanonisches Recht (München, 14.-19. September 1987), St. Ottilien, Eos Verlag u. Druck, 1989, pp. 525-546; L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 43-210; G. LO CASTRO, «Pubblico» e «Privato» nel diritto canonico, in *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Giornate canonistiche di studio (Venezia, 6-7 giugno 1994), Torino, Giappichelli, 1996, pp. 119-149; M. F. MATERNINI ZOTTA, *Le associazioni ecclesiali tra pubblico e privato*, in *Le associazioni nella Chiesa*. Atti del XXX Congresso nazionale di diritto canonico (Trieste, 7-10 settembre 1998), Città del Vaticano, LEV, 1999, pp. 53-66.

Ecclesiae, è previsto che siano soggette alla superiore direzione dell'autorità ecclesiastica (CIC, can. 315), la quale è investita di ampie facoltà di vigilanza. Le associazioni private sono, invece, costituite mediante un libero accordo tra i fedeli, in vista del raggiungimento di finalità spirituali e apostoliche conformi alla condizione battesimale dei propri membri e al retto esercizio del sacerdozio comune nella Chiesa (CIC, can. 299; CCEO, cann. 18 e 573 § 2), fatta eccezione delle finalità riservate all'autorità ecclesiastica.

L'Ordine è di subcollazione in quanto è collocato sotto la protezione della Santa Sede. Possiede personalità giuridica canonica e civile vaticana. Nonostante nei suoi statuti, modificati per l'ultima volta nel 2020, non si riscontri alcun riferimento al Codice di Diritto Canonico in vigore, l'Ordine rientra a pieno titolo tra le persone giuridiche associative pubbliche nella Chiesa. L'articolo 2 § 1 degli statuti in vigore stabilisce che l'Ordine è persona giuridica pubblica nell'ordinamento canonico. L'Ordine si trova, infatti, da secoli sotto la protezione della Santa Sede; il Gran Maestro preposto a capo dell'Ordine è un Cardinale di Santa Romana Chiesa nominato direttamente dal Romano Pontefice; i fini che l'Ordine si prefigge, in particolare il sostegno del Patriarcato latino di Gerusalemme e delle opere della Chiesa in Terrasanta, eccedono l'ambito proprio dell'iniziativa privata dei fedeli. Ai lavori della Consulta dell'Ordine partecipano due rappresentanti della Santa Sede all'uopo designati rispettivamente dalla Segreteria di Stato e dalla Congregazione per le Chiese Orientali.

Il Sovrano e Militare Ordine di Malta possiede una natura giuridica più articolata, in quanto da una parte è un ordine religioso, dall'altra è un soggetto di diritto internazionale. La sentenza del Tribunale cardinalizio del 1953 e la vicenda dell'Ordine melitense del 2016-2017,⁵² a distanza di sessant'anni, hanno evidenziato il predominio della sua identità ecclesiale e la conseguente dipendenza dalla Santa Sede. La natura sovrana dell'Ordine è di carattere piuttosto funzionale, in quanto gode di certe prerogative proprie degli enti di diritto internazionale finalizzate al raggiungimento dei fini che si prefigge, ma non è un ente sovrano nel senso pieno dell'espressione, come capita con gli Stati. Di conseguenza, si tratta di un ente di diritto internazionale *sui generis*.

Ciò nondimeno l'Ordine melitense è anche un ordine religioso *sui generis*, giacché anche i fedeli laici – uomini e donne – possono divenire membri a pieno titolo dell'Ordine. I membri professi, cioè coloro che hanno emesso i voti religiosi (primo ceto), non sono tenuti alla vita comune e i cavalieri

⁵² Cfr. G. PASCALE, *Su alcune recenti vicende riguardanti i rapporti dell'Ordine di Malta con l'Italia e con la Santa Sede*, «La comunità internazionale» 72/2 (2017), pp. 191-212; A. TOMER, *Il Sovrano Militare Ordine di Malta: dalla crisi del 2016-2017 alla riforma costituzionale*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)» 13 del 2018.

professi possono esercitare, con il beneplacito dei loro superiori, una libera professione e accettare degli uffici pubblici. Non risulta convincente ritenere che i fedeli laici dell'Ordine formino parte di un terzo ordine a norma del can. 303 CIC,⁵³ poiché essi non appartengono a un'altra realtà associativa diversa dall'Ordine, ma a tenore della Carta costituzionale e del Codice melitense vigenti, risultano membri a pieno titolo dell'Ordine medesimo. L'appartenenza *pleno iure* dei laici è particolarmente evidente se si considera che le Alte Cariche di Gran Cancelliere, Grand'Ospedaliere e Ricevitore del Comun Tesoro, cinque membri del Sovrano Consiglio e i titolari degli uffici di Cancelliere, Ricevitore ed Ospedaliere dei Priorati e dei Sottopriorati e quelli di Reggente, Luogotenente, Vicario e Procuratore possono essere ricoperte anche da fedeli laici appartenenti al secondo ceto (Cavaliere e Dame di Obbedienza). Oltre a questo, è prevista una partecipazione non indifferente di fedeli laici all'interno del Consiglio Compito di Stato, organo che elegge il Gran Maestro dell'Ordine, che è un superiore religioso.

In vista di un futuro riassetto giuridico dell'Ordine potrebbe essere valutata la revisione dei requisiti nobiliari degli aspiranti membri dell'Ordine. Si tratta questa di una materia delegificata che non comporterebbe delle modifiche della Carta costituzionale e del Codice melitense, in quanto i requisiti nobiliari per ricevere l'Ordine sono contenuti in un apposito regolamento che emana il Gran Maestro, previo parere del Sovrano Consiglio (*Codice*, art. 112). Lo stesso Ordine ha rilevato che in passato i suoi membri provenivano da antiche famiglie aristocratiche europee. Tuttavia, al giorno d'oggi la nobiltà andrebbe intesa, giustamente, come nobiltà d'animo e di atteggiamento, non come appartenenza a una classe superiore o data da particolari distinzioni e privilegi famigliari. La nobiltà dovrebbe essere giudicata dal possesso di condizioni virtuose, in particolar modo dalla generosità e dall'abnegazione nei confronti del prossimo, e da un forte senso di responsabilità nel vivere la fede e nel servire gli altri, specialmente i più bisognosi. Questo modo di intendere la nobiltà acconsentirebbe all'Ordine di essere più attrattivo agli occhi di molti, specialmente dei giovani di tutto il mondo, che potrebbero sentirsi chiamati dal Signore a diventare religiosi quali cavalieri professi, ampliando il numero di membri del primo ceto e assicurando la continuità dell'ente.

Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, è consentita l'autorizzazione all'uso delle onorificenze degli ordini equestri della Santa Sede,

⁵³ Risulta essere, invece, proprio così nell'Ordine Teutonico, nel quale i membri laici non vengono incorporati, in senso stretto, all'Ordine medesimo (ordine religioso di canonici regolari), ma all'associazione di fedeli denominata "Familiari dell'Ordine Teutonico" (<http://www.ordineteutonicoitalia.org/wp-content/uploads/2017/06/statutoApostolico.pdf>; <http://www.ordineteutonicoitalia.org/wp-content/uploads/2017/06/normeAttuazione.pdf>).

dell'Ordine equestre del Santo Sepolcro e del Sovrano Militare Ordine di Malta alle condizioni prescritte dalla legge.⁵⁴

Attualmente non risulta possibile configurare istituzionalmente come associazioni di fedeli, aggregazioni che hanno la denominazione e la struttura organizzativa di carattere cavalleresco. Questo non intacca il diritto di associazione dei fedeli laici nella Chiesa, riconosciuto nei documenti del concilio Vaticano II e disciplinato dal diritto canonico.⁵⁵ I fedeli laici sono liberi di associarsi per portare avanti finalità ecclesiali, tuttavia le aggregazioni di fedeli non possono più adottare la forma e la struttura interna degli antichi ordini equestri.

5. IL CASO DEI COSIDDETTI “NEOCAVALIERI TEMPLARI”

In due occasioni la Segreteria di Stato ha dovuto fornire precisi chiarimenti riguardo ad aggregazioni di fedeli, presenti in diversi paesi, che pretendono di ricollegarsi in qualche modo all'estinto Ordine dei Templari (nel 1970 e nel 2006). Si tratta certamente dell'ordine cavalleresco che ha goduto, e gode ancora oggi, di maggior fascino e fama, anche a motivo della vastissima produzione letteraria e cinematografica, che ha contribuito ad alimentare misteriose leggende intorno ai cavalieri templari, di sovente molto distanti dalla verità storica.⁵⁶

In sintesi, i “Poveri Cavalieri di Cristo”, nome con cui sono stati chiamati i primi membri dell'Ordine del Tempio,⁵⁷ è sorto intorno al 1119-1120. Il sodalizio era costituito inizialmente da nobiluomini francesi impegnati in Terrasanta nella difesa dei luoghi legati alla vita di Cristo, in particolare la città di Gerusalemme dopo la liberazione dal dominio musulmano da parte dei crociati, avvenuta nell'anno 1099, come pure nella protezione dei pellegrini che si recavano in Palestina. Riuniti attorno alla figura di Ugo di Payns, i primi cavalieri templari si consacrarono davanti al Patriarca di Gerusalemme.

⁵⁴ Cfr. L. 3 marzo 1951, n. 178, art. 7, terzo e quarto comma; R.D. 10 luglio 1930, n. 974, art. 3.

⁵⁵ Nel can. 304 § 2 CIC persino si legge: «Assumano [le associazioni di fedeli] un titolo o un nome, adatto agli usi del tempo e del luogo, scelto soprattutto in ragione della finalità perseguita».

⁵⁶ La bibliografia sui templari è molto vasta, ma non tutte le opere sull'argomento hanno la stessa autorevolezza. Per ulteriori approfondimenti sulla storia e la vicenda di quest'ordine cavalleresco si veda R. PÉROUD, *I templari*, Milano, Effedieffe, 2000; P. PARTNER, *I templari*, Torino, Einaudi, 2005; A. DEMURGER, *I templari: un ordine cavalleresco cristiano nel Medioevo*, Milano, Garzanti, 2009; F. CARDINI, *I templari*, Firenze, Giunti, 2011; B. FRALE, *I templari*, Bologna, il Mulino, 2016.

⁵⁷ Il Tempio fa riferimento all'antico tempio del re Salomone, in Gerusalemme, dove i musulmani costruirono la moschea di al-Aqsa, donata posteriormente ai cavalieri templari dal re crociato Baldovino II.

L'Ordine, di carattere monastico e militare, si sviluppò anche in Occidente, e partecipò alla riconquista della penisola iberica.

L'ordine templare fu riconosciuto, e la sua regola approvata, da papa Onorio II in occasione del concilio de Troyes (13 gennaio 1129), diventando il primo ordine equestre della storia. San Bernardo, abate di Chiaravalle, diede un notevole contributo al prestigio e al conseguente sviluppo del nuovo ordine con la sua opera *De laude novae militiae*, scritta dopo la celebrazione del concilio de Troyes. Questo trattato adattava la regola dell'ordine cistercense ai templari ed era finalizzata a offrire un contributo alla loro vocazione particolare nella Chiesa. San Bernardo cercò di congiungere la figura del monaco (*orator*), dedicato alla preghiera, con quella del militare (*bellator*), dedicato alla battaglia. Oltre ai consigli evangelici i cavalieri templari professavano anche l'impegno a combattere per il Signore.

Con la bolla di papa Innocenzo II *Omne datum optimum* (29 marzo 1139) i templari vennero ulteriormente istituzionalizzati, sottoposti direttamente all'autorità del Papa, e ottennero altresì dei notevoli privilegi, quali l'esenzione della giurisdizione degli Ordinari diocesani, la facoltà di costruire chiese e avere cappellani propri per l'assistenza spirituale e il culto liturgico, l'esenzione delle tasse e altri privilegi fiscali ecc.

Con il passar degli anni, i templari divennero una vera e propria potenza militare ed economica, grazie anche alle cospicue donazioni e lasciti che ricevettero, acquistando autonomia politico-militare e finanziaria – i templari gestirono persino dei fondi e prestarono denaro con interesse – e suscitando gelosie e malevolenze sia nel clero secolare sia nelle monarchie europee, in particolare nel sovrano francese Filippo IV il Bello, il cui regno si trovava in quel momento in serie difficoltà finanziarie. Nel 1307 il re fece arrestare tutti i templari presenti in Francia, confiscando i loro beni, in coincidenza con la fase storica di evoluzione dei regni medievali verso l'era moderna.⁵⁸

Contro l'ordine dei templari furono mosse accuse di deviazioni dottrinali e morali. L'ordinanza di arresto fu emessa dal giurista Guglielmo di Nogaret, cancelliere di Filippo il Bello, che nel 1303 aveva preso parte all'attentato di Anagni contro papa Bonifacio VIII. Poiché le indagini svolte nei diversi paesi dov'erano presenti i templari non confermarono la colpevolezza dell'intero ordine, ma soltanto di alcuni dei suoi membri, papa Clemente V, di origine francese, decise di sopprimere l'Ordine non con sentenza giudiziaria, ma tramite un decreto amministrativo: la bolla pontificia *Vox in excelso* (22 marzo 1312), promulgata durante il concilio ecumenico di Vienne (1311-1312).⁵⁹ Con

⁵⁸ Di questo ne parla addirittura Dante Alighieri in un passo del canto xx del *Purgatorio*.

⁵⁹ Nel 2001 è stata ritrovata nell'Archivio Segreto Vaticano, ad opera della storica Barbara Frale, la cosiddetta pergamena di Chinon, datata 17-20 agosto 1308, che dimostra l'infondatezza delle accuse di eresia mosse contro tutti i templari, e attesta la concessione dell'asso-

le successive bolle *Ad providam Christi vicari* (2 maggio 1312) e *Nuper in concilio* (16 maggio 1312), Clemente V concesse le proprietà dei beni dei templari all'Ordine degli ospedalieri di san Giovanni di Gerusalemme (poi diventato l'Ordine di Malta), con esclusione dei possedimenti della penisola iberica. Tramite la bolla *Considerantes dudum* (6 maggio 1312) Clemente V assunse ulteriori disposizioni per tutelare i templari che erano stati dichiarati innocenti nei processi a loro carico.

Due anni dopo la soppressione dei templari, morì l'ultimo Gran Maestro dell'Ordine, Jacques de Molay, condannato per eresia al rogo il 18 marzo 1314 a Parigi, dopo anni di prigionia e sofferenze. La morte de Molay segnò la fine definitiva dell'ordine cavalleresco che fu senz'altro il più importante del medioevo; da quel momento iniziò la sua leggenda, che si è tramandata lungo i secoli.

Esistono al giorno d'oggi aggregazioni di fedeli che si qualificano "templari" e ambiscono a ricollegarsi all'estinto Ordine del Tempio, non soltanto nel nome – nella stragrande maggioranza dei casi l'omonimia è del tutto palese –, ma anche nell'abbigliamento, nella terminologia, nelle peculiarità delle celebrazioni liturgiche, ecc. Oltre a questo, la struttura interna di detti enti, nonché la formazione alla tradizione cavalleresca cristiana proposta ai membri, con particolare riferimento alla spiritualità dei templari, fa supporre un certo intento di voler dare continuità storica o almeno di voler conformarsi in qualche modo all'antico ordine soppresso nel Trecento. Certamente, questi tentativi di ripristinare l'ordine dei templari sono illegittimi, tuttavia hanno generato, e generano tuttora, una notevole confusione nei fedeli, e senz'altro non giova a far chiarezza su questo argomento la presenza di alti prelati alle celebrazioni liturgiche e alle cerimonie di investitura dei suddetti sodalizi, così come l'accettazione da parte degli stessi di cariche al loro interno (Protettore spirituale, Gran Priore, ecc.).⁶⁰

luzione di papa Clemente V all'ultimo Gran Maestro e agli altri capi dei templari dei delitti per i quali erano stati accusati e incarcerati nel castello di Chinon (Francia), riammettendoli nella comunione ecclesiale. Cfr. ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, *Processus contra Templarios, Exemplaria Praetiosa III*, Città del Vaticano, Scrinium, 2007.

⁶⁰ Il Vicariato di Roma ha preso a suo tempo posizione sui "neocavalieri templari" con una lettera circolare del Segretario generale, datata 6 giugno 2005 (prot. n. 581/05/GEN), indirizzata ai parroci, rettori di chiese e cappelle della diocesi di Roma, di questo tenore: «Carissimi, giungono spesso, presso questo Vicariato, segnalazioni di celebrazioni presso le chiese e cappelle della nostra Diocesi di c.d. *Ordini dei Templari* con c.d. *investiture* di nuovi cavalieri. Per incarico del Cardinale Vicario, mi premuro informarvi che, come più volte «L'Osservatore Romano» ha precisato, la Santa Sede riconosce e tutela solamente il Sovrano Militare Ordine di Malta e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme. Pertanto i Rev. di parroci, rettori di chiese e cappelle pubbliche o anche di istituti religiosi, sono invitati a lasciar cadere le richieste d'uso delle chiese e cappelle medesime presentate da *Ordini* non riconosciuti, in particolar modo quelle concernenti celebrazioni eucaristiche finalizza-

6. RIEPILOGO E CONCLUSIONE

Sin dal 1905, anno del riassetto generale degli ordini equestri pontifici ad opera di san Pio X, la Santa Sede, tramite la Segreteria di Stato, ha divulgato diversi comunicati al fine di rendere noto quali sono i propri ordini equestri e quali quelli ecclesiali che essa riconosce, allo scopo di offrire gli opportuni chiarimenti e di evitare attività fraudolente da parte di gruppi che si attribuiscono il carattere di ordine cavalleresco, alcuni millantando addirittura il riconoscimento della Chiesa, senza alcun fondamento storico e giuridico. La Santa Sede riconosce gli ordini cavallereschi conferiti dagli Stati e anche quelli che appartengono al patrimonio araldico sia delle Dinastie reali regnanti sia di quelle che non lo sono più, ma che non hanno mai rinunciato ai loro diritti sovrani.

I cinque ordini equestri pontifici esistenti sono tutti ordini di merito, concessi dal Romano Pontefice per riconoscere agli insigniti i servizi resi alla Chiesa, e sono a numero chiuso. Senza essere stati formalmente soppressi, attualmente l'Ordine Supremo del Cristo e l'Ordine dello Speron d'Oro non vengono più conferiti dalla Santa Sede e si trovano in stato di quiescenza. Nella prassi odierna della Sede Apostolica sono tre gli ordini equestri che vengono concessi: l'Ordine Piano, l'Ordine di san Gregorio Magno e l'Ordine di san Silvestro nelle rispettive classi. L'unico ordine equestre pontificio che ha avuto in passato natura aggregativa è stato l'Ordine Supremo del Cristo, ma perse questo carattere alla fine del Quattrocento.

L'Ordine del Santo Sepolcro di Gerusalemme possiede natura aggregativa e può essere ricondotto alla figura canonica delle associazioni pubbliche internazionali di fedeli. Il Sovrano Militare Ordine di Malta possiede natura aggregativa, in quanto è un ordine religioso, che gode al contempo di certe prerogative che caratterizzano i soggetti con personalità giuridica internazionale. Attualmente è in corso una fase di riordinamento giuridico dell'Ordine. Nell'orizzonte di accogliere l'ecclesiologia del concilio Vaticano II e la normativa canonica vigente sarebbe auspicabile lo sviluppo di una maggiore corresponsabilità dei fedeli laici, manifestazione concreta della sinodalità nella Chiesa.⁶¹ Giova a tal fine, la distinzione tra il processo di elaborazione

te alle cosiddette *investiture* di nuovi cavalieri. Qualora davanti a richieste che vi pongono nel dubbio di concedere o meno l'uso delle chiese delle quali siete responsabili, vi invito a sottoporre previamente le domande a voi pervenute alla Segreteria Generale del Vicariato. Mi è gradita l'occasione per porgere a tutti un cordiale saluto assicurando il ricordo nella preghiera». Cfr. *Il Vicariato di Roma e i "c.d. Ordini dei Templari"*, «Il Mondo del Cavaliere» 18 (aprile-giugno 2005), pp. 35-37.

⁶¹ Cfr. COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *La sinodalità nella vita e nella missione della Chiesa*, 2 marzo 2018.

(http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20180302_sinodalita_it.html).

di una decisione (*decision making*), con i conseguenti processi di consultazione e di discernimento allargati ai membri dell'Ordine, e l'effettiva adozione delle decisioni di governo da parte di chi vanta autorità al suo interno (*decision taking*).⁶²

Gli ordini equestri sono nati nel periodo medievale per finalità ben precise: la riconquista e la custodia dei luoghi santi, la sicurezza dei pellegrini e la cura dei malati in questi territori. Oggi non pare accettabile configurare canonicamente come associazioni di fedeli delle realtà aggregative di nuova costituzione, che si presentano con il nome e la struttura organizzativa degli antichi ordini equestri: sarebbe del tutto anacronistico. Il Codice latino prescrive che le associazioni di fedeli assumano un titolo o un nome adatto agli usi del tempo e del luogo, scelto soprattutto in ragione della finalità perseguita. Questo non intacca in alcun modo il diritto dei fedeli ad associarsi, riconosciuto nei documenti del concilio Vaticano II e disciplinato nel diritto canonico; tuttavia non risulta opportuno al giorno d'oggi che un'aggregazione di fedeli adotti la denominazione, le finalità e la struttura interna degli antichi ordini equestri. La Segreteria di Stato ha precisato che la Sede Apostolica, che è l'unica ad avere titolo originario per erigere ordini equestri, non intende innovare su questa materia.

Al fine di tutelare la buona fede dei fedeli, sarebbe doveroso che i pastori della Chiesa si prodigassero a vigilare sull'uso di chiese e cappelle per le celebrazioni di investitura di cavalieri e dame da parte di questi sedicenti ordini, che hanno quasi sempre scopi lucrativi. A questo proposito è bene rammentare che lo Stato italiano, tramite la Legge 3 marzo 1951, n. 178, che istituisce l'Ordine "Al Merito della Repubblica Italiana" e disciplina il conferimento e l'uso delle onorificenze – norma giuridica tuttora in vigore –, vieta il conferimento di onorificenze, decorazioni e distinzioni cavalleresche, con qualsiasi forma e denominazione, da parte di enti, associazioni o privati. I trasgressori sono puniti con sanzione amministrativa pecuniaria. Inoltre, chiunque fa uso, in qualsiasi forma e modalità, di onorificenze di questo genere, anche conferite all'estero, è punito altresì con sanzione amministrativa pecuniaria. Far rispettare la legge, provvedendo a comminare le sanzioni stabilite da questa, contribuirebbe a evitare azioni abusive. In merito all'illecito conferimento di onorificenze cavalleresche e all'applicazione delle sanzioni pre-

⁶² *Ibid.*, n. 69. In questa stessa linea, gli statuti dell'Ordine del Santo Sepolcro di Gerusalemme del 2020 dispongono che almeno tre quarti dei membri della Presidenza del Gran Magistero devono essere fedeli laici, invece di due terzi, come prevedeva il testo statutario precedente. Per quanto riguarda la Consulta, che non è un organo deliberativo, ma le sue proposte si inseriscono nel processo decisionale relativo alle materie più importanti dell'Ordine, il Cardinale Gran Maestro, oltre ai membri *ex officio*, può nominare in seno ad essa, d'intesa con il Governatore Generale, ulteriori membri, consulenti e osservatori senza limiti.

viste nella summenzionata legge esiste anche giurisprudenza della Corte di cassazione.⁶³

Non è detto che la Santa Sede non debba manifestarsi nell'avvenire su questo argomento, come ha fatto in diverse occasioni in più di un secolo. Sarebbe interessante poter approfondire le motivazioni che inducono alcune persone a volersi veder conferire un ordine equestre, indossare il costume cavalleresco, portare delle insegne ecc., senza badare troppo di quale ordine si tratti (distinzione personale? prestigio sociale?), cadendo in un raggiri. Ma a ben vedere quest'ultima questione esula dall'oggetto di studio di un giurista.

BIBLIOGRAFIA FONDAMENTALE

- BASCAPÈ G. C., *Gli ordini cavallereschi in Italia: storia e diritto*, Milano, Eraclea, 1992.
- ELM K., FONSECA C. D. (a cura di), *Militia Sancti Sepulcri: idea e istituzioni*. Atti del colloquio internazionale (Pontificia Università Lateranense, 10-12 aprile 1996), Città del Vaticano, LEV, 1998.
- FRALE B., *I templari*, Bologna, il Mulino, 2016.
- GAMBI P., *Cavalleria e nobiltà nell'ordinamento canonico vigente. Cenni minimi*, «Apollinaris» 77/3-4 (2004), pp. 809-833.
- JARDIN P., GUYARD PH., *I cavalieri di Malta*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2004.
- LIBERTINI D., *Dagli antichi cavalieri agli attuali Ordini cavallereschi*, Città di Castello, Rilegatoria Varzi, 2009.
- LODA N., *L'Ordine di Malta: eredità e prospettive per il nostro tempo*, «Studi Melitensi» 26 (2018), pp. 191-226.

⁶³ Cfr. Cass. pen. sez. III (ud. 16 giugno 1999) 30 luglio 1999, n. 9737, in Cass. pen. 2002, 1154. Questa sentenza della Corte di cassazione ebbe a rigettare i ricorsi inoltrati avverso la sentenza di condanna emessa dalla Corte di appello di Torino, per il reato di conferimento illegittimo di onorificenze del sedicente ordine cavalleresco intitolato Serenissimo Ordine Equestre Militare e Nobiliare della Santissima Trinità. Tra le motivazioni della sentenza si può leggere: «Pertanto, come risulta pure dalla stessa dizione dei commi secondo e terzo dell'art. 8 per argomento a contrario, oltre che dall'espressa previsione dell'art. 9 c.p., lo Stato italiano ha inteso riservare a se il potere di conferimento, vietando ad ogni ente, associazione o privato salvi gli ordini cavallereschi previsti dall'art. 7 e le onorificenze di Stati esteri e degli ordini non nazionali, subordinate queste ultime ad autorizzazione, sicché detto monopolio ed il conseguente divieto di conferimento, penalmente sanzionato, hanno un senso se la punibilità è circoscritta al solo territorio italiano. Tale "ratio" è evidenziata nei lavori preparatori dalla relazione dell'on. (...), in cui si sottolinea che "l'istituzione delle onorificenze della Repubblica comporta la necessità di un'adeguata protezione giuridica, a tutela del prestigio di tali distinzioni, non meno che della pubblica fede... l'abuso che attualmente vien fatto di queste pretese distinzioni onorifiche, per fini quasi sempre speculativi, non ha solo dannose ripercussioni di ordine interno, ma nuoce gravemente al prestigio dell'Italia, sminuendo la dignità ed il valore delle nostre onorificenze presso le altre nazioni"». Per un commento a questa sentenza si veda D. LIBERTINI, *Sull'illecito conferimento di onorificenze cavalleresche*, «Rivista di Polizia», 53/5-6 (2000), pp. 385-394.

- LORENZETTI U., BELLI MONTANARI C., *L'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme: tradizione e rinnovamento all'alba del Terzo Millennio*, Fano, 2011.
- PERNOUD R., *I templari*, Milano, Effedieffe, 2000.
- SCHWARZENBERG C., «Sub Ordini cavallereschi», *Enciclopedia del Diritto*, vol. xxxi, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 22-37.
- , *Il Sovrano Militare Ordine di Malta e gli ordini cavallereschi della Santa Sede nella storia del diritto e dell'Oriente Cristiano*, «Iustitia» 25/4 (1972), pp. 348-369.
- VALENTINI P., *L'Ordine di Malta: storia, giurisprudenza e relazioni internazionali*, Roma, De Luca Editori d'Arte, 2017.
- VARISCO A., *Custodes Sancti Sepulchri*, Arcidosso, Effigi, 2017.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Nota bibliografica

La presente Nota bibliografica scritta dal prof. Carlo Cardia era arrivata alla Redazione della Rivista in vita del prof. Giuseppe Dalla Torre ed era stato deciso di pubblicarla anche come doverosa gratitudine all'Autore del libro recensito, il quale aveva sempre dimostrato una generosa disponibilità nel mettere al servizio delle iniziative della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce la sua competenza professionale. Ora che il Signore lo ha chiamato a Sé, la pubblicazione di questo testo vuole essere un doveroso ricordo della sua amabile figura.

LA MEMORIA E LA STORIA*

CARLO CARDIA

COME nella memorialistica più ricca di storia ecclesiastica, il libro di Giuseppe Dalla Torre (*Papi di Famiglia. Un secolo di servizio alla Santa Sede*, Marcianum Press, Studium 2020) si presta a più piani di lettura. Il piano più intimo è quello familiare, nel quale la figura del Nonno Giuseppe è affettuosamente preponderante ma è in realtà un filo conduttore che illumina altri orizzonti di lettura. C'è poi il piano dell'aneddotica che per i lettori romani o prossimi alla romanità è gustosa e attraente come ogni cosa che proviene dai Sacri Palazzi, e per coloro che sono più lontani dall'atmosfera italiana può sembrare magica, ma è pur sempre intrisa di una familiarità unica nel suo genere. In premessa storica, è bello ricordare, con le parole di Claudio Pavone nei suoi saggi su *Gli inizi di Roma capitale* (Torino 2001), il giudizio poco lusinghiero che i piemontesi e chi viene dal Nord esprimono dopo il 1870 sui romani e la loro religiosità, per il loro atteggiamento scanzonato verso il clero. Viaggiatori e scrittori, afferma Pavone "rimanevano fra lo stupito e lo scandalizzato nel vedere la poco rispettosa familiarità con cui i romani trattavano papa, cardinali e cose di Chiesa" (p. 110). Meglio d'ogni altro commento, l'impressione di chi si accostava per la prima volta a Roma e al Vaticano, coglie quel miscuglio di simpatia, affetto, familiarità, e insie-

* Sul libro di G. DALLA TORRE, *Papi di famiglia. Un secolo di servizio alla Santa Sede*, Venezia, Marcianum Press, 2020.

me di lieve cinismo e complicità, che anima ancora oggi i romani quando si accostano alla loro Chiesa e a chi la governa.

È illuminante quanto l'Autore, con uno stile che rimane sempre alto, riferisce a proposito del clima di confidenza e amicizia che può formarsi a livello curiale (anche nei confronti della persona del Papa) e che i Pontefici cercano di evitare. Si evoca così la "riunione di commiato" voluta da Paolo VI rispetto ai tanti amici anche fraterni che lo avevano accompagnato nel *cursus honorum* verso il pontificato ma che dovevano da quel momento in poi allontanarsi quel tanto che fosse necessario per testimoniare il distacco dovuto rispetto a chi era diventato Papa. Scrive l'Autore che Paolo VI, concludendo l'incontro, cui partecipavano tante persone che gli erano care, rivolse un affettuoso saluto quasi di commiato: "come a dire che, dopo l'assunzione del servizio di pastore universale, i rapporti amicali di un tempo rimanevano – e dovevano rimanere – nella memoria e nei cuori di tutti i presenti, ma non avrebbero potuto più svolgersi come un tempo. Il senso delle parole di Montini era in sostanza di mettere in guardia i suoi discepoli e amici, se ce ne fosse stato bisogno, che le cose erano profondamente cambiate e che ormai, tra loro e il Papa, si era venuta creando una distanza da rispettare. Il Papa era divenuto il padre di tutti".

Un altro piano di lettura, anch'esso descritto con sapienza, è quello del costume e della sua evoluzione che ha caratterizzato diverse fasi della devozione cattolica italiana, particolarmente nell'ambito familiare, risalendo fino a quel "mondo antico, così ben descritto da Antonio Fogazzaro nel suo noto romanzo. Un mondo fatto di ordine familiare e sociale, ingessato in stampi creati dal tempo, segnato dallo spirito romantico e animato da sentimenti forti, caratterizzati da un paternalismo severo ma pure amorevole in seno alla famiglia e nella stratificata società, regolato da una religiosità forgiata sui modelli post-tridentini: severa, moralistica, costellata di devozioni individuali e collettive, intessuta di ritualità, scadenzata dai tempi liturgici e dalle pratiche di pietà". Posso aggiungere, per esperienza personale, che qualcosa di quel mondo antico è giunto sino agli inizi del secondo Novecento, quando il nutrimento spirituale si riceveva anzitutto nella famiglia, e quando l'ambiente familiare era come il luogo di risonanza di una più ampia e armonica formazione religiosa di ogni bambino e ragazzo italiano.

Un terzo livello di narrazione e di lettura, cui desidero dedicare più spazio, è quello storico-politico nel quale si intreccia una evoluzione che chiama in causa la storia italiana del Novecento, parla dell'influenza che ha avuto su questa storia il cattolicesimo e il cammino verso il Concilio Vaticano II e la modernità. Il *fil rouge* storico è spesso essenziale e drammatico insieme, perché inizia con "l'influsso degli insegnamenti di Leone XIII" che dovette essere "forte in Paolo (Dalla Torre), se fu indotto a tradurli in pratica nella concreta realtà di un Veneto ancora primitivo, contadino, poverissimo, in

cui la pellagra e altre malattie derivanti da una diffusa indigenza mietevano vittime. Difatti fu tra i promotori di una iniziativa di tipico stampo leoniano, diretta ad alleviare le condizioni di vita e di lavoro della gente dei campi: la creazione di una banca cooperativa, destinata a sottrarli allo strozzinaggio dell'usura ed a favorire l'accesso facile al credito da parte dei contadini, bisognosi di risorse per l'aggiornamento del proprio strumentario di lavoro e persino per l'acquisto, ogni anno, delle sementi necessarie alla pratica agricola". Come si vede, il legame con la Chiesa resta indissolubile ma vive tutta intera l'asprezza di una società povera, avara, che per questo esigeva cambiamenti, riforme, lotte sociali.

Un passo in avanti è compiuto dall'Autore quando parla del Nonno Giuseppe, protagonista quasi gigante e ispiratore delle sue riflessioni, e che gli consente di delineare come meglio non si potrebbe l'orizzonte politico-culturale che ha riempito l'impegno dei cattolici nella modernità. Dell'apertura di Leone XIII "è traccia evidente nelle idee che ispirano la sua produzione giornalistica e libraria, soprattutto per quanto attiene ai due tasti: della democrazia da un lato, col necessario corollario delle libertà e dei diritti; dell'apertura sociale dall'altro, in un mondo che aveva già conosciuto le asprezze della prima industrializzazione ed il volto terribile del primo capitalismo" (p. 20). Si avverte subito che la storia ha cambiato pagina, anche se restano delle varianti che derivano dalla memoria del passato e dalla spinta verso il futuro. A livello personale, parlando sempre della famiglia, L'Autore segnala le differenze tra vecchia e nuova mentalità che segnano i capostipiti delle due generazioni tra l'Ottocento e il Novecento, il nonno Giuseppe e il padre Paolo: "ciò per gli interessi storici coltivati, per le letture fatte, per gli ambienti di una vecchia Roma pontificia e temporalista frequentati da ragazzo, per le inclinazioni mentali. In particolare ricordo il suo (del padre Paolo) affettuoso, ma al tempo stesso malinconico studiare gli ultimi anni dello Stato Pontificio, inteso come il tramonto patetico di un relitto grandioso, come la fine ingiusta e violenta di una grande eredità del passato: significativo, al riguardo, il suo frequente ricordare un singolare giudizio di Louis Duchesne sulla fine del dominio temporale dei Papi, secondo cui il generale Bonaparte nel 1797 e il generale Cadorna nel 1870, con i loro cannoni puntati contro la Città eterna, "hanno, allora, in un certo senso sparato contro l'impero romano" (p. 22). Ma questo legame sentimentale ("insomma: più Pio IX che Leone XIII") restò forte in chi "per dirla con Arturo Carlo Jemolo de *Il dramma di Manzoni* – "ama conversare con i morti, più che interpretare il presente". Che vuole anche dire, per chi vi faccia attenzione, che il segno della continuità nella famiglia Dalla Torre era solido, non acritico, sempre attento ai cambiamenti storici.

Se, però, la memoria affettiva pendeva più verso l'Ottocento, in realtà "l'influenza del pensiero leoniano (...) entrò nel patrimonio genetico della

famiglia continuando ad animare nel tempo idealità, aspirazioni, impegno concreto” (p. 22). Si dipana così il rapporto della famiglia Dalla Torre all’interno del cattolicesimo democratico (come più tardi venne chiamato) e che prosegue, negli eventi storici decisivi, sino ai giorni nostri. Tra questi si possono ricordare la “Prima scelta religiosa” dell’Azione Cattolica effettuata quando nel 1919 Luigi Sturzo fondò il Partito Popolare con il noto appello “A tutti gli uomini liberi e forti”. Quindi la nomina a direttore de «L’Osservatore Romano» nel 1922, che portò Giuseppe Dalla Torre a sprovvincializzare il quotidiano del Vaticano dandogli “quell’impronta inconfondibile di apertura ai fatti del mondo, che è tuttora una sua caratteristica e lo rende diverso da qualsiasi altro quotidiano italiano o straniero” (p. 36). Ancora, sono riportate le cautele con cui Pio XI cercò di salvaguardare il Giornale vaticano e il suo direttore, nella fase storica di conflitto con il fascismo, sia per quanto riguarda il noto problema degli attacchi fascisti all’Azione Cattolica, sia per tutto ciò che attiene alla puntigliosa autonomia del giornale nei confronti del regime e della sua ideologia. Ciò avviene subito dopo l’approvazione dei Patti Lateranensi quando si volle rintuzzare l’interpretazione mussoliniana e statocratica dei Patti stessi. Avviene quando fu firmato l’ordine di arresto del Direttore del quotidiano da parte di Mussolini, ordine che però “non ebbe successo” (p. 43), e quando si ebbero le aggressioni ai familiari del Direttore, seguite non a caso dalla *solerte* concessione della cittadinanza vaticana.

Il rapporto con il fascismo è limpidamente evocato riportando l’opinione di Giuseppe Dalla Torre sul regime totalitario, perché “il fascismo, come vantava una mistica, così ostentava una sua morale. Diceva di attingerla da Machiavelli. Era ovunque e solo la morale del successo. Non concepiva una politica cristiana: uno Stato, un potere a loro volta sottoposti a principi superiori ed eterni, non era fonte soltanto di diritti, ma altresì vincolava a doveri” (p. 44). L’Autore aggiunge le parole del nonno Giuseppe per il quale tra Azione cattolica e fascismo, “nel campo morale come in quello politico ci fu sempre una irriducibile incompatibilità di carattere” (p. 45). Aggiunge, però, che “si tratta di un’affermazione che è stata equivocata da una parte della storiografia la quale, in maniera ripetitivamente acritica”, ha evocato “espressioni dell’amico Alcide De Gasperi il quale”, superato il ventennio “ne lamentava l’infondatezza”, per “lo spettacolo miserando” offerto dall’associazione nell’offrire adesione e appoggio al regime fascista. Mio nonno, infatti, si riferiva al patrimonio di idee ed al fascio di finalità del sodalizio, non alle compromissioni umane di uomini d’Azione Cattolica, ben sapendo d’altra parte che, accanto a costoro, vi erano stati altri che non si erano piegati e che per questo avevano pagato pesantemente”. Forse, ma è una mia opinione personale, la verità sta nel mezzo, nel senso che, come in altri Paesi toccati o infangati dal totalitarismo, anche in Italia le coscienze hanno vis-

suto momenti opachi ed hanno visto più avanti in modo limpido gli eventi storici nella loro vera e tragica realtà.

A fronte di queste contraddizioni interne all'Azione Cattolica rispetto al regime fascista, si evoca però giustamente l'azione netta e limpida di condanna della Chiesa rispetto alla legislazione razziale italiana del 1938 e, più in generale, all'antisemitismo e al razzismo esibito e proclamato dal nazismo, nonché il rifiuto di Pio XI di essere in qualche modo coinvolto rispetto alla visita di Hitler a Roma nel 1938 mentre il Papa ostentatamente andò a Castel Gandolfo. Si può aggiungere che «L'Osservatore Romano» ignorò deliberatamente l'incontro italo-tedesco, ma fece sapere che “il Santo Padre non si è recato a Castelgandolfo per piccola diplomazia, ma semplicemente perché l'aria di Castelgandolfo gli fa bene, mentre questa gli fa male”. Tra l'altro ciò spiega le parole di Giorgio Tecce (Rettore della Sapienza negli anni '70), quando disse all'Autore che negli anni del fascismo “l'unico giornale che si poteva leggere in Italia, perché non appiattito sulle vicende del partito ma libero, era «L'Osservatore Romano» firmato da Giuseppe Dalla Torre”. E spiega perché la formazione spirituale e culturale di molti cattolici ha potuto essere naturalmente educata alla libertà, al pluralismo, al rispetto degli altri, e ha potuto favorire l'impegno in Italia per uno Stato democratico e comunitario. E d'altronde, ricorda l'Autore, durante la guerra “mio nonno tenne rapporti con rappresentanti dell'opposizione al nazifascismo italiani e stranieri; ebbe contatti con uomini politici delle potenze in guerra con l'Italia” (p. 51). Né manca di citare un passo delle sue memorie nel quale con riferimento a Pio XII è scritto: “un mio articolo del 12 marzo 1944, che intitolai ‘*Defensor civitatis*’, attesta l'estimazione che l'opera, svolta dovunque senza distinzione di persone, a tutela della dignità dell'Urbe e della sua civiltà, meritava senza riserve”, aggiungendo: “lo seguì sempre, illustrandone le azioni pubbliche (...). Le accuse mossegli durante e dopo il pontificato furono e sono ingiuste. Se ha pronunciato cocenti condanne senza nominare i colpevoli, i persecutori, la sua giustificazione è piena: colpevoli e persecutori sorsero d'ogni parte; nominarne gli uni o gli altri era procurare il peggio” (p. 53).

Mano a mano che si procede nella lettura, la storia si fa sempre più vicina e si entra nella attualità dell'Italia costituzionale, quando il movimento cattolico, oltre ad impegnarsi per un nuovo Stato, s'è fatto forza essenziale della democrazia italiana e anche quando riemergono alcuni legami con la tradizione autoritaria vengono prontamente rimossi: ad esempio, fu proprio nonno Giuseppe che assunse “un atteggiamento critico nei confronti della cosiddetta ‘operazione Sturzo’, vale a dire il tentativo di una lega anticomunista che unisse monarchici e fascisti ad una Democrazia Cristiana ritenuta in pericolo” (p. 54).

L'Italia che scorre dietro le parole dell'Autore da allora in poi è l'Italia della trasformazione sulla base dell'attuazione dei principi costituzionali,

dell'influenza del Concilio Vaticano II, delle grandi riforme degli anni '70, alle quali parteciparono altre forze e componenti politiche e ideali, spesso in stretti rapporti con strutture e protagonisti vaticani, cattolici, democristiani. Va detto che, tenendo fede al titolo della sua opera, l'Autore rimane all'interno del perimetro cattolico e vaticano, e delinea aspetti interessanti e preziosi della personalità dei pontefici e del loro *modus operandi*. E ancora una volta s'intravedono, filtrati da una notevole familiarità, caratteri, aneddoti, sfumature, che evocano spesso orizzonti più vasti, pur con la consueta delicatezza. Così, il rapporto tra il nonno e Mons. Tardini, affettuoso ancorché non sempre in sintonia, probabilmente rispondeva anche ad un gioco delle parti, utile all'azione politica della Santa Sede: più volte, si dice, incontrando l'ambasciatore italiano o quello tedesco, che salivano in Segreteria di Stato per protestare per qualche scritto apparso su «L'Osservatore Romano» e risultato sgradito ai fascisti e ai nazisti, Tardini replicava che non poteva stare dietro “alle sciocchezze” del direttore del quotidiano, ripetendo ogni volta che di ufficiale nel giornale v'erano solo le notizie pubblicate nella rubrica “Nostre Informazioni”. Ma il nonno doveva anche piegarsi alle esigenze politiche superiori, come quando “ad un rammaricato Giuseppe Dalla Torre direttore del quotidiano vaticano, che si lamentava per un articolo sull'annessione dell'Austria da parte della Germania “massacrato” dalla Segreteria di Stato, dove era rimasto ben undici ore, così diceva Tardini: “obbedisca, obbedire vuol dire fare quello che non si capisce” (p. 63).

Su un punto si potrebbe fare un utile riscontro con il libro di Giulio Andreotti *Ad ogni morte di Papa*, nel quale Andreotti ricorda che, mentre sulla stampa si brancolava nel buio circa il nome del nuovo Papa, in realtà prima del Conclave egli aveva parlato con il Card. Angelo Roncalli, e questi gli aveva fatto capire chiaramente che sarebbe stato lui il nuovo Papa. Scrive Andreotti che “Roncalli era sicuro di uscir Papa dal Conclave. E se avessi avuto ancora qualche esitazione mi cadde quando accompagnandomi alla porta mi disse: ‘Ci vediamo presto, a Priscilla o altrove’” (G. ANDREOTTI, *A ogni morte di Papa. I Papi che ho conosciuto*, Milano 1980, p. 73). L'Autore riferisce da parte sua che “nessuno si attendeva la sua elezione al soglio di Pietro. Il nome che maggiormente correva nell'opinione pubblica e negli ambienti curiali era quello di Alfredo Ottaviani, il mitico autore dell'ultimo, grande manuale di *Ius Publicum Ecclesiasticum*; il rigido custode della ortodossia cattolica come segretario della Congregazione del S. Uffizio; il “carabiniere della Chiesa”, come fu giornalmente definito. Lo stesso Dalla Torre aveva dato disposizioni al giornale vaticano di prepararsi in tal senso” (p. 64). Probabilmente, non è questo l'unico caso in cui il mitico Andreotti mostra di sapere qualcosa più di chiunque altro sulle stanze del potere ecclesiastico. A questo riferimento, seguono pagine bellissime sul rapporto tra il nonno e Giovanni XXIII.

Il lungo rapporto che legò il Cardinale Giovanni Battista Montini al nonno ripercorre, con dovizia di particolari, le tante esperienze comuni, culturali e anche politiche, vissute dalle due personalità nei decenni precedenti, fino alla elezione di Paolo VI. Ma con Paolo VI inizia anche la frequentazione dei Papi da parte dell'Autore, già in occasione del suo matrimonio, quando viene ricevuto in udienza dal Papa insieme alla moglie. "Fu assai affettuoso con noi giovani sposi: menzionò le benemeritenze acquisite nel tempo dalle nostre famiglie nel servizio della Sede Apostolica ricordò i miei maggiori, a anche quelli di mia moglie Nicoletta. In effetti la sua famiglia, ad eccezione della "pecora nera" Pietro Sterbini, tra i mandanti dell'uccisione di Pellegrino Rossi, era stata sempre fortemente radicata in Curia (...). Lo stesso Cesare Sterbini, librettista del *Barbiere di Siviglia* di Gioacchino Rossini era in fondo un curiale, che a tempo perso scriveva testi per opere liriche" (p. 92).

Seguono quasi dei cammei per altri Papi. Per Papa Luciani, perché appena apparve il nuovo pontefice sulla Loggia, con il fragore che saliva da una piazza San Pietro esultante, la famiglia Dalla Torre fu colpita immediatamente dai suoi caratteri fisionomici: "guarda come assomiglia a Benetto XV", dissi immediatamente a mio padre. Ed in effetti le fattezze del viso, la voce flebile la statura piccolo, la costituzione che si percepiva non possente e robusta come quella del suo successore, Karol Wojtyła, evocavano immediatamente alla mente un Papa particolarmente caro alla nostra famiglia ed il cui ricordo era vivissimo anche fra quelli tra noi – ed erano quasi tutti – che non potevano averlo conosciuto di persona".

In certa misura sorprendenti le parole dedicate a Karol Wojtyła, di cui l'Autore (come moltissimi altri) sapeva poco quando venne eletto Papa e del quale egli ricorda che "avevo letto con vivo interesse e profitto il suo libro *Amore e responsabilità*: un vero bestseller, che svelava un volto nuovo dell'amore umano, almeno per noi giovani appartenenti ad una generazione ancora formata secondo le visioni rigoristiche, non prive di venature gianse-nistiche, che erano proprie di una certa pedagogia cattolica d'*antan*". Ma poi l'Autore aggiunge che, comunque, si trattava di una "pedagogia, sia detto per inciso, che non rispondeva appieno alle plurisecolari tradizioni del cattolicesimo, caratterizzate da umana comprensione e misericordia, esemplarmente incarnate da quel genio della morale, sia dal punto di vista della dottrina che soprattutto da quella della prassi, che fu Alfonso de' Liguori; una pedagogia che, appunto, derivava le proprie inclinazioni da severi paradigmi d'oltralpe" (p. 97). Voglio segnalare la bella sostanza di questa riflessione, attraverso la quale, l'Autore riesce a sottolineare la dolcezza della romanità che si sentirà rivalutata nientemeno che da un Papa Polacco.

Ma di Giovanni Paolo II non si può non ricordare l'aneddoto con il quale l'Autore evoca la sua richiesta espressa in pubblico perché l'Unione dei Giuristi Cattolici Italiani ottenesse aiuto dalla Santa Sede, in quanto non versa-

va in buone acque. Prosegue l'Autore: "il Papa mi ascoltò con attenzione, ma con sguardo severo, Quando ebbi finito, si limitò a dire: 'Ma la Santa Sede non finanzia i giuristi cattolici polacchi'". Così l'Autore conclude l'aneddoto: "debbo confessare che lì per lì rimasi male", "più tardi compresi la risposta *tranchant*, sia con riferimento a quegli insegnamenti conciliari sulle responsabilità laicali, sia con riferimento alle terribili condizioni della Chiesa particolare da cui proveniva il Papa" (p. 100). In questo caso, inserendomi anch'io nella memoria, desidero ricordare un episodio in qualche misura analogo, risalente a quando fu illustrato al Papa il contenuto della nuova legislazione pattizia approvata in Italia nel 1984 sul sostentamento del clero, gli enti ecclesiastici, gli impegni finanziari dello Stato. Preceduta l'analisi della normativa, l'allora Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, Card. Anastasio Alberto Ballestrero (religioso dei Carmelitani scalzi) sottolineò come in Italia il clero non avesse mai avuto problemi economici. E Giovanni Paolo II commentò, osservando nella sostanza: beh, in effetti, se paragonata alla condizione di sofferenza di altre Chiese, non ci si può proprio lamentare!

Sapiente, e dolce, il cammeo dedicato a Benedetto XVI, che l'Autore conosce quando da Cardinale va ad abitare nel suo palazzo, "in un appartamento al quarto piano, proprio sopra il nostro. Di lì cominciò una conoscenza discreta, ossequiosa, nutrita di incontri quotidiani, per le scale o in ascensore. Il cardinale era molto riservato, timido, oltremodo semplice: lo vedevamo uscire la mattina con il suo baschetto nero e la borsa dei documenti, e traversare la piazza san Pietro per recarsi a piedi alla Congregazione per la dottrina della fede di cui Giovanni Paolo II lo aveva nominato prefetto. Ad ora di pranzo tornava, sempre a piedi, con l'apparenza sobria, per non dire modesta, di un semplice pretino. I suoi movimenti erano caratterizzati da tempi rigorosi, precisi: ci si poteva rimettere l'orologio" (p. 116). E poi, con stile adeguato e con particolare stima verso Benedetto XVI, l'Autore tratteggia il legame che l'ha unito alla città di Roma in una visione alta del suo pontificato e della sua missione: "dinanzi all'affievolimento preoccupante degli ideali umani e spirituali e umani reso Roma 'modello' di civiltà per il mondo intero, la Chiesa, attraverso le comunità parrocchiali e le altre realtà ecclesiali, si sta impegnando in una capillare opera educativa, tesa a far riscoprire, in particolare alle nuove generazioni, quei valori perenni". È il richiamo forte e continuo di Papa Ratzinger alla necessità di superare la decadenza che viviamo: "nell'era post-moderna Roma deve riappropriarsi della sua anima più profonda, delle sue radici civili e cristiane, se vuole farsi promotrici di un nuovo umanesimo che ponga al centro la questione dell'uomo riconosciuto nella sua piena realtà. L'uomo, svincolato da Dio, resterebbe privo della propria vocazione trascendente" (p. 128).

Con Papa Francesco, ci si addentra nella terza fase della vita dell'Autore, il quale premette: "non ho avuto con il Pontefice venuto dai confini estremi

del mondo quella conoscenza e, talora quella familiarità che ebbi con i suoi predecessori” (p. 138). E tuttavia, racconta che “la prima volta, nel presentarmi e del salutarlo, ebbi a dirgli che nell’anticamera del mio ufficio di rettore della Lumsa era una copia ad olio, in grandezza naturale della Madonna che scioglie i nodi”, che evoca la stessa immagine sacra presente nella Università El Salvador della capitale argentina, e che in originale si trova ad Augsburg, in Baviera. E Papa Francesco, dopo il racconto “mi disse con decisione: ‘ma guardi che li scioglie; li scioglie veramente’. Si riferiva ai nodi della via, quelli che ciascuno di noi immancabilmente incontra” (p. 139). Si ferma un po’ a illustrare il lavoro svolto come Presidente del Tribunale Vaticano, anche in processi delicati, e giunge al momento in cui la sua funzione si conclude, quando «L’Osservatore Romano», in data 4 ottobre 2019, comunicava che “il Santo Padre ha nominato Presidente del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano l’Illustrissimo Dottore Giuseppe Pignatone” (p. 144). Si opera così una svolta nella secolare storia dello SCV con la nomina di una personalità proveniente dalla magistratura italiana, e l’Autore aggiunge più avanti che questo “magistrato di vaglia” è stato il frutto di una “buona scelta”, anche se “mentalmente mi chiedo come farà, lui che ha sempre svolto funzioni inquirenti in seno all’ordinamento italiano, a cavarsela come giudicante con quell’ordinamento vaticano che è un irrocervo di fonti diverse, di diversa origine, dominante dal diritto canonico” (p. 154).

Con uno stile sempre alto, l’Autore evoca il Vaticano della tradizione, “il Vaticano in cui non sussistevano loschi individui che passavano all’esterno documenti riservati; in cui le pecche che pure non mancavano (e dove non mancano, quando ad operare sono gli uomini?), erano oggetto di critica ma solo interna; dove l’antico detto per cui i panni sporchi si lavano in casa – ma si debbono lavare! – era esperienza di vita”. Ma conclude che il sentimento dominante in questa epoca diversa e nobile era “quello di un sincero e profondamente attaccamento alla Chiesa, sentita come madre: e della propria madre non si parla mai male” (157).

Questa amara constatazione sulla realtà di oggi fa risaltare ancor di più l’attaccamento dell’Autore alla Chiesa di Roma, ai suoi vertici, al cui servizio la sua famiglia è stata per un secolo, e di cui parla distesamente nel suo libro. Un libro costellato di tante altre personalità ricche spiritualmente e umanamente, tra le quali spiccano quelle del Cardinale Agostino Casaroli e, per un richiamo prezioso, del Cardinale Attilio Nicora che ha guidato il processo di revisione del Concordato dal 1984 in poi. Trattasi di due figure, che ho conosciuto e frequentato per anni anch’io, in virtù degli intensi rapporti stabilitisi tra il Vaticano, il Parlamento italiano e il maggiore partito della sinistra, che hanno rappresentato un autentico patrimonio di serietà, dedizione alla propria missione, capace di attirare consensi, ammirazione, adesione dell’animo.

Cito soltanto le belle parole dedicate dall'Autore ad Agostino Casaroli, "l'indimenticabile Segretario di Stato: personalità di altissimo livello come diplomatico e come prete" (p. 155), che è stato tra l'altro "il grande tessitore della *ostpolitik* vaticana e firmatario per la Santa Sede del Trattato di Helsinki" (p. 51). Sono parole da sottoscrivere interamente perché riassumono i due profili più alti della Curia di formazione montiniana, che uniscono la capacità più alta nel gestire gli impegni ecclesiastici e l'anima sacerdotale propria di ciascuno di loro: senza quest'anima non si comprenderebbe la grandezza della loro personalità e la spiritualità che traspariva dalla loro vita e dalla loro condotta.

Recensioni

EDUARDO BAURA, FERNANDO PUIG (a cura di), *La responsabilità giuridica degli enti ecclesiastici*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 530 + x.

IL volume raccoglie gli *Atti del Convegno annuale della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce*. La pandemia ha impedito lo svolgimento presenziale dell'attività (23-24 marzo 2020), non ha vanificato però l'apporto scientifico e, nei limiti del possibile, lo scambio tra i relatori. La forzata reclusione ha semmai accelerato la consegna delle relazioni previste e la rapida pubblicazione del corposo testo nella nota collana di monografie giuridiche della Facoltà (n. 49). Il mancato confronto congressuale aumenta la curiosità della lettura dell'opera ed estende il dibattito alla discussione critica dei contributi.

L'argomento del testo è sicuramente di notevole *attualità e interesse* (si pensi alle ingenti richieste di risarcimento in caso di abusi). Il richiamo contingente della tematica comunque non ha indotto a privilegiare l'aspetto tecnico-patrimoniale della questione, ha consigliato viceversa un *inquadramento di ampio spettro*: alcuni interventi raccolti non hanno una specifica attinenza canonistica, anche se rispondono ad un disegno organico e mirato di approfondimento del tema. L'approccio giuridico storico, comparatistico e teorico-generale prescelto privilegia un avvicinamento culturale profondo e strutturato. La consi-

derazione dei principi e della tradizione offre spesso più spunti e argomenti del mero ricorso alla tecnica e delle soluzioni operative. La responsabilità d'altronde è iscritta nel cuore dei comportamenti obbligatori ed è una costante della rivendicazione giuridica. Il riferimento agli enti ecclesiastici precisa e circoscrive l'imputazione soggettiva del fenomeno causale. Gli organizzatori del Convegno e curatori del volume hanno voluto stimolare dunque una riflessione seria e approfondita su un tema spinoso e complesso.

Il libro, al di là della breve *Presentazione* e dell'*Indice degli Autori*, si articola in *cinque sezioni* (storica, teorico-comparatistica, canonistica-generale, ecclesiasticistica e canonistico-settoriale) che suddividono i *dodici contributi* preparati per il Convegno. L'estensione degli scritti è abbastanza armonica e proporzionata (hanno una leggera preponderanza quelli che affrontano le questioni canonistiche più preganti). I testi più brevi corrispondono agli interventi previsti per l'attesa Tavola rotonda. L'attenta opera di uniformazione, la cura grafica e stilistica, l'elenco sintetico generale dei riferimenti bibliografici conferiscono al tomo facilità di consultazione e gradevolezza estetica.

La *parte storica (Alle radici della responsabilità)* è dedicata alla *tradizione romanistica e canonistica*. La relazione della Prof. Pulitanò prende spunto dalla *lex Aquilia* per considerare la riparazione del danno in riferimento alle realtà collettive.

La trattazione dell'esperienza del passato è posta subito in collegamento con l'attualità e gli sviluppi ermeneutici (è interessante ad es. l'evoluzione dell'interpretazione della nozione di *iniuria*). L'assenza della concettualizzazione della categoria della persona giuridica non impediva il rilievo degli enti collettivi (es. *municipium*, *decuria*, *societas*). L'intervento cerca di ricostruire proprio la possibile valenza della persona morale nel diritto romano. Fermo restando il principio *societas delinquere non potest*, l'approccio empirico romanistico non sembra escludere forme di responsabilità collettiva relative al patrimonio comune. L'intervento della prof. *Antonia Fiori* ricostruisce, alla luce della decretale *Si culpa tua*, il pensiero canonico classico. L'emersione della responsabilità civile *ex delicto* è strettamente legata alla causalità e imputabilità. Il risarcimento del danno delle *universitates* era connesso all'effettivo consenso prestato, prevalentemente attraverso l'azione civile. La docente della Sapienza illustra con dettaglio il pensiero di Giovanni Teutonico, Tancredi, Sinibaldo da Fieschi e l'Ostiense sul problema teorico pratico in questione. Andando alle "radici" del problema è facile rendersi conto della pregnanza delle questioni affrontate, dell'acume della discussione e della razionalità di molte soluzioni.

La sezione sui *fondamenti della responsabilità* è forse quella più inconsueta e stimolante. L'esame passa dalla storia alla teoria, per così dire, a tutto campo. Introduce la tematica la penetrante riflessione del prof. *Eduardo Baura* sulla *doveosità del rispondere della condotta ingiusta*. L'intervento è focalizzato sulla centralità del principio della colpa e sugli equivoci legati all'introduzione e diffusione della responsabilità oggettiva. La responsabi-

lità oggettiva mette in crisi l'effettiva imputabilità dell'azione e risponde a esigenze socio-politiche, Baura invita pertanto la dottrina e la giurisprudenza a precisare e circoscriverne l'operatività giuridica della nozione. L'apporto di *Papanti Pelletier* è più uno stacco che un intervento mirato (corrisponde all'ideale presidenza di una sessione). Il noto professore e giudice vaticano si sofferma sulla colpevolezza e sulla responsabilità c.d. vicaria in alcune codificazioni civili (contesta ad es. l'applicabilità dell'art. 2049 c.c.) e fornisce un valido inquadramento e concretizzazione della speculazione in atto. L'analisi comparatistica della *responsabilità per fatto altrui* del prof. *Lener* (esamina in particolare i sistemi francese, tedesco, britannico e statunitense) evidenzia una certa congruenza delle scelte ordinali operate e della *ratio* sottostante. La relazione entra anche nel vivo della polemica statunitense relativa agli abusi (*vicarious liability*) e della responsabilità penale degli enti *non profit*. Quest'intervento è molto tecnico e specialistico (approfondisce soprattutto l'aspetto penale) ma offre la base per molte considerazioni di principio. L'effettiva imputabilità della condotta e l'ingiustizia del danno sembrano dunque limitare seriamente la responsabilità delle istituzioni ecclesiastiche.

I successivi apporti entrano nel vivo della speculazione canonistica. I relativi relatori sono quindi tutti ben noti e apprezzati nell'ambito accademico canonico. La trattazione sulla *responsabilità dell'amministrazione ecclesiastica* è introdotta, a pieno titolo (considerando la sua conclamata competenza amministrativa), dalla prof. *Ilaria Zuanazzi*. L'intervento dell'Ordinario di Torino (il più ampio estensivamente e, ci pare, "intensivamente" del testo) muove dal-

la distinzione tra responsabilità retrospettiva e prospettica e dalla nozione di organizzazione amministrativa. L'esame storico e comparativo con gli ordinamenti statuali offre spunti di crescita ma manifesta anche l'esigenza di recuperare la tipicità del sistema ecclesiale, legato all'*officium*, all'istituzionalità cristologica e alla dimensione personale dell'autorità. Le considerazioni conclusive mirano a rafforzare la responsabilità personale e le forme di responsabilità retrospettiva (compreso il controllo giudiziario). Il contributo del prof. *Fernando Puig* si sofferma sulla *vigilanza dell'autorità ecclesiastica*. Il relativo dovere, fondato sull'alterità e autonomia, richiede attenzione e diligenza. La relazione si sofferma poi sul can. 128 e sul m. p. *Come una madre amorevole*, suggerisce conclusivamente come linee di approfondimento: i mezzi tipici adottati, il paradigma gerarchico e la sua funzionalità, la tipologia dei soggetti deputati al controllo e la necessità del confronto con i diritti secolari. Il prof. *Comotti* ha esposto invece l'*azione di regresso*. Ai presupposti teorici, segue la puntuale analisi del can. 1281 § 3 e del can. 128, con gli strumenti di esercizio del regresso. Il mancato regresso potrebbe configurarsi *contra ius* (*Delictum personae in damnum Ecclesiae non est convertendum*). In questa parte emerge quindi come la responsabilità (complessivamente intesa) sia essenziale per il buon governo.

Anche la *sezione sulle istanze della società civile* è molto scottante e sentita. Il prof. *Jorge Otaduy* esamina appunto la *responsabilità civile degli enti ecclesiastici*. L'attenzione del professore di Navarra si sofferma prima sulla consistenza dei danni risarcibili (atti di governo e danni *ex delicto*) e quindi, da esperto ecclesiastico, sulla giurisprudenza statunitense e

italiana (che offrono casi significativi e rappresentativi). Lo stacco tra i due profili di esame è segnato da *Insufficienza del regime canonico in materia di risarcimento* (pp. 407-412), l'atteggiamento punitivo più che compensativo statale non può sottacere le carenze normative interne che ostacolano un confronto interordinamentale. Al di là della valutazione critica dell'impostazione di alcune decisioni italiane, l'illustre docente dunque entra nel merito del sistema ecclesiale e dello sforzo costruttivo della dottrina canonica. Il prof. *Licastro* tratta della *riferibilità all'ente ecclesiastico dell'atto illecito*. Il docente calabrese circoscrive il presupposto dell'imputazione e dell'estensione di responsabilità al rapporto giuridico di servizio, evitando confusioni con la relazione tra il superiore ecclesiastico e i sottoposti. Si prospetta quindi, anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali civili recenti, un superamento dell'apparente estraneità dell'ente all'operato dell'autore diretto della condotta illecita. L'approccio di questa parte non è dunque apologetico o difensivo, mira a riconoscere l'opportunità di un affinamento concettuale e dispositivo.

L'ultima sezione concerne le *Applicazioni specifiche della responsabilità nella Chiesa*, potrebbe a rigore comprendersi nella terza parte ma è collocato qui per la specialità delle questioni patrimoniali. Il prof. *Miñambres* si sofferma sulla *responsabilità civile per danni economici*. Il Decano della Facoltà della Santa Croce delinea prima la nozione di responsabilità civile e la sua valenza canonistica, quindi distingue gli atti di amministrazione invalidi da quelli validi ma illegittimi. Il nesso tra l'ente e il causante del danno richiede però un approccio ermeneutico consono al modello ecclesiale. L'ultimo intervento proposto è quello

della prof. Maria D'Arienzo sull'*indennizzo "ex bono et aequo" del danno irreparabile*. Si tratta di un'ipotesi abbastanza particolare di ristoro del danno c.d. legittimo. La professoressa partenopea decodifica prima i termini della questione (*restitutio, reparatio, damnum*, "danno irreparabile") nell'evoluzione normativa e suppone quindi l'eventualità di un indennizzo equitativo come ragionevole e consensuale ampliamento della tutela dei diritti.

La responsabilità costituisce un asse portante dell'esperienza giuridica. Il presente volume riporta quindi l'attenzione della canonistica su un *tema centrale per l'argomentazione giuridica* in dialogo e confronto – questo ci sembra un merito dell'iniziativa che lo ispira – con la speculazione civilistica, comparatistica ed ecclesiasticistica. L'approccio coltivato dai Curatori evita il pernicioso isolamento culturale e la restrizione mentale che spesso condiziona la riflessione in ambito ecclesiale. Si apprezza in pratica lo stimolo a ragionare criticamente sui concetti, partendo dalle radici e dalla tradizione (può essere esemplare in questa linea il contributo del prof. Baura che, in chiave teoretico generale, opera una sorta di raccordo tra la storia e l'attualità). La tematica della *responsabilitas* degli enti tra l'altro è particolarmente viva e stimolante sia per le crescenti istanze di tutela interordinamentale sia per il problematico collegamento della colpevolezza soggettiva con l'imputazione collettiva. Se il volume non costituisce una monografia in senso proprio, rappresenta comunque un approfondimento mirato e organico dell'argomento. La distribuzione dei contributi guida il lettore in una sorta di percorso di acquisizione e ponderazione progressivo (dal generale al particolare, dal diritto

universale a quello ecclesiale). Anche la presentazione delle istanze della società civile (gli interventi di Otaduy e Licastro), che entra nel vivo della diatriba risarcitoria in atto, riceve un'adeguata cornice e manifesta la diversità di possibili prospettive. Le variazioni sul tema (con inevitabili ripetizioni o sovrapposizioni) offrono peraltro un quadro ampio, diversificato e abbastanza completo (si rimpiange solo l'assenza del paio di contributi "mancanti all'appello" della pubblicazione). Le diverse specializzazioni scientifiche si integrano e compendiano abbastanza armonicamente in una considerazione comune.

Nella varietà di timbri e intonazioni è interessante cogliere non solo una comunanza di intenti ma anche una certa corallità di voci. Nella diversità d'interventi è presente infatti una *convergenza di punti*. Un aspetto abbastanza ricorrente, come segnalato, è la giustificazione del *rapporto tra l'illecito del singolo e la responsabilità collettiva*. Il riscontro dell'elemento soggettivo è quello più complesso e discusso. In questa linea la diffusione della responsabilità oggettiva, su cui si concentrano diversi contributi (Baura, Comotti, Otaduy), rappresenta una preoccupante deriva della giuridicità moderna. I profili economici e le giustificazioni sociali sembrano sviare spesso dal compiuto accertamento della causalità dannosa. L'accettazione del rischio e la procedimentalizzazione della responsabilità, diffuse in ambito secolare (si pensi all'approccio della medicina c.d. difensiva), rischiano di contaminare anche la giustizia ecclesiale. Una linea condivisa da quasi tutti gli autori di estrazione canonistica è pure la rivendicazione, non in via di privilegio o esenzione, ma di verità e oggettività, della specificità e peculiarità della comunione

gerarchica. La mancata percezione della realtà della Chiesa conduce a una deformante visione funzionalistica ed economicistica ed equivoca i termini della questione risarcitoria. L'originalità del modello ecclesiale comunque non viene sviluppata tanto in chiave limitativa o restrittiva quanto soprattutto nell'esigenza di modernizzazione e adeguazione del sistema organizzativo, talora carente o precario (cfr. al riguardo i contributi di Zuanazzi, Puig e Otaduy). La sensibilità per il ripristino della giustizia e la ricerca della professionalità e della tutela dei diritti non sempre sono percepiti nel governo della Chiesa. La responsabilità degli enti è dunque una sfida di civiltà e di cultura per l'Istituzione ecclesiastica nel suo complesso a livello di mentalità e di strumenti.

In un'opera collettiva è sterile e ingeneroso valutare la qualità dei singoli interventi, in generale comunque abbastanza elevata. Lo spiccato taglio teorico non ha impedito inoltre il confronto con la giurisprudenza, la prassi e la normativa. La riproduzione dei sommari delle relazioni nell'indice generale avrebbe forse aiutato a chiarire meglio la visione d'insieme e il contenuto e lo sviluppo sistematico degli apporti. Se le istanze che avevano ispirato l'organizzazione del Convegno, come dichiara la Presentazione, restano in parte ancora aperte, la provocazione scientifica e l'ausilio pratico è indubbio. La mancata discussione in sede congressuale avvalorava semmai l'opportunità di estendere il dibattito e approfondire ancor più il concorso degli specialisti e la ricerca avviati dal libro.

MASSIMO DEL POZZO
delpozzo@pusc.it

Pontificia Università della Santa Croce

EDOARDO CHITI, *Il diritto di una comunità comunicativa. Un'indagine sul diritto amministrativo della Chiesa*, Milano, Giuffrè, XIII + pp. 232.

L'AUTORE del libro recensito, ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi della Tuscia, ha dedicato gran parte del suo lavoro di ricerca alle problematiche del diritto amministrativo globale e al diritto amministrativo europeo in particolare, sviluppando di conseguenza un interesse speciale verso il diritto amministrativo comparato. Nella presente monografia Edoardo Chiti fa un salto di prospettiva, nel senso che, anziché comparare diversi modelli di diritto amministrativo statale fra di loro, mette a fuoco gli elementi strutturali dello statuto della Chiesa (latina), con l'intento peraltro dichiarato di capire le somiglianze e le differenze con il diritto amministrativo statale.

A tale fine, articola la sua ricerca in tre parti, introdotte da due capitoli preliminari in cui premette alcune considerazioni sulla natura del diritto amministrativo canonico (Capitolo I) e su alcuni tratti della costituzione e dell'organizzazione della Chiesa: gerarchia e popolo, gerarchia e sinodalità (Capitolo II).

Nella prima parte, divisa a sua volta in due capitoli, l'autore affronta il problema del diritto amministrativo canonico, cercando di individuare la sua formazione storica e tentando di evidenziare i suoi tratti caratteristici. Nella seconda parte, invece, vengono setacciati alcuni settori dell'attività amministrativa materiale dell'organizzazione ecclesiastica «con l'obiettivo di approfondire la comprensione dell'architettura ideale del diritto amministrativo canonico, da

un lato, e di verificare l'effettivo stato di maturazione del diritto amministrativo canonico, dall'altro» (p. 16). Infine, nella terza parte, a modo di conclusione, l'autore torna sulla natura del diritto amministrativo canonico cercando le similitudini e le differenze con i diritti amministrativi statali occidentali e le specificità del diritto amministrativo della Chiesa.

Nella ricostruzione del diritto amministrativo canonico, l'autore analizza anzitutto il soggetto Chiesa a partire soprattutto dai testi del Vaticano II, che gli offrono lo spunto per sviluppare alcune idee attorno alla missione della Chiesa e ad altri tratti costituzionali della Chiesa quali la corresponsabilità dei sacri ministri e i fedeli laici e l'autorità come servizio, sebbene si potrebbe osservare che una riflessione sulla natura della Chiesa basata sui soli testi dell'ultimo Concilio rischia di presentarne una visione riduttiva. Forse il pensiero più originale, che funge da punto di partenza della ricostruzione del diritto amministrativo canonico, è l'idea, espressa peraltro nello stesso titolo dell'opera, secondo cui la Chiesa sarebbe una "comunità comunicativa". Il concetto poggia espressamente sulla filosofia di Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, senza assumerla in toto; secondo questo approccio, si può affermare della Chiesa che è una comunità comunicativa, in quanto è l'aggregazione dei credenti «chiamata a impegnarsi in una missione complessiva che richiede la partecipazione sistematica dei propri soggetti a una pluralità di processi comunicativi» (p. 63).

Quanto al diritto amministrativo canonico, l'autore lo concepisce «come quella parte del diritto canonico che ha ad oggetto l'attuazione da parte dell'organizzazione ecclesiastica della

missione fondamentale della Chiesa [...] l'insieme dei principi e delle regole che governano l'azione degli apparati ecclesiastici volta a dare esecuzione a tale missione» (p. 44). Secondo Chiti, al di là della presenza in tempi antichi del diritto sulla giurisdizione, è nel s. XX e soprattutto dopo il Vaticano II quando la funzione amministrativa diviene autonoma e i suoi caratteri sostanziali e le sue forme giuridiche vengono precisati. A questo punto, è opportuno far notare il rilievo mosso dall'autore, che, in quanto proveniente da un amministrativista statale risulta ancora più interessante, e cioè che nella trattazione canonistica l'oggetto del diritto amministrativo canonico «viene circoscritto alla sola funzione esecutiva, così come disciplinata dal Codice, senza considerare che il fenomeno amministrativo assume, nel disegno complessivo del Concilio Vaticano II, un'ampiezza e un'articolazione assai maggiore» (p. 42).

A partire da questo assunto, l'autore tenta una ricostruzione del diritto amministrativo canonico da un angolo visivo più ampio, considerando l'amministrativizzazione delle attività delle istituzioni ecclesiastiche. Ciò gli consente di perlustrare nella seconda parte del libro, come parti del diritto amministrativo, le attività materiali consistenti nel distribuire i beni salvifici. A dire il vero una siffatta concezione del diritto amministrativo, sebbene non sia stata sviluppata in dottrina, non è del tutto nuova (infatti, nel piano di studi dell'Università di Navarra, sulla spinta delle idee di Lombardía e Hervada, si distingue la parte generale del diritto amministrativo, che sarebbe quella incentrata soprattutto nell'esercizio della potestà esecutiva, dalle parti speciali, in cui si

studiano i profili giuridici delle attività svolte dall'Amministrazione ecclesiastica).

L'esame delle singole attività amministrative della Chiesa istituzionale viene sempre condotto dall'idea della Chiesa come comunità comunicativa. Sono interessanti in questo senso le considerazioni sulla disciplina del sacramento della riconciliazione (Capitolo VI), in cui si vede l'intervento della mediazione della Chiesa nel perdono dei peccati. Risulta, invece, problematico l'approccio, derivato sempre dalla considerazione della Chiesa come comunità comunicativa, con cui l'autore si accosta alla disciplina vigente sull'ammissione all'Eucaristia (Capitolo VII), che lo porta a considerare che l'"oggettivizzazione" della situazione del singolo come criterio discriminante per l'ammissione o meno al sacramento sarebbe contrario alla "logica comunicativa", in quanto non coglierebbe necessariamente la realtà del singolo; a me pare, al contrario, che la distinzione tra la comunicazione interna spirituale e la comunicazione esterna interpersonale sia reale, e che la limitazione nell'ambito interpersonale verso ciò che appare esternamente sia in realtà una manifestazione di rispetto verso la persona, conseguenza dell'impossibilità di giudicare ciò che appartiene alla sua interiorità.

Nel Capitolo VIII, nell'analizzare l'amministrazione dei beni della diocesi e della parrocchia, l'autore osserva i limiti alla corresponsabilità e come in questo campo prevalga la posizione del pastore e dei ministri ordinati. Fa vedere come la canonistica, pur favorevole a riconoscere il ruolo dei laici nella vita della Chiesa, sia predisposta a difendere l'autorità del pastore e, così facendo, «dimentica che la *ratio* che anima la di-

sciplina dei beni delle diocesi e delle parrocchie non è la tutela dell'autorità, ma la messa in opera di un processo comunicativo orientato alla costruzione della comunione ecclesiale» (p. 122). Edoardo Chiti conclude con la proposta di «ripensare l'autorità del ministro come un elemento interno alla corresponsabilità sinodale, piuttosto che come il perno dell'intera architettura delle competenze», dando potere deliberativo ai consigli (p. 123).

Infine nel Capitolo IX l'autore esamina l'attività evangelizzatrice dei non cristiani e le strutture dedicate ad essa, mentre nel Capitolo successivo tira le fila delle considerazioni emerse dallo studio delle singole attività amministrative, per concludere tra l'altro con l'auspicio di una riforma della disciplina della gestione dei beni ecclesiastici che ne sviluppi la dimensione comunicativa e della disciplina dell'attività evangelizzatrice. Senza nulla togliere alla validità di queste proposte, penso che non sia superfluo ricordare in questa sede che l'attività della Chiesa non si riduce alla sola azione istituzionale, ma che, al contrario, la missione della Chiesa si compie in gran parte attraverso l'azione dei singoli fedeli in quanto privati, il che ha dei riflessi giuridici, non potendosi ridurre l'intero diritto canonico al solo diritto pubblico.

Nella terza parte dell'opera, forte dei dati acquisiti nel corso dell'indagine, l'autore torna sulla riflessione del diritto amministrativo canonico, ribadendo la sua nascita dopo il Vaticano II non per uno sviluppo di funzioni, ma per una riqualificazione teologica della missione della Chiesa. L'autore individua le ragioni dello statuto peculiare del diritto amministrativo canonico nella forza trascendente che opera nell'ordinamento,

nel grado della dimensione personale delle relazioni e nella corresponsabilità all'interno della comunità.

Un punto che non passa inavvertito all'autore è il carattere sostanzialmente non coattivo del diritto amministrativo canonico. Si comprende che per un amministrativista statale tale caratteristica attiri la sua attenzione. Tuttavia non sembra superfluo far notare che non mancano le misure coercitive, sebbene di natura diversa da quelle che possano esistere nell'ambito civile, oltre che la coazione non è un elemento essenziale della giuridicità.

Dalla descrizione del contenuto dell'opera si può evincere come i temi trattati offrano numerosi spunti di riflessione, specie se si considera che gli argomenti ormai noti vengono studiati sotto un'altra luce, dalla prospettiva appunto di un cultore del diritto amministrativo statale, il che rende il libro recensito assai stimolante. Una conclusione emerge con chiarezza dopo la lettura di questa opera, e cioè quanto sia proficuo il dialogo tra canonisti e giuristi dell'ambito civile, nonché arricchente per entrambi. In tema poi di diritto amministrativo, il confronto con il diritto statale occidentale pone il grande problema dei presupposti di questo settore del diritto della Chiesa e fa emergere la necessità di costruire questa materia non più sul solo principio formale di legalità, ma sui principi sostanziali della giustizia distributiva e della giustizia legale operanti attorno la funzione amministrativa ecclesiastica.

EDUARDO BAURA
baura@pusc.it

Pontificia Università della Santa Croce

CARLO FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico nella società postmoderna, Lezioni universitarie*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XVI+400.

L'AUTORE qualifica *Lezioni universitarie* questo splendido libro, in cui si coglie invece, con immediatezza, tale ricchezza di contenuto e profondità di pensiero da renderlo un contributo insostituibile per la conoscenza del diritto canonico nella società attuale.

Il libro si presenta infatti come risposta a una *sfida culturale enorme* e intende offrire una 'via mediana' per delineare una sorta di introduzione propedeutica allo studio del diritto canonico, per "comprendere le conseguenze plurime dei grandi mutamenti del pensiero e delle trasformazioni avvenute nella società moderna e postmoderna" (p. XIII).

Viviamo infatti in una società postcristiana, nella quale occorre finalmente superare il divario tra il diritto canonico tradizionale – avendone studiato a fondo i presupposti epistemologici (ivi) – e l'uomo postmoderno,

Il libro si apre con una *Introduzione*, nella quale l'Autore – con vera umiltà scientifica – si interroga sul *Perché studiare il diritto canonico* (pp. 1-15). Non sono di maniera le ragioni addotte, né si manca di rilevare gli eventuali demeriti della disciplina passata. Come in tutte le pagine del lavoro, impressiona il numero e l'attualità delle dottrine conosciute, richiamate per sottolineare i valori del diritto canonico: che vanno dalla sua universalità e struttura assiologica al peculiare perseguimento della giustizia; dallo spirito personalistico alla vocazione antropologica, capace di porre a confronto coscienza e trascendenza nell'offrire una dimensione simbolica nella

rappresentazione dell'umano e della Chiesa, quale *complexio oppositorum* e continua mediazione fra Cristo e l'umanità. Che ne danno – così si augura l'Autore, ma le pagine che seguono ne sono robusta dimostrazione – una struttura dialettica e ne fanno un 'sistema aperto' verso il trascendente.

Seguono pertanto, motivatamente, quattro ineludibili ragioni per studiare il diritto canonico: la sua rilevanza storico-giuridica mondiale; l'essere insostituibile formante della mentalità giuridica; la necessaria conoscenza tecnica e – certo non ultima – l'esame in chiave comparatistica dell'unico esperimento di diritto globalizzato realizzato sinora.

Il libro è diviso in tre parti: la *Prima* dedicata (pp. 17-120), con completezza di analisi e con non comune sensibilità e pienezza di sapere, a *Il contesto storico, giuridico, teologico*.

Sono stato avvinto dalla lettura di queste pagine. Conosciamo tutti il valore e l'apprezzamento meritato da Carlo Fantappiè come raffinato giurista delle istituzioni e del diritto della Chiesa e quale validissimo storico, nel penetrante loro studio. Del tutto al positivo, l'Autore mi sorprende tuttavia nella approfondita e documentatissima analisi, dedicata nel cap. I (pp. 19-51) a *Le sfide della modernità e postmodernità*.

Si tratta infatti – e per me è stata occasione per una riflessione intensa – di collocare l'antico diritto, che continuo volentieri ad additare come *ecclesiale*, nella presenza e nella realtà dell'oggi; nel volere fare rivivere il bimillenario *Ius Ecclesiae* in mezzo alle sfide e nella temperie di questo tempo.

La indagine muove dalla osservazione dei grandi mutamenti della società; nella fine delle ideologie si coglie uno dei profili della condizione postmoder-

na; come il presentarsi del multiculturalismo e del pluralismo e, insieme, dell'individualismo, riescano a realizzare un esasperato primato del sé. Né si manca di evidenziare le possibili submodernità e di indicarne i rischi globali.

Davvero affascinante riesce dunque l'esame della crisi culturale dell'Occidente, che sembra arrotarsi su figure emblematiche: sul piano filosofico da Nietzsche a Foucault, da Derrida a Girard, da Lyotard a Remi Brague; su quello storico-sociologico da Toynbee a Ellul, specialmente a Max Weber; da Bauman ad Amartya Sen per finire ad Huntington; su quello letterario, con il centrale Dostoevskij; su quello giuridico, infine, da Schmitt al fondamentale Kelsen, o, non tralasciando i nostrani, a Bobbio o a Natalino Irti.

Ne sortiscono temi e approfondimenti importanti, essenziali: il soffermarsi sul relativismo e nichilismo, non a caso colti in 'combinato disposto'; la regressione e il recupero della tradizione; l'uscita dal sacro e il ritorno delle religioni; l'affermarsi, non privo di limiti, della globalizzazione e della rivoluzione tecnologica, con la conseguente crisi delle istituzioni politiche e il concretarsi di nuovi poteri; il consolidarsi, infine, della rivoluzione digitale con le esasperanti pretese del potere tecnocratico.

Sì che, a piena ragione, l'evento stesso del concilio Vaticano II, all'interno di una sofferta crisi della Chiesa, finisce con il rappresentare quasi la chiave di volta tra continuità e discontinuità.

In questo ricchissimo e complesso panorama, in apposito *Intermezzo* (pp. 53-60), l'Autore non si sottrae peraltro allo studio e alla presentazione de *Le aporie del diritto canonico*.

Il rifiuto della filosofia classica e medievale, che aveva fornito le fondamen-

ta e le articolazioni al primo diritto canonico e all'*utrumque ius*, ha finito invece per attenuare i presupposti teologici, antropologici, filosofici ed etici, su cui fonda invece questo speciale diritto. Il quale, però, è continuamente chiamato a confrontarsi con gli intricati caratteri dell'uomo postmoderno, sapientemente illustrati dall'Autore: il suo essere individuo, non persona; l'essere ritenuto per natura buono; dunque, moralmente autonomo. Nel permanente confronto tra vizi e virtù, cui questi è inevitabilmente soggetto, la ricerca della sua felicità starebbe nel soddisfacimento del solo desiderio; l'appagamento e il fondamento ultimo della morale nella affermazione esclusiva di diritti soggettivi, con il conseguente suo sentirsi vincolato unicamente al contratto sociale e al dettato della legge positiva. L'uomo postmoderno, infine – come non dare ragione a Fantappiè – appare privo di una memoria storica.

Con acribia vengono studiati (cap. II, pp. 61-83) *I problemi epistemologici* del diritto.

L'Autore, giustamente convinto che la Chiesa e il suo diritto sono parte integrante del patrimonio culturale italiano, ribadisce subito la 'posizione mediana' del diritto, canonico e non. Per il primo, vale che "le verità teologiche e le tecniche giuridiche diventano rispettivamente i 'principi' e il 'metodo' con cui [...] edifica la propria costruzione concettuale (cioè la disciplina della Chiesa) con la consapevolezza che il disegno generale del sistema e la sua architettura non sono eterni ma provvisori".

Sta che il diritto, autonomo rispetto alla morale, ma non totalmente distinguibile da essa dal momento che copre un ambito più esteso della norma e della legge, in quanto più ristretto rispetto al-

la ricca trama dei rapporti umani, si pone al centro di una 'zona di scambio' tra la morale, la religione e la politica.

Ne consegue il continuo collegamento tra diritto e religione: sul piano strutturale, del rito e della tradizione come del principio di autorità e della loro universalità; su quello storico, dal momento che diritto e religione sono stati sempre intrecciati; sul piano antropologico, finalmente, poiché esiste un legame ontologico tra il male e il peccato con il diritto (Non tralascerei qui, comunque, il richiamo dell'Autore all'insegnamento di Rosmini, quando, nel rifiutarne la permanente loro tentazione, ammoniva che il perfettismo è sempre effetto dell'ignoranza).

Sì che, a ragione, l'Autore può constatare che l'essenza del diritto sta nell'equilibrio tra la possibilità del bene e l'imperfezione umana e, convinto con il Vico che la legge risulti 'strumento necessario di una mediazione necessaria' fra 'la giustizia vera e la giustizia certa', concludere per la nobiltà della funzione del diritto. Ultimamente dovuta alla sua trascendenza rispetto alla legge, per la immanente cointeressenza con una visione dell'uomo e della società.

Segue – quasi a conclusione della prima Parte e per dare ulteriore corpo e giustificazione al fecondo rivivere del diritto canonico nel momento attuale e a proiettarlo nella postmodernità – l'analisi nel capitolo terzo (pp. 85-112) su *Teologia e Diritto secolare*.

Nelle pagine è sapientemente illustrata la relazione strutturale che corre tra il diritto, la religione e la teologia; specialmente, come il diritto secolare sia impregnato di teologia.

Ne sono probanti testimonianze il diritto costituzionale – indagato con esemplare completezza – del Kelsen

(*Dio e Stato*) e la teologia politica di Carl Schmitt. (Né viene taciuta la feconda compresenza di Durkheim, Freud, Max Weber, secondo i quali tutti i fenomeni sociali sono reinterpretabili alla luce di presupposti religiosi).

Per il primo, la corrispondenza tra Dio e lo Stato moderno viene comprovata, sul piano psicologico del legame tra l'individuo e la società, che muove dal rapporto originario di identità per giungere a quello finale della subordinazione (per cui il morire per Dio equivale al morire per la Patria); su quello concettuale, secondo cui la sovranità dello Stato sulla società riesce l'analogo principale della sovranità di Dio sul mondo; sul piano giuridico, infine, con la conseguente gerarchia delle norme.

Per Kelsen, insomma, "la concezione giuridica dello Stato è la trasposizione di una concezione teologica del Dio assoluto", con la conseguenza ultima "che le pretese dello Stato moderno sui cittadini non hanno un *fondamento giuridico bensì teologico*".

Quanto al secondo, molto più contemporanea con la *Teologia politica* di Carl Schmitt è la considerazione dell'Autore di come sia stata esattamente respinta la sostituzione kelseniana della metafisica con quella delle scienze moderne, per l'incapacità del potersi giungere ad una sovranità del diritto, quando si sia rifiutato ogni concetto di sovranità (di Dio, della teologia).

Viene pertanto riproposta utilmente la dilemma e ineludibile domanda dell'allievo Böckenförde: "Di che cosa vive lo Stato e dove trova la forza che lo regge e che gli garantisce omogeneità, dopo che la forza vincolante proveniente dalla religione non è e non può essere essenziale per lui?".

Seguono pagine di rara efficacia – alla

cui lettura si fa necessariamente rimanendo, perché si tratta di lucide prese di posizione su temi e principi più generali – dedicate alla dialettica continua tra Chiesa e Stato, esposta storicamente, e al complesso rapporto tra la teologia e il diritto penale: al dualismo cristiano, dunque, e alla problematica relazione tra valori religiosi e quelli politici, sfociata finalmente nella realtà attuale della doppia appartenenza del cittadino – fedele.

Si presentano pertanto, affrontati in pagine sapienti, temi ed interrogativi fondamentali: il primo, appunto, *Democrazia contro dogma?* Viene qui richiamata la dottrina di Weber, sostenitrice del politeismo dei valori e della affermazione del pluralismo in luogo della visione dogmatica della verità. Ma non vengono trascurate le posizioni di Zagrebelsky, che opta per una democrazia critica, riflessiva, rispettosa del pluralismo e quella, più aspra, di Rusconi.

Alla prima sembra aderire il Nostro, il quale si dichiara alla ricerca di un giusto equilibrio tra il relativismo delle opinioni dei laici e la verità assoluta del credente. Stanno, soprattutto, le motivate e convincenti conclusioni: "Il *laico* che non crede in una verità assoluta non per questo non fa affidamento su valori oggettivi [...] Il *credente* [...] d'altro canto, non dovrebbe accogliere il dogma ecclesiale senza avere la consapevolezza della *gerarchia delle verità cristiane*".

Non si perviene però al relativismo; anzi, a una migliore comprensione della propria fede: "Secondo la Chiesa cattolica la sostanza della verità rivelata non cambia nel tempo, resta immutabile. Cambia invece il grado di comprensione da parte della Chiesa e del credente, perché la verità si approfondisce e si definisce meglio a contatto con l'esperienza religiosa e con la cultura".

Ne segue l'interrogativo parallelo, se possa darsi un *Diritto senza verità*? Alla risposta negativa di Irti, secondo cui solo la negazione della verità riesce a liberare gli spiriti, l'Autore oppone il pensiero di Häberle, per il quale si dà invece la rilevanza giuridica della verità, che va intesa come valore, se condivisa con altre dimensioni: ad es., quelle della giustizia e del bene comune.

Viene proposto in tal modo il permanente confronto e il sofferto interrogativo sulla *Ragione secolare e verità religiosa*. Il riferimento di Fantappiè è ad Habermas, che, quando si diano teologie razionali, ha la religione e la teologia come serbatoi di senso per la ragione critica postmoderna, e alle robuste considerazioni di Ratzinger, che considera giustamente il diritto come un limite permanente e mai solo prodotto del potere, anche per il continuo suo sapere trascendere dal diritto del più forte alla sua intrinseca forza.

Alla grande scommessa se sia possibile una 'differenziazione funzionale' (Luhmann) tra il patrimonio culturale di cui sono portatrici le religioni e la capacità progettuale degli Stati, ferma e chiara – direi risolutiva – appare dunque la risposta dell'Autore, che la avverte e indica come positiva, "sempre che sia in grado di rispettare la rilevanza pubblica delle religioni e, al tempo stesso, non porti alla collisione con i principi della laicità della democrazia costituzionale".

Arricchiti dall'impareggiabile patrimonio di raffinata cultura generale e di approfondita conoscenza del diritto, offerto ai propri studenti universitari – ma, si ripete, in realtà al giurista e ad ogni canonista – si perviene alla *Parte Seconda*, dedicata a *La tipicità dell'ordinamento canonico* (pp. 115-217): a una trattazione, dunque, più consueta del nostro diritto.

Quale differenza e quanta finezza nello studiare, nei tre capitoli che la costituiscono, gli aspetti fondamentali del diritto della Chiesa: nel prospettare antichi temi e problemi; nell'individuare ed esplorarne, apertamente, nuovi; nell'usare permanentemente una sapiente lettura, da storico raffinato, da giurista colto, da uomo critico, aperto e di fede (soccorre qui, agevolmente, il *sentire cum Ecclesia*).

Per Fantappiè, per il quale (cap. IV, pp. 115-151) occorre risalire alle radici bibliche della Chiesa, si pone subito l'interrogativo di come si possano coniugare, insieme, diritto e salvezza: la dimensione religiosa (storico-salvifica) della Bibbia con quella giuridica (normativistica) dei codici.

Nel costatare come ebraismo e cristianesimo abbiano in comune il riferimento a Dio, che opera la salvezza, e come questa si attui nella storia, tratteggiando i caratteri fondamentali e il valore indissolubile della Parola e del Sacramento, il Nostro affronta il tema di *Carismi e diritto*: in pagine intense, sentite, nelle quali, pur nella convinzione che "l'istituzione, anziché comprimere la libertà umana, la potenzia, la eleva e la nobilita col permettere ai singoli individui di poter sviluppare maggiormente le proprie capacità creative" e che, pertanto, le religioni incarnino 'sfere di mediazione', non ne tace, con gli indubbi aspetti positivi, l'insorgere delle ambiguità.

Si propone così, masso erratico da non riuscire ad aggirare inconsapevolmente, il dilemma di *Legge e Vangelo*. Sono pagine ricche, appassionate, da doversi quasi riprodurre nell'interesse. Nella impossibilità di farlo nel contesto della recensione, non può non condividersi come non sia vero che il diritto si oppone al Vangelo; ma la verità anche,

di come il Vangelo non si identifichi con il diritto.

Seguono meditate riflessioni sul senso e ruolo della legge per san Paolo, alla cui conclusione sta la convinzione della preminenza della legge della Redenzione su qualsiasi altra, e del mutamento nel tempo del concetto di *salus animarum*, in una prospettiva ultima, esclusivamente soggettiva, spiritualistica e ultramondana, che ha finito di ripercuotersi in quella storico-universalistica, non soltanto ultraterrena, della Chiesa del Vaticano II.

La Chiesa medesima si è trasformata continuamente: dalla iniziale rappresentazione di corporazione, attraverso i molti altri modelli additati (gregoriano, tridentino, di *societas perfecta*) – per davvero *Sostanza e forma nell'ordinamento canonico* vengono vissute in pagine splendide – si è pervenuti alla sua immedesimazione con il popolo di Dio, non dimentico di essere guidato da una originaria triplice *lex: credendi, orandi, vivendi*. Sempre che essa sappia cogliere – come mostra apertamente l'Autore – la duplice funzione spirituale e pedagogica di norma ordinata al bene comune della Chiesa e all'amore di Dio.

Nel cap. v, *Il corpus delle fonti divine e umane* (pp. 153-183), non ci si trova innanzi a una tralatizia rappresentazione del diritto divino, nelle sue forme, e di quello naturale, umano. Fantappiè guarda all'ordinamento giuridico della Chiesa nella comparazione con gli altri; la esamina – meglio, occorrerebbe dire: la vive – come una complessa realtà comunione, il corpo mistico di Cristo, e, alla luce dei convincenti insegnamenti di Capograssi, di Pio Fedele, di Simone Weil stessa – pienamente fedele alla interpretazione innovativa del Vaticano II (specie di *Lumen Gentium*) – la qualifica

come 'ordinamento degli ordinamenti'. Per lui, l'ordinamento è per davvero uno 'stare dentro la vita'; da qui l'osservazione, avvertita e appassionata, che – più di ogni altra istituzione – la "Chiesa si pone in un rapporto particolare con lo spazio e il tempo dell'esperienza umana: ne oltrepassa le dimensioni usuali e ordinarie".

Da qui, l'Autore avvia dalla Bibbia il procedimento della 'formalizzazione giuridica' del diritto divino e ammonisce come la sua conoscenza sia sempre perfettibile, mai assoluta. Da qui, anche, la speciale attenzione a tutte le forme della Tradizione, nella interpretazione evolutiva del diritto naturale, la cui quintessenza consiste da ultimo nella regola aurea del 'Fai il bene ed evita il male', che per davvero ne include tutti i grandi principi.

Da qui, ancora e specialmente, la compiuta analisi de *La legge morale e la coscienza*: in pagine sapienti, che meritano di essere attentamente centellate. Scrive del valore della coscienza, che sia però retta, e della permanente contraddizione – già bene evidenziata in san Tommaso – del poter credere totalmente a sé. Per arrivare in tal modo, in maniera del tutto convincente, alla conclusione che la giustizia ha da essere, sì in piena conformità alla legge; ma come questa debba risultare ispirata costantemente da 'un *metadiritto anteriore a tutto il diritto posto*'.

Ne deriva che nel cap. vi: *La norma canonica e la sua flessibilità* (pp. 185-217), oltre ad illustrare con giudizio critico e penetrante gli istituti della flessibilità canonica (*aequitas*, dispensa, privilegio, dissimulazione e tolleranza) – nella esatta considerazione che proprio l'equità canonica si pone come "principio generale superiore alla legge", e che pertanto

riveste “il valore di ‘norma fondamentale’ di tutto il sistema” –, l’Autore guardi in particolare al rapporto tra la norma e il soggetto, alla stretta relazione che corre con la sua coscienza.

Ne consegue l’approfondito esame del confronto tra foro interno e quello esterno, per trarne la valida conclusione, già di Guido Saraceni, che “il foro interno importa una valorizzazione della *volontà del singolo fedele*, fino a farlo divenire il vero e proprio ‘organo attuativo’ dell’ordinamento giuridico canonico”.

Così che, nel segnalare l’apporto del Vaticano II in una più meditata concezione della legge, Fantappiè non si sottrae all’esatto rilievo di come manchi sostanzialmente l’apporto dei fedeli alla sua creazione.

Nella accurata assunzione di ogni realtà, non di quella normativa soltanto, sta infine la *tipicità dell’ordinamento canonico*: il *bonum animae* e la *ratio peccati*; quella *scandali* e la *ratio* – giustamente ripresa e rinvigorita nella ultima esperienza conciliare – *boni perficiendi*; la permanente ricerca della *utilitas Ecclesiae*.

Si perviene, così, alla *Parte Terza*, nella trattazione de *La Chiesa, i fedeli, il governo* (pp. 221-399): nella esposizione concreta, dunque, del diritto canonico, in cui colpisce, oltre alla totalità dello studio, la raffinatezza della presentazione. Credo poi possa esserne motivatamente apprezzata la triplice partizione, per la modernità della suddivisione dei capitoli che la sostanziano.

L’Autore muove, nel cap. VII, da *La Chiesa realtà complessa* (pp. 221-250) e presenta i mutamenti intercorsi dal Vaticano I al II per qualificarne da ultimo la natura di popolo di Dio, di comunità e di società. La perspicacia dello Studioso – e altrettanta desidererei in quanti, studenti e non, leggono queste nitide pagi-

ne –, si coglie nella felice individuazione dei principi costitutivi della sua struttura. Tra i quali, vorrei qui sottolineare la centralità del carisma; il motivato richiamo alla uguaglianza fondamentale dei *christifideles*; la sua dimensione universale-particolare, con la trasformazione delle Chiese particolari da strutture giurisdizionali in realtà costituzionali; l’applicazione del principio di sussidiarietà; il governo gerarchico-sinodale.

Ne vengono presentate sia la triplice funzione, di insegnare, santificare, governare, che i soggetti – persone fisiche e giuridiche – che la compongono. Quanto ai diritti e doveri comuni dei fedeli, a me piace ricordare, specialmente, la particolare insistenza dell’Autore che “nella Chiesa non sono assoluti (insaziabili, del resto), ma funzionali all’attuazione piena di ciascun fedele della propria funzione”: nella Chiesa, di fatti, è certamente vera la preminenza dei doveri rispetto ai diritti.

Nel cap. VIII (pp. 251-281), *Gli stati di vita del cristiano e il matrimonio*, nei quali si trascorre agevolmente dall’immagine del *self-made man* contemporaneo a quella dell’uomo vocato alla trascendenza, all’assoluto di Dio, sono configurati, adeguatamente, i tre stati di vita del cristiano: clericale, laicale, di vita consacrata. Ne è esemplarmente corretta la trattazione; così pure quella, apposita, sul matrimonio, nel quale i coniugi – è profonda mia convinzione – sono chiamati – come del resto è per ogni *status* di vita – ad una testimonianza anche escatologica. Quest’ultima, certo richiesta nei consacrati, rispetto ai quali trovo corretta la sottolineatura ultima dell’Autore, dell’esservi una rilevante differenza tra l’assetto gerarchico e la struttura totale della Chiesa, la quale infatti prevede questa forma di vita con

carattere extra-gerarchico, carismatico precisamente, che proviene dagli impulsi dello Spirito.

Intense, le direi vibranti, le pagine che l'Autore dedica nel cap. ix a *La potestà sacra* (pp. 283-315), nel cuore stesso della vita ecclesiale. Non posso riprodurre qui le importanti conclusioni, che se ne possono trarre; ma sono realmente tanti le riflessioni e gli ulteriori spunti, da ricavare.

Così, dal dimostrare il passaggio, nella continuità, dalla *iurisdictio* al *munus*, avvertendo peraltro, con sapiente acribia, che "fra il fondamento originario e il punto di arrivo attuale corre una distanza assai grande, e che le formulazioni con cui sono state espresse queste attività potestative risentono dei condizionamenti dei tempi".

Come dopo il Vaticano II occorra sapere conciliare la realtà dei *tria munera* con la bipartizione tradizionale della *potestas ordinis* e di quella *iurisdictionis*. Come anche, nella Chiesa, debbano occorrere sempre – e coincidere – il principio di legalità e quello di legittimazione; di quanto sia vero il riferimento dottrinale a Carl Schmitt nella loro distinzione e come la potestà d'ordine agisca quale principio di legittimazione del potere sacro inteso nel suo complesso, mentre quella di giurisdizione funziona come il principio di legalità nel conferimento e nella regolazione della sua attività.

Approfondito e sapiente risulta l'insegnamento della profonda differenza che corre nell'agire *in nomine* o, invece, *in persona Christi*. Così l'ampia trattazione sulla funzione amministrativa e sul servizio attesone; sulla possibilità di conflitto tra fedele ed autorità; come nella Chiesa la giustizia amministrativa continui ad apparire come "una disciplina o una scienza *in fieri*, lasciata perlopiù alla

dinamica creatrice della giurisprudenza" (Montini). Come anche, peraltro, nella Chiesa postconciliare si sia avuto un irreversibile "passaggio dall'idea soggettiva e paternalistica di potestà all'idea oggettiva e garantistica di funzione [...] dal senso unilaterale di dominio-soggezione a quello bilaterale di dominio-dovere" (Zuanazzi).

La potestà sacra differisce profondamente – nella perentoria conclusione dell'Autore – da quella politico-statuale della modernità giuridica: per la "origine divina, per la forma gerarchica, il carattere personale e lo spirito di servizio, per la sua estensione ai diversi aspetti dell'uomo e per il suo scopo eminentemente spirituale".

Credo che il cap. x su *Il sistema disciplinare e penale* (pp. 317-350) possa aversi come una completa, acuta e profonda trattazione sul diritto penale nella Chiesa.

Perché Fantappiè – non volendo limitarsi alla sola presentazione della normativa vigente – muove correttamente da "una prospettiva storica che [...] permetta di rintracciare e identificare le premesse bibliche, i vari passaggi intermedi, i condizionamenti storici e il complesso dei motivi che hanno condotto all'edificazione del sistema penale canonico".

Percorre il cammino con ricchezza di riferimenti storici e culturali: dai fondamenti biblici alla prassi penitenziale della Chiesa; da questa a quella penale. Ne viene puntualmente descritta sia la genesi che la progressiva realizzazione, con la nascita della procedura romano-canonica (sec. XII-XIII), l'affiancamento della procedura inquisitoriale a quella accusatoria e la individuazione dell'intero apparato delle pene canoniche.

Sono anche rimarchevoli, a mio giu-

dizio, l'approfondimento e la illustrazione del farsi del diritto penale attuale nel concilio Vaticano II, sino a coglierne il diverso spirito nel codice del 1983.

Vengono in tal modo sapientemente elencati i principi generali, che nella revisione dell'attuale libro sesto del codice consentono di poter ritenere che si sia effettivamente trascorsi da una mera giuridicizzazione alla spiritualizzazione del diritto penale: tra essi, sottolineerei volentieri, oltre alla riduzione del numero delle pene e una migliore applicazione del principio di sussidiarietà, il liberante recupero del peculiare legame tra giustizia, *aequitas* e carità, che per davvero dovrebbe (o, sia consentito: avrebbe tendenzialmente dovuto) "plasmare il rinnovamento dell'intera legislazione penale".

Completo è anche lo studio sulla strategia disciplinare della Chiesa, che muove dalla discrezionalità dell'azione penale per culminare in una penetrante e decisiva azione pastorale.

Condividerei infine, con convinzione, le peculiarità che l'Autore addita per il diritto penale canonico: non soltanto per la richiamata combinazione complementare e la progressiva differenziazione della disciplina penitenziale con quella disciplinare o, anche, per la permanente dialettica interna tra sanzione-pena, giustizia-carità, disciplina-misericordia. Meritano infatti di essere qui sottolineati con particolare vigore i profili e i principi che l'Autore addita sapientemente: il permanente 'dinamismo teologico', che consentirebbe il passare dalla colpa alla pena, attraverso il pentimento e la espiazione, e allo stato ultimo di uomo non colpevole: libero. Centralità dunque, continua, nell'ordinamento della Chiesa della persona e insopprimibile valore della sua coscienza:

il diritto penale canonico, infatti – quanta ragione ha il nostro Autore – “non può non essere aperto alla trascendenza”.

Le dinamiche di governo della Chiesa (cap. XI, pp. 351-384) sono illustrate da Fantappiè specialmente con l'accurato studio sul principio gerarchico-sinodale e la nuova articolazione fra la sua dimensione universale e quella particolare.

Vorrei sottolineare qui il riuscito approfondimento sulla evoluzione del primato petrino, nella relazione fra la essenza e le forme storiche assunte e gli attuali criteri nel suo esercizio; la collegialità affettiva ed effettiva dei vescovi; gli organismi di collaborazione del primato, che sfociano da ultimo nella istituzione, nuova e di ricche articolazioni, del Sinodo dei vescovi: “Organo consultivo primaziale (Arrieta), dove si manifesta l'affetto collegiale dei vescovi e la loro corresponsabilità nella sollecitudine del papa per l'intera Chiesa”.

Né può tralasciarsi una attenta riflessione sulle pagine che l'Autore dedica alla riforma di papa Francesco (c.a. *Episcopalis communio*), il quale introduce per il Sinodo, accanto alla comunione, alla corresponsabilità e alla collegialità affettiva, proprio la sinodalità, mediante la consultazione di tutte le Chiese particolari, per farne lo “strumento adatto a dare voce all'intero popolo di Dio”.

Si perviene in tal modo – quasi con rincrescimento – alle ultime, bellissime pagine delle *Conclusioni: postmodernità, Chiesa e diritto canonico* (pp. 385-399), ognuna delle quali – come di chiusura e in felice sintesi del fecondo e ricchissimo pensiero dell'Autore – merita di essere conosciuta, capita e meditata a fondo.

Si va dalle continue pregresse mutazioni alla dimensione attuale della 'società postsecolare' (Habermas), in cui è dato assistere alla rinascita e trasfor-

mazione del religioso e alla sua nuova centralità nella sfera pubblica, alla consapevolezza – propria all'uomo 'post-moderno', esperto dei limiti di quanto l'ha preceduto (crisi dell'ideale umanistico e solidaristico; disintegrazione dei legami sociali; individualismo utilitaristico: di un microuniverso, dunque, senza profondità storica e metafisica) – del doversi porre la domanda problematica su quali siano i valori che la religione può offrire in un nuovo recupero creativo: “il senso della finitudine umana, la singolarità dell'individuo, il valore essenziale dell'interiorità, l'importanza dei vincoli sociali, l'azione orientata al bene e alla responsabilità comune, l'esperienza del dono e della gratuità, la vita di fede come impegno storico e non come rifugio psicologico consolatorio”.

Qui arrivati, occorrerebbe per davvero seguire passo passo l'Autore nella penetrante lettura che dà della post-modernità e del comune destino, che ci coinvolge.

Come non concordare con Lui, che interpella anche la voce autorevole di papa Francesco per uguali accenti, sulla esigenza di una 'modernità riflessiva' sulla dimensione globale dei problemi verso la 'comunità di destino', che suona in perfetta sintonia con l'universalizzazione del cristianesimo?

Da qui, quasi in una simbiosi intenzionalmente avvertita, il constatare come la mentalità postmoderna presenti una cultura in transizione e in trasformazione, che – nella attesa riforma – sappia farsi autoriforma, coinvolgendo la Chiesa e il suo diritto.

L'invocata *paideia*, la *humanitas*, tradursi in una permanente metanoia, capace di offrire una dimensione spirituale all'uomo, di conciliare regole e vita, disciplina e spiritualità: ecco, con altre, la

novellata funzione pedagogica del diritto canonico.

Allo stato psicologico dell'uomo post-moderno, intriso di continua incertezza, predisposto ad “aspettare l'inatteso”, l'ancoraggio sicuro in mezzo ai flutti sta – da comprendere prima compiutamente; da tradurre e realizzare, poi, con impegno continuo – nella capacità di reinventare la grande tradizione da cui proviene: sono qui il suo coraggio, quello stesso della Chiesa, del diritto canonico.

Nel recuperare la tradizione si fa feconda la collaborazione e l'autolimitazione, pretese da Habermas – quasi in un apprendimento reciproco – tra la ragione secolare, la fede teologica e la democrazia: incide infatti anche sul giuridico, costretto a muovere da una concezione 'monoteistica' a quella 'politeistica' delle fonti.

Sta in questo la *posizione eccentrica* del diritto canonico, capace di riuscire per l'intero ordinamento giuridico della Chiesa – preferisco richiamare qui le stringenti riflessioni dell'Autore, nelle medesime sue espressioni – “un modello peculiare di diritto che, per le sue radici teologiche e le sue finalità spirituali, non solo ha saputo creare, in simbiosi col diritto civile, una civiltà giuridica nel lontano medioevo ma continua a porsi come indispensabile alternativa dialettica e pietra di paragone per gli ordinamenti vigenti, perché in grado di tutelare l'ancoraggio alla sfera dei valori e l'orizzonte antropologico della prospettiva giuridica”.

A questo alto compito invita, conclusivamente, l'Autore: tale è la permanente cura dell'uomo post-moderno, del giurista, del canonista, tutti chiamati verso una 'nuova civiltà mondiale' e multiculturale, fondata sulla 'giustizia fra le nazioni'.

In questa direzione, non manca la metamorfosi stessa del concetto di salvezza. Per la Chiesa la *salus animarum* è per tutti gli uomini e di tutto l'uomo, universale e integrale: motivatamente, pertanto, il *Diritto canonico nella società postmoderna*, che Fantappiè ha saputo leggere profondamente e presentare lungo tutte le pagine con particolare competenza, è chiamato ad avvertire, di continuo, il divario incolmabile tra la 'forma' storica che assume, e la sua impreteribile 'sostanza' divina'.

Si tratta dunque di un volume, unico, straordinariamente ricco e attuale.

Le sue pagine, pensate e meditate ad una a una, con vigore concettuale e con probante chiarezza espositiva – certo per gli studenti universitari, ma in modo eguale, pienamente appropriato, per ogni studioso –, sanno davvero 'rigenerare' il diritto canonico: riportarlo alla Chiesa, come alla radice prima, e proiettarlo, coerentemente, nel suo *non ancora*. A farla *nel già* e – mi pare questo l'apprezzamento più vero e meritato –, non solo a conoscerla: per come è stata e per come è; per pensarla e indirizzarla verso il futuro; nel suo riuscire *communio* straordinaria di Cristo, *ecclesiae* e *ecclesiarum*. Specialmente, a farla amare.

RINALDO BERTOLINO
 rinaldo.bertolino@unito.it
 Professore emerito
 di diritto canonico
 nell'Università di Torino

JAVIER HERVADA, *Critical Introduction to Natural Right*, Montreal, Wilson & Lafleur, 2020, pp. 136.

LA nuova edizione inglese del libro fondamentale di Javier Hervada, uscito già 40 anni fa, offre un'opportunità

supplementare di rendere omaggio al Canonista scomparso l'11 marzo 2020. Questa seconda edizione inglese propone al pubblico anglofono una nuova traduzione, più fedele all'originale. Una nuova traduzione offre sempre il pregio di proporre alcuni miglioramenti, ma si protrarrebbe comunque chiedere in quale misura fosse necessaria. La risposta, che giustifica anche la pubblicazione di una recensione, risiede in un aspetto appunto nevralgico della comprensione della natura del diritto.

Critical Introduction to Natural Right è una opera originale, relativamente breve, essenzialmente didattica, che segna un punto d'inflexione importante nell'itinerario intellettuale di Hervada, quando passò da una concezione dell'ordine giuridico basata sulla nozione di ordinamento giuridico ad una visione del diritto come ciò ch'è giusto. Profondamente illuminato da una rilettura di san Tommaso, Hervada ritrovava, sulla scia di Michel Villey, il senso genuino del realismo giuridico classico. Con una prospettiva più didattica e meno polemica di Villey, Hervada desiderava proiettare questa luce sulle problematiche giuridiche contemporanee della filosofia del diritto. Sapeva al contempo che ciò supposeva porre uno sguardo critico sulla comprensione ordinaria dei concetti di legge e di diritto: la sua introduzione risultava quindi "critica" in questo senso.

Hervada faceva notare che il diritto non si potesse ridurre né alla sola legge ("law", nel senso di ordinamento normativo), né al diritto soggettivo, cioè la facoltà o il potere di esigere una libertà (ossia "rights" nel senso di "claims"). Ci troviamo di fronte a una distinzione chiave per capire il senso realista del diritto. Nella *Critical Introduction*, il diritto, "right", non designa quindi una fa-

coltà, ma un oggetto concreto, una cosa giusta, che appartiene ad una persona in virtù di una attribuzione precedente. Questo bene giuridico, o diritto nel senso realista, può essere inerente alla persona stessa (come lo sono la vita o la libertà, in virtù della natura umana) o può consistere in una cosa che gli è stata attribuita in virtù di un titolo (determinato da una legge positiva, da un contratto, da un testamento). Tale attribuzione primaria fa sì che le altre persone abbiano un obbligo di dare o di rispettare questo bene, creando così una relazione inter-soggettiva di natura giuridica, implicando dei diritti e dei doveri di giustizia. Le nozioni di diritto e di legge vengono così chiarificate. Una norma o legge ("law") è giuridica quando costituisce, determina o dichiara ciò che è giusto, mentre la facoltà di rivendicare un diritto ("rights" in senso di "claims") è la conseguenza dell'esistenza di un diritto: la facoltà è quindi secondaria, e non è il diritto stesso. In questo modo, Hervada ricostruisce il legame tradizionale tra diritto naturale e diritto positivo. Queste spiegazioni preliminari giustificano questa nuova traduzione, che risolve un aspetto non del tutto chiaro nella prima versione inglese del libro, come vedremo.

Ora, come possiamo tradurre "ciò che è giusto" in inglese? In molte altre lingue, si usano termini come "derecho" nell'originale spagnolo. Questo termine ordinariamente denota la norma o il diritto soggettivo, ma può anche essere esteso a denotare ciò che è giusto, o il diritto in senso oggettivo, come lo intende e lo usa Hervada. Non si può quindi usare il termine "law", dato che "ciò che è giusto", anche se oggetto di norme giuridiche, non costituisce una norma, ma un bene giuridico. Il termine "right"

rimaneva l'unica opzione possibile. Il rischio inerente all'uso del termine "diritto" è però che questo termine è comunemente usato in inglese per denotare i "diritti soggettivi" che sono essenzialmente la facoltà di rivendicare qualcosa, e non il diritto come bene giuridico.

La nuova traduzione ha felicemente assunto questo rischio e la *Critical Introduction to Natural Law* è diventata *Critical Introduction to Natural Right*. Essa distingue inoltre i due significati dell'espressione originale "derecho natural", utilizzando "natural right" quando si tratta dei beni che sono giusti secondo natura, e "natural juridical law", quando riflette su quella parte della legge naturale che riguarda i diritti naturali. D'altra parte, quando il termine "derecho" è usato in un senso ampio che comprende sia "law" che "right" (specialmente nel capitolo VII), la traduzione ricorre ad espressioni generiche, come "the juridical" o "the juridical domain", o usa contemporaneamente sia "law" che "right".

Questo lavoro di traduzione va quindi oltre le scelte puramente linguistiche e procede da una vera riflessione filosofica, che mette a fuoco una ambiguità tuttora molto diffuse nell'ambito anglo-sassone (e non solo). L'utilizzo sbagliato delle parole "right" e "law" ha infatti oscurato la comprensione e la piena recezione del realismo giuridico, ma ha anche reso sterile alcune controversie. Pensiamo tra l'altro a quella tra Michel Villey e Brian Tierney sulla nozione di diritto soggettivo, che nasce in gran parte da un fraintendimento sul senso di "right" e "law", rispettivamente attribuite al diritto soggettivo e al diritto oggettivo nel pensiero di Tierney, mentre designavano invece per Villey rispettivamente il diritto oggettivo nel senso realista e la norma. Nella *Critical*

Introduction, il problema diventava maggiore, perché si trattava di una opera, il cui scopo consisteva precisamente nel distinguere “diritto” e “legge”. Speriamo che questa traduzione contribuisca a chiarire nuovamente alcune confusioni, e susciti il desiderio di scoprire più ampiamente l’opera di Javier Hervada.

THIERRY SOL
t.sol@pusc.it

Pontificia Università della Santa Croce

ALICE DE LA ROCHEFOUCAULD,
CARLO M. MARENGHI (eds.), *Education as a Driver to Integral Growth and Peace – Ethical Reflections on the Right to Education*, Ginevra, The Caritas in Veritate Foundation, 2019, pp. 442.

IL 12 settembre 2019, il Santo Padre ha rivolto un accorato Messaggio per esprimere un suo grande desiderio e raffigurare una significativa sfida globale, da realizzare con urgenza: “Mai come ora, c’è bisogno di unire gli sforzi in un’ampia *alleanza educativa* per formare persone mature, capaci di superare frammentazioni e contrapposizioni e ricostruire il tessuto di relazioni per un’umanità più fraterna. [...] Un’alleanza generatrice di pace, giustizia e accoglienza tra tutti i popoli della famiglia umana nonché di dialogo tra le religioni”.

Il mondo di oggi è in costante evoluzione e sono diverse le crisi che stanno emergendo, questo richiama una nuova visione e richiede delle profonde trasformazioni; e qualsiasi tipo di cambiamento richiede dei processi educativi nuovi per assicurarsi “leave no one behind”. Il potenziale educativo, diventa, allora, fondamentale non solo come strumento di crescita integrale, ma anche come

catalizzatore di dinamiche trasformatrici e valorizzanti. Infatti, il diritto all’istruzione, se inteso come un diritto economico, sociale e culturale, diventa una condizione necessaria per garantire molti altri diritti, incluso il diritto alla salute, il diritto alla sicurezza sociale, e il diritto al lavoro. L’educazione è, quindi, da una parte, un diritto civile e politico, senza il quale le persone non possono realizzare le proprie libertà, e dall’altra parte, si presenta come un diritto che conferisce maggiori possibilità, permettendo agli individui di formarsi e prepararsi ad una vita responsabile all’interno di una società libera.

Purtroppo, attualmente viviamo in una situazione in cui 258 milioni di bambini e giovani in tutto il mondo, secondo le stime dell’UNESCO, non hanno accesso all’educazione, e sono soggetti continuamente a violazioni. Le diffuse crisi e i cambiamenti globali costituiscono sicuramente una sfida anche per l’istruzione, ma possono costituire anche opportunità stimolanti, se affrontati con un approccio basato su una visione che considera “l’educazione come un’ampia varietà di esperienze umane e processi formativi che permettono di sviluppare, individualmente e in comunità, personalità, autostima, confidenza, talenti e abilità, e di vivere una vita soddisfacente e dignitosa”.

A riguardo, il 30esimo anniversario della *Convenzione sui Diritti del Fanciullo* (20 novembre 1989) è stato un’occasione unica per prendere coscienza dei significativi progressi fatti dall’adozione della Convenzione e per celebrare uno tra i suoi diritti più edificanti: il diritto all’educazione. La Convenzione sui Diritti del Fanciullo è una pietra miliare nel *framework* internazionale dei diritti umani, e rappresenta il trattato maggiormente

ratificato nella storia. Basa, infatti, le sue radici nel fondamentale principio, che considera il bambino come una persona con i propri diritti e le proprie responsabilità, che hanno bisogno di essere protetti, promossi e rispettati. Ne riconosce, quindi, la dignità umana e sottolinea l'urgenza di assicurare il benessere e lo sviluppo integrale dei minori. Come previsto nell'Art. 29 della Convenzione, l'educazione deve aspirare allo sviluppo della personalità, dei talenti e del potenziale propri del bambino; il rispetto del bambino per i diritti umani; il rispetto del bambino per i propri genitori, la propria identità culturale, la lingua, i propri valori culturali e del proprio paese; ed il rispetto per l'ambiente.

Queste sono le premesse su cui ruota la nuova pubblicazione *Education as a Driver to Integral Growth and Peace – Ethical Reflections on the Right to Education*, redatta dalla Missione Permanente della Santa Sede presso l'Ufficio delle Nazioni Unite a Ginevra e dalla Fondazione *Caritas in Veritate*. Il testo è frutto di una stretta e proficua collaborazione, che fa conto di un consolidato *expertise* di rappresentanti del mondo accademico, delle istituzioni internazionali, delle organizzazioni internazionali e della società civile. Il lavoro si propone di analizzare il diritto all'educazione, offrendo alcune linee guida per strutturare il dibattito internazionale legato alle questioni sull'accesso all'istruzione e proporre delle buone pratiche contro le minacce alla qualità della formazione. Integrando ad una riflessione etica sul diritto, una prospettiva "dal campo", il testo dà così voce a chi, realizzando il proprio compito di portare alla luce le risorse più preziose dell'animo e di formare persone aperte alla realtà, dedica la sua vita e la sua

carriera alla ricerca di un'educazione inclusiva e di qualità.

La metodologia seguita nella pubblicazione, pur non essendo esaustiva, divide il testo in due sezioni. La prima, "Educazione come veicolo per la crescita integrale e la pace", dona una parziale visione del quadro legale sulla tematica dell'educazione, mantenendo come punto di riferimento la Convenzione sui Diritti del Fanciullo (in particolare gli articoli 28, 29). Riflette, poi, sull'importanza e il valore dell'educazione, ed infine si sofferma sulla difficoltà di assicurare un'educazione di qualità ed inclusiva. La seconda sezione, invece, "La Chiesa e l'educazione", consiste nella raccolta di alcuni testi selezionati sull'impegno della Chiesa nel settore educativo, introdotti da due articoli: il primo di Sua Eminenza il Cardinal Giuseppe Versaldi, Prefetto della Congregazione per l'Educazione Cattolica, e il secondo, dal Dr. Philippe Richard, Segretario Generale dell'Ufficio Internazionale dell'Educazione Cattolica (OIEC). Questa seconda parte non si deve intendere come raccolta onnicomprensiva e, lungi dal rispecchiare la complessità della Dottrina Sociale della Chiesa, mostra, ciò nonostante, il ruolo vitale che gioca la Chiesa nell'educazione da oltre 2000 anni.

Come già anticipato, la prima sezione sviluppa 4 argomenti principali: il quadro legale internazionale, educazione e valori, educazione di qualità, educazione inclusiva. Per ciascun capitolo, è stato proposto un approccio duale: il primo accademico-teoretico, approfondito, poi, da "voci dal campo" ed esperti che lavorano per promuovere il diritto all'educazione sul terreno (per la maggior parte di organizzazioni, associazioni o congregazioni religiose). Il lavoro infaticabile degli attori sul campo è, in-

fatti, essenziale, poiché il loro contributo, pur calato nelle specificità e diversità dei carismi e confessioni, proietta nella discussione sul diritto ad “un’educazione di qualità ed inclusiva” una visione basata sulla persona umana.

Nell’Editoriale introduttivo, Quentin Wodon, *Lead Economist* presso la World Bank e Ricercatore Distinto presso il Kellogg Institute dell’Università di Notre Dame (Indiana), dedica un inciso iniziale ai limitati progressi conseguiti ad oggi con rispetto ad “un’educazione inclusiva e di qualità per tutti” (Obiettivo per lo Sviluppo Sostenibile n. 4). Wodon passa poi ad un’analisi che ha 4 obiettivi: 1) Documentare l’impatto dell’educazione su altri *outcome* di sviluppo, in quanto l’educazione, non solo porta benefici di per se’, ma comporta un impatto esteso sulle opportunità e possibilità future; 2) Enfatizzare il bisogno di migliorare l’apprendimento, prescindendo dalla scolarizzazione, alla luce del concetto dell’economista, secondo cui: “La scolarizzazione è necessaria per l’apprendimento, ma l’apprendimento è anch’esso necessario per la scolarizzazione”; 3) Riconoscere l’importanza di un’educazione di “carattere” e di valore, poiché la crescita integrale e/o lo sviluppo integrale umano intendono una crescita di tutta la persona, anche in termini dei valori che questa acquisisce; infine, 4) Evidenziare il particolare contributo delle scuole religiose, tenendo in conto anche la problematica della *partnership* con scuole pubbliche nazionali e il sistema scolastico pubblico.

Rispetto al contenuto dell’opera, il primo capitolo della pubblicazione si focalizza sull’analisi legale del quadro internazionale sul diritto all’educazione, e fornisce un *overview* degli strumenti delle Nazioni Unite volti a promuovere tale

diritto. L’orientamento internazionale è poi reindirizzato nei contesti regionali e locali, esaminati rispettando un equilibrio regionale ed una parità geografica. Il secondo capitolo, invece, introdotto da una riflessione della Dott.ssa Chantal Paisant, Preside Onorario della Facoltà di Educazione dell’Istituto Cattolico di Parigi e Rappresentante di BICE presso l’UNESCO, sottolinea il ruolo dell’educazione come strumento per costruire società inclusive e come mezzo che invita a riscoprire la ricchezza dell’altro. Come poi ricorda Alfred Fernández, ex Direttore di OIDEL, nel suo contributo, è importante considerare la dimensione culturale del diritto all’educazione, sia da un punto di vista teorico – legale – strumentale, che da una prospettiva olistica-costruttiva che contempla anche l’identità personale e la coesione umana. Come il progresso tecnologico e la tecnologia possono essere utilizzati per promuovere il diritto all’educazione e per preservare i valori umani? Come attività ludiche possono sviluppare la resilienza in situazioni di conflitto e/o possono aiutare a sviluppare la coscienza del proprio corpo? Queste sono le domande che guidano e legano tra di loro i *case studies* del secondo capitolo. Una parte fondamentale ed integrante del diritto all’educazione è assicurare che l’educazione sia sufficientemente di qualità per sviluppare e rafforzare le conoscenze e le competenze necessarie per lavorare in un mondo più sicuro, sostenibile, interdipendente, basato sulle conoscenze e sulla digitalizzazione responsabile. Per un’educazione di qualità è necessaria una formazione innovativa, come sottolineato nel contributo dal Professor Zacharie Zachariev, ex Direttore presso l’UNESCO, dove rimarca l’importanza di assicurare la libertà sull’educazione dei

propri figli, come condizione necessaria per garantire un'educazione di qualità. Queste tesi vengono ulteriormente elaborate nei casi pratici del terzo capitolo con un *focus* sugli aspetti finanziari dell'educazione quali spese pubbliche e investimenti statali, affiancati da riflessioni sul valore dell'educazione in contesti di crisi. Come sottolineato dal numero 4 degli *Obiettivi di Sviluppo Sostenibile* dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, l'educazione deve sempre più focalizzarsi su inclusione, uguaglianza, qualità e risultati, all'interno di un processo di formazione e apprendimento continui. Il futuro dell'educazione richiede, quindi, dialogo ed inclusione tra e delle diverse realtà e, nelle parole del Professor Jan de Groof, Presidente della Conferenza Mondiale sul Diritto all'Educazione e i diritti per L'Educazione presso l'UNESCO, "[l'educazione necessita di] comprendere il valore intrinseco della diversità e del rispetto per la dignità umana". Nel capitolo quattro "Educazione Inclusiva e i suoi limiti", il concetto di diversità e dignità umana viene mostrato in tutte le sue più differenti sfaccettature: esclusione sociale, la marginalizzazione, e l'ineguaglianza che impediscono l'accesso e la partecipazione attiva al diritto all'educazione. Gli studenti devono essere messi al centro di un processo trasformativo capace di riconoscere, accettare e rispondere ai diversi bisogni degli studenti (cf. *Incheon Declaration and Framework for Action*, 2015, par.13). Nel quarto capitolo, quindi, le esperienze riportate mettono in luce come le differenze e le peculiarità di ciascuno possono diventare incentivi positivi per migliorare l'apprendimento e la formazione. Questo ha come conseguenza l'incremento delle opportunità lavorative per tutti, migliorare il coin-

volgimento civile e sociale e la partecipazione pubblica, e creare un benessere individuale e comunitario, allo stesso tempo, diventa anche una componente essenziale per ridurre la povertà, i rischi, la vulnerabilità, la discriminazione, l'esclusione e la violenza.

La seconda parte della pubblicazione trova una chiara giustificazione nel mandato stesso della Chiesa che, "ha uno specifico compito rispetto al progresso e lo sviluppo dell'educazione". L'Educazione Cattolica, infatti, contribuisce ad un'educazione inclusiva, integrale e di qualità per tutti, capace di rispondere sia alle sfide globali emergenti, sia alle differenti necessità individuali degli studenti. Nel mese di settembre 2019, come ho indicato all'inizio, Papa Francesco ha lanciato il nuovo *Patto Globale sull'Educazione*, che verrà pubblicato a maggio 2020, e che ha l'importante obiettivo di rinnovare "la nostra passione per una educazione più ampia ed inclusiva". Alla luce di ciò, il Vescovo di Roma chiama ad un impegno globale per creare un "villaggio educativo" che ponga la persona al centro, in cui il processo educativo, formale e informale, deve aprire l'educazione a una visione "di lungo termine e ad una cultura dell'incontro".

In conclusione, è un invito o una provocazione a ripensare alla nostra missione educativa, ciò a cui questo elaborato, nel suo complesso, ambisce. I diversi contributi di quest'importante pubblicazione sottolineano in maniera vigorosa che la dimensione arricchente dell'educazione è, infatti, indispensabile per sviluppare sistemi educativi resilienti e responsivi a situazioni di conflitto, emergenze e *post-conflict*, al cambiamento climatico, ai disastri naturali, alla globalizzazione, robotizzazione e al progresso tecnologico. In questo "mon-

do malato” il valido strumento dell’insegnamento mostra il suo potenziale quando mette in moto un cambiamento che coinvolge una molteplicità di attori e che si basa sulla costruzione di reti e relazioni umane. La proposta della pubblicazione è, infine, di riscoprire la ricchezza dell’altro attraverso l’educazione nella sua facoltà di strumento di comprensione, e di scoperta dell’altro, della sua storia, la sua cultura e la sua fede.

FERNANDO CHICA ARELLANO
osserfao@mhs.fao.va

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y Educación. Una perspectiva europea y latinoamericana*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, pp. 424.

UNA delle questioni più attuali nel contesto delle democrazie sviluppate è la tensione tra neutralità dello Stato e la libertà religiosa. Tensione che si manifesta in ambiti molto diversi, e frequentemente molto sensibili, come quello dell’educazione. Ed è per questo una buona notizia incontrare una pubblicazione come questa che ora presentiamo, la quale ha il pregio di offrire una prospettiva di diritto internazionale che comprende l’ambito del Consiglio di Europa e quello dell’America Latina. Nell’opera partecipano numerosi esperti di questi due ambiti geografici. L’opera è stata brillantemente coordinata da due conosciuti esperti in materia, i professori Javier Martínez Torrón, Ordinario di Diritto ecclesiastico dell’Università Complutense e uno dei più grandi esperti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla

libertà religiosa, ed il Prof. Santiago Cañamares Arribas, professore associato della stessa Università.

La monografia è strutturata in due parti. Nella prima – divisa in ben nove capitoli – si trattano diverse questioni che riguardano la libertà religiosa e la neutralità dei pubblici poteri davanti la Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo (CEDU). Mentre il filo conduttore della seconda parte – composta da altri sei capitoli – ruota intorno allo studio della libertà religiosa e del principio di neutralità dello Stato nella Spagna e in America latina.

La tematica della prima parte, come è stato già detto, si concentra nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, la quale viene esaminata sotto il prisma della libertà religiosa e della neutralità dello Stato. Il primo capitolo ha come autore il Prof. Martínez-Torrón, e tratta sulla libertà di espressione, offese alla religione e moralità pubblica. Il capitolo raccoglie i criteri riguardanti l’uso del linguaggio offensivo – anche quello di carattere antireligioso – affermati in sede CEDU. A partire da essi, l’autore mette a fuoco alcuni punti non risolti. Il saggio tiene specialmente conto delle ben quattro sentenze in materia emesse dalla Corte europea nel 2018, nei casi Sekmadienis contro Lituania, ed E.S. contro Austria. Il lavoro conclude con una avvincente riflessione sulla necessità di una concezione più integrata dei diritti umani.

Il secondo intervento è della Prof.ssa María José Valero Estarellas, docente alla Università Villanueva, e tratta sull’autonomia delle confessioni religiose, la neutralità dello Stato e la proibizione dell’arbitrarietà. Il lavoro è focalizzato nello studio della giurisprudenza della CEDU riguardante il concetto di neu-

tralità dello Stato in rapporto al dovere di non arbitrarietà nelle decisioni della pubblica amministrazione. La prassi della Corte esaminata dall'autrice è riferita all'acquisizione di personalità giuridica e di pieno status e capacità de agire da parte dei gruppi religiosi. L'analisi realizzata permette affermare che non di rado gli Stati agiscono in modo discriminatorio e arbitrario nei confronti dei diversi gruppi religiosi e, per tanto, contro il loro dovere di neutralità.

L'autonomia confessionale in relazione all'attuazione dei ministri di culto è oggetto di esame nel terzo capitolo, a carico del Prof. Santiago Cañamares Arribas. La definizione dei rapporti di servizio tra i ministri di culto e la loro confessione di appartenenza è una delle questioni fondamentali dell'autonomia di questi enti nei Paesi democratici. I ministri, infatti, sono chiavi per assicurare il normale svolgimento delle attività di culto e per il conseguimento dei fini propri di ciascuna confessione religiosa. Per questo motivo gli enti religiosi possono configurare questi rapporti di vincolazione liberamente, nel contesto della loro autonomia (detta anche libertà religiosa collettiva). L'autore svolge il suo ragionamento al filo di una recente sentenza della CEDU in materia, nel caso Karoly Nagy contro Ungheria, di 14 settembre 2017.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata anche su aspetti come il diritto di asilo e la discriminazione per motivi religiosi. Questo l'argomento trattato dal Prof. Ángel López-Sidro, associato di Diritto ecclesiastico nell'Università di Jaén. Il percorso inizia dalla considerazione del rapporto tra persecuzione religiosa e discriminazione per motivi religiosi negli strumenti internazionali di diritti umani, iniziando dalla Convenzione di Ginevra

relativa allo Status dei Rifugiati (1951). A questa introduzione segue l'analisi della giurisprudenza spagnola sulla discriminazione religiosa in casi di asilo, la quale si è pronunciata diverse volte negli ultimi anni in questioni riguardanti la discriminazione e la persecuzione religiosa nel paese di origine (in particolare il Tribunal Supremo e la Audiencia Nacional). Nell'ultima parte del contributo, l'autore si chiede se esista o meno una vera dottrina giurisprudenziale in materia, sia da parte della CEDU che della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, concludendo negativamente al riguardo. Questione che desta perplessità in un conflitto sul quale presumibilmente ci saranno in futuro più cause.

Il capitolo successivo è a carico di Marcos González Sánchez, Professore associato dell'Università Autonoma di Madrid. L'argomento trattato è il diritto ad alimentarsi d'accordo alle proprie credenze e convinzioni religiose. È questo un aspetto fondamentale nella pratica dei fedeli di molte confessioni religiose, e si trova alla base della loro identità, sia individuale che collettiva. L'autore inizia per incorniciare questo diritto nel contesto della normativa internazionale e della giurisprudenza di Strasburgo. Poi passa ad analizzare in profondità la legislazione e la giurisprudenza spagnola. Si sofferma in particolare nell'analisi critico della sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid nel caso Vartic (16-6-2015), relativo all'alimentazione religiosa in ambito scolastico. Infine, il capitolo dedica un'intera sezione all'elaborazione, distribuzione e commercializzazione di prodotti alimentari con significato religioso in Spagna (*halal* per i musulmani e *kosher* per gli ebrei).

La neutralità dello Stato può venire compromessa qualora negli atti pubblici

dove lo Stato svolge le proprie funzioni si evidenziano simboli religiosi. Così Maria Helena Sánchez Gómez nel suo intervento studia i criteri per limitare l'uso di simboli religiosi nelle attuazioni davanti un tribunale, seguendo la giurisprudenza segnata dalla CEDU. L'autrice, ricercatrice in formazione dell'Università Complutense, offre anche uno studio comparato con diversi casi in Canada e Regno Unito.

Il capitolo successivo affronta direttamente la questione della libertà religiosa e le libertà in materia educativa nel Regno Unito. Gli autori sono Javier García Oliva, Professore associato all'Università di Manchester e Helen Hall, Professore associato nella Nottingham Trent University. La cornice legale britannica offre una valutazione positiva della religione e questo si manifesta in particolare nell'ambito educativo. Il modello inglese – molto ricco e variegato – si caratterizza per riconoscere un ampio spazio alla libertà di scelta dei genitori. Questo non significa che non ci siano stati conflitti giuridici lì dove i genitori considerano che il loro diritto non è stato rispettato. Gli autori analizzano diverse situazioni mediante l'analisi di casi reali: comunità religiose che ignorano oppure si oppongono alla legislazione in materia; gruppi che si oppongono alla legge mediante vie legali e politiche; infine, gruppi religiosi che cercano di negoziare con le pubbliche autorità.

Successivamente viene trattata la questione del diritto all'intimità nella giurisprudenza di Strasburgo, in rapporto a casi di AIDS. Isidoro Martín Sánchez, Ordnario nell'Università Autonoma di Madrid, affronta la questione prendendo come punto di partenza la differenza tra privacy, intimità e confidenzialità, per poi trattare il riconoscimento

di questi diritti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Infine, analizza la giurisprudenza di Strasburgo in circostanze in cui c'è stata ingerenza nei dati clinici, approfondendo alcuni casi in cui la violazione dell'intimità e della vita privata riguardava malati di AIDS.

L'ultimo lavoro incluso in questa prima parte è a carico di Gloria Moreno Bottella, Professore associato dell'Università Autonoma di Madrid. L'argomento ruota intorno il superiore interesse del minorenne nell'ambito sanitario, considerando specificamente il conflitto tra il desiderio dei genitori ed il paternalismo sanitario nelle decisioni della CEDU. È un fatto noto che negli ultimi decenni, il rapporto tra medici e pazienti è passato da un paternalismo da parte dei medici, in cui il paziente difficilmente aveva voce, al vigente sistema dove è richiesto il consenso informato per l'applicazione delle cure ai pazienti. Questa situazione ha provocato alcuni conflitti legali, molto più acuti quando si tratta di minorenni. In questi casi si deve tener conto del fatto che il consenso deve essere concesso dai genitori ma che, allo stesso tempo, non può essere ignorato il principio generale sull'interesse superiore del minore maturo. L'autrice riassume le risposte ai quesiti che sono emersi in materia, attraverso l'analisi di diverse sentenze della CEDU, dal caso Glass contro il Regno Unito (2004) a quelli più recenti (caso Evans contro Regno Unito, del 2016).

La seconda parte del libro riguarda lo studio della libertà religiosa e della neutralità dello Stato nell'ambito spagnolo e latinoamericano. Include tra altri interventi su casi rilevanti in materia del diritto al rispetto della libertà di credenze in ambito educativo e conflitti tra libertà di espressione e libertà religiosa.

Il primo saggio è di Silvia Meseguer Velasco, Professore associato dell'Università Complutense di Madrid, la quale tratta su neutralità e celebrazione delle festività religiose nella scuola pubblica in Spagna. L'autrice parte dall'analisi del concetto di festività religiose nel contesto della libertà di credenze e quello di neutralità nella scuola pubblica, per capire se, e fino a quale punto, la celebrazione delle festività religiose è compatibile con questo principio. Da una parte si considera il fatto che alcune festività di origine religioso sono diventate parte della cultura spagnola. Dall'altra, occorre distinguere se le celebrazioni si sviluppano dentro o fuori l'orario scolastico. Finalmente tiene conto della giurisprudenza in materia, e delle possibili situazioni di discriminazione delle minoranze religiose in questo contesto.

Anche nel contesto delle attività scolastiche si colloca il secondo capitolo, dove Belén Rodrigo Lara tratta sull'adattazione del menù nelle mense scolastiche. Il punto di partenza è di nuovo il concetto di neutralità che caratterizza l'attività della scuola pubblica. Si esplora fino a quale punto i menu delle mense scolastiche devono rispettare e/o rispondere alle esigenze delle prescrizioni alimentari delle diverse confessioni presenti nel territorio spagnolo. Per rispondere alla questione si ricorre sia alla giurisprudenza nazionale che alle norme internazionali e alla dottrina di Strasburgo.

Dopo questi due interventi incentrati nella Spagna, si possono leggere diversi contributi che riguardano l'ambito dell'America Latina, a carico di esperti in libertà religiosa di Argentina, Uruguay, Cile e Perù. In primo luogo troviamo un lavoro del Prof. Juan G. Navarro Floria, su libertà religiosa e neutralità dello

Stato nei Codici civile e Commerciale dell'Argentina (riformati in 2015). Si realizza un'analisi molto completa ed interessante sul trattamento degli aspetti dei Codici che riguardano la libertà religiosa, sia individuale che collettiva. Troviamo riferimenti a temi così rilevanti come: il nome delle persone, le obbligazioni, la patria potestà e i cementieri privati (ambito della libertà individuale) e la personalità giuridica delle confessioni, il loro regime patrimoniale e successorio (ambito della libertà collettiva). Altri aspetti oggetto di commento da parte dell'autore sono i riferimenti impliciti delle norme a concetti come "morale"; il diritto personalissimo all'identità, ed il diritto dei genitori alla formazione spirituale e morale dei figli. L'autore rileva aspetti non trattati o esclusi, e mancanti, in questi due importanti testi normativi.

Da parte sua Carmen Asiaín, Professore associato dell'Universidad de Montevideo (Uruguay), analizza le tensioni tra la libertà di espressione e la libertà religiosa in prospettiva latinoamericana. Questo lavoro si ricollega al primo dell'opera, in un altro contesto geografico. Il punto di partenza è il contesto normativo latinoamericano sulla libertà religiosa. Poi l'autrice discende ai diversi ambiti di tensione tra il diritto di libertà religiosa e di espressione. Il primo gruppo di tensioni riguarda le offese ai sentimenti o diritti religiosi; il secondo proviene da pretese offese da parte di determinati collettivi da parte di chi esercita la libertà religiosa. Le risposte ai conflitti generati non sono facili da risolvere. L'autrice si rifà alle risoluzioni della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Asiaín segnala il fatto che in questa materia ci troviamo con nuovi provvedimenti che destano preoccupazione, poiché si osserva una tendenza a

limitare il discorso religioso. Occorrerà continuare a riflettere in futuro su queste tendenze.

Di nuovo sul tema educativo l'intervento di Gabriel González Merlano, nel capitolo intitolato "libertà religiosa e libertà di insegnamento in Uruguay. Tensione tra normativa e realtà". L'autore incentra l'intervento in Uruguay, analizzando le origini del riconoscimento della libertà religiosa in questo Paese. Nello sviluppo del diritto si osservano disfunzioni, specialmente per quanto riguarda l'educazione. Concretamente il diritto dei genitori a educare i figli nelle proprie convinzioni davanti l'introduzione di ideologie come quella "gender" nel sistema educativo di questo Paese. L'autore analizza diversi conflitti sorti in questo contesto.

Il capitolo successivo, ultimo dell'opera, cambia l'ambito geografico al Perù, ma si mantiene in una tematica molto vicina. Gonzalo Flores Santana offre uno studio sulla prospettiva *gender* come asse trasversale del curriculum scolastico in Perù, incentrandosi sul ruolo dello Stato nell'educazione e la sua confrontazione con il diritto dei genitori a fornire l'educazione morale e religiosa ai propri figli, e con il superiore interesse dei minorenni. L'autore constata un processo d'imposizione della prospettiva *gender* nel curriculum scolastico del Paese andino. Questo implicherebbe un atto di che potrebbe essere qualificato come indottrinamento da parte dello Stato, e quindi analizza i diritti fondamentali interessati in questa situazione di conflitto.

Il volume nel suo insieme, come si è potuto vedere, offre diverse prospettive tematiche e geografiche, oltre a sensibilità differenti. Ma si mantiene una básica unità tematica e un filo conduttore, gra-

zie all'ottimo lavoro dei curatori dell'edizione. Nella Presentazione che fanno gli editori si esprime il fatto che il libro è risultato del seminario internazionale realizzato in marzo 2018 nell'Accademia di Giurisprudenza e Legislazione e nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Complutense, a Madrid. È anche rilevante che l'insieme dei lavori è risultato della collaborazione tra due Progetti di ricerca che hanno ottenuto fondi pubblici. Un segno più della qualità dei lavori presentati nel volume. Un'opera senz'altro consigliabile a tutti coloro che sono interessati ad avere una conoscenza rigorosa ed approfondita sui problemi in torno al diritto di libertà religiosa e alla neutralità dello Stato in ambito Iberoamericano.

MONTSERRAT GAS-AIXENDRI

mgas@uic.es

Universitat Internacional de Catalunya

CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, Religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro*, Atti del Convegno di Studi Veneranda Biblioteca Ambrosiana – Milano 21 novembre 2019, Torino, Giappichelli, 2020 («Collana del Dip. di Giurisprudenza Univ. degli Studi di Brescia»), pp. 154.

CONCLUDENDO la lettura dell'agile volume, che raccoglie gli interventi del Convegno di Studi organizzato da C. Minelli, professore Ordinario di Diritto Canonico e di Diritto Ecclesiastico nel Dipartimento di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Brescia, e che ne ha anche curata la redazione, sorge spontanea una domanda: c'è un'idea che lega e dà senso a tematiche apparentemente così variegata come la scuo-

la, la religione in riferimento alle nuove generazioni?

Personalmente mi sembra che detto *fil rouge* debba essere individuato nel concetto di 'vocazione'. Anche se a prima vista ai più, soprattutto nel contemporaneo contesto ed orizzonte culturale ed ideologico, ciò potrà risultare quanto meno inusuale, se non addirittura stravagante, ed in ogni caso chiaramente di parte, ovviamente di chi si professa credente. Eppure, a ben vedere e rimanendo liberi da precomprensioni di ogni sorta, proprio la realtà della vocazione, rettamente intesa, permette di comprendere e declinare correttamente ed ai diversi livelli, il tema della *formazione* della persona e ciò che vi contribuisce direttamente, cioè l'*educazione*, nella sua duplice accezione morale ed intellettuale, e l'*istruzione* vera e propria. La conferma di una tale prospettiva è data dal contributo (cfr. pp. 83-86) dell'attuale Arcivescovo di Milano, mons. Delpini, nel quale evidenzia proprio nella vocazione dei genitori, dei docenti e dei discenti, la chiave di lettura per comprendere correttamente i concetti di educazione, istruzione e formazione che può essere intesa allo stesso tempo come servizio, prestazione e produzione. L'interessante magistero di Paolo VI su queste tematiche, contenuto in una corposa quanto arricchente Appendice al volume (cfr. pp. 89-153), non fa altro che corroborare questa prospettiva interpretativa con riflessioni che per la loro profonda verità sembrano scritte per i nostri giorni. Infatti, nei vari testi, tratti da svariati interventi, il santo Pontefice ha ripetutamente sottolineato come l'insegnare nella scuola, che sempre *istruendo* deve anche *educare*, nasce da una vera e propria vocazione vissuta come 'passione

educativa' (cfr. pp. 91-92; 97), in quanto «... senza l'amore l'educazione fallisce e l'istruzione diminuisce» (p. 105). Ovviamente all'origine di queste diverse vocazioni c'è Dio e per questo trova giustificazione la scuola cattolica che è chiamata a distinguersi nella variegata offerta formativa per *dedizione* e non per emulazione e tanto meno in conflitto con la scuola pubblica (cfr. p. 112). Invece, il tentativo di 'esiliare' Dio non ha mai portato a nulla di buono e non potrà mai essere inteso come una conquista (cfr. *Gaudium et spes*, 7) ed un'idea assoluta di libertà senza riferimento alla *responsabilità* non ha mai portato vero progresso (cfr. pp. 122; 140). Egli non si stancava di ripetere che dietro l'insoddisfazione che tormenta i giovani di sempre, nelle loro critiche anche violente, bisogna sempre cogliere dei gridi di aiuto che devono, però, essere intesi correttamente in quanto un umanesimo esclusivo sarà sempre inumano (cfr. *Populorum progressio*, 42). Un magistero, questo, che ha trovato nuova linfa e approfondimenti sempre più attuali negli insegnamenti di Papa Francesco, il quale evoca la necessità di un nuovo patto tra scuola e famiglia per il futuro delle nuove generazioni.

In questo contesto si collocano e vanno letti gli altri contributi. Il prof. Cardia ripercorrendo la storia dell'esperienza italiana dal risorgimento all'attuale libertà religiosa (cfr. pp. 11-33), mostra come oggi siamo ad una vera e propria crisi della formazione della persona. Di fatto oggi la 'dittatura dell'io' ha come conseguenza la negazione della razionalità e quindi del diritto alla verità ed alla perdita del concetto stesso di formazione (cfr. pp. 16; 18). Tutto questo si sta traducendo più che in un attacco al cristianesimo, in una inarrestabile

erosione della natura umana, ormai in caduta libera verso un'alienazione attraverso pretese, a prima vista affascinanti, che vengono presentate come diritti in contrapposizione alla religione che, invece nota, rimane essenziale alla formazione della persona (cfr. p. 26). La prof.ssa Violini si confronta, invece, con quel 'nervo scoperto' in cui consiste la corretta coniugazione del pluralismo e della libertà nell'attuale scuola globalizzata (cfr. pp. 35-52). Partendo dagli Artt. 29-31 della Costituzione Italiana, evidenzia il primato della natura umana nel percorso di crescita della persona (genitori, figli, docenti e discenti) in ordine all'educazione dove al centro non può esserci il mero nozionismo (cfr. pp. 36-37). In questo panorama la presenza della scuola privata e confessionale è una questione di libertà e di libertà religiosa dove allo stesso tempo nessuno può essere costretto, ma neanche impedito a vivere e proporre la propria fede. Infine, la prof. sa Minelli prende in esame l'alleanza tra la famiglia e la scuola alla luce del magistero e dell'ordinamento giuridico canonico. Mentre da una parte s'individua correttamente nell'istruzione e nell'educazione il crocevia di una tale alleanza (cfr. p. 57), dall'altra si prende atto di una sempre maggiore mancanza di fiducia tra genitori e docenti e questo sempre a scapito dei ragazzi (cfr. p. 76) alla quale la Chiesa cattolica cerca di rispondere a livello giuridico (cfr. CIC, cann. 795-796; CCEO, cann. 629; 631, § 1) e magisteriale (papa Francesco: educazione atto di speranza). Registrando come l'attuale chiusura alla trascendenza nell'insegnamento, vada a scapito di una educazione come 'ricerca della verità'.

Le tematiche prese in esame in questo testo, hanno assunto un'attualità tutta particolare e direi unica, in occasione del-

la chiusura delle attività accademiche e scolastiche a seguito della pandemia provocata dal Covid-19. I vari contributi costituiscono un valido contributo ad una riflessione più approfondita che recuperi l'importanza e la necessità di una buona istruzione ed educazione per il bene delle varie società politiche. Di fatto, sempre ed ovunque la scuola e l'università sono il termometro che misura la temperatura della ragione (cfr. p. 7), ma, insieme con la tutela della salute dei cittadini, soprattutto il grado di civiltà di una società.

P. BRUNO ESPOSITO, O.P.

pbrunoop@gmail.com

membro della

Consociatio Internationalis

Studio Iuris Canonici Promovendo

BRUNO FABIO PIGHIN, *I Sacramenti. Dottrina e disciplina canonica*, Venezia, Marcianum Press, 2020, pp. 438.

IL prof. Pighin offre non solo agli studenti, ma a tutti coloro che si interessano alla materia canonistica, un nuovo prezioso suo lavoro. Non si tratta di una mera riedizione del suo manuale *Diritto sacramentale canonico*, che aveva visto la luce nel 2016, ma di una opera che, pur riprendendo ed aggiornando la precedente, presenta inverosimilmente ulteriori sviluppi e riflessioni circa la vasta materia, riferendosi in modo preciso e completo anche ai più recenti documenti sia pontifici che dicasteriali che vanno a normare o a specificare molteplici aspetti concernenti il diritto sacramentale canonico.

Il tomo si apre con il prestigioso *Proemio* a firma di mons. Juan Ignacio Arieta, Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi (pp. 17-18). Si deve convenire con il Presule nel riconoscere

che l'Autore ancora una volta è riuscito ad elaborare in modo originale, unitario e sistematico ciò che pochi altri hanno tentato di fare, confrontandosi ampiamente con la assai vasta e variegata letteratura della materia, facendo emergere in modo chiaro lo stretto rapporto che unisce i Sacramenti, evidenziando quelle dimensioni di giustizia che giustificano la dimensione normativa nella Chiesa, nonché cogliendo in maniera sempre assai proficua e molto interessante i rapporti che intercorrono tra la materia specifica e le altre discipline, ecclesiastiche e non.

Pighin, da parte sua, già nella *Introduzione* (pp. 19-23) mette ben in risalto che sono molteplici gli interventi normativi operati finora da Papa Francesco, presi in considerazione puntualmente nel corso di queste pagine. L'Autore motiva convincentemente anche la sua decisione di modificare l'intitolazione del manuale, passando dalla dizione "diritto sacramentale", prima adottata assumendo una espressione coniata dal secondo dei principi elaborati dal Sinodo dei Vescovi del 1967, a quella attuale che cita pura la dottrina e la disciplina canonica circa i Sacramenti. Riteniamo si debba salutare con entusiasmo questo cambiamento in quanto l'opera non si limita ad illustrare in modo esegetico e quasi "meccanico" la sola normativa sui divini misteri, ma parte anzitutto dalla fondazione dottrinale teologica della disciplina, nella ferma consapevolezza che la legislazione si pone, infatti, come strumentale al dato teologico, secondo la migliore visione realista del diritto che Pighin abbraccia e sostiene, come appare chiaro nel corso dell'intera trattazione che, così, non si accontenta di essere un semplice manuale ad uso degli studenti per il corso della materia, ma diviene realmente

un'opera di spessore scientifico che sviluppa un'argomentazione solida, poggiante sulle più validi basi teologiche e filosofiche del diritto, della morale, della dottrina, e, certamente, anche della pastorale. Detto taglio multidisciplinare rende il lavoro che teniamo tra le mani di una preziosità alquanto rilevante e di una utilità anche formativa, oltre che conoscitiva, non solo per i canonisti, ma anche per molti altri fedeli.

I Sacramenti. Dottrina e disciplina canonica segue una sistematica che agevola la comprensione di dette dimensioni, sviluppando il saggio, come nel precedente *Diritto sacramentale canonico*, in sei parti: la prima (*Il diritto sacramentale canonico*, pp. 25-88: le radici della normativa sacramentale; diritto e liturgia nel CIC: aspetti generali; lo spirito ecumenico nei rapporti di carattere liturgico tra cristiani cattolici e acattolici) evidenzia i presupposti fondamentali ed ha un carattere introduttivo che permette di comprendere fin da subito l'importanza della funzione santificante nella Chiesa per la vita di ogni fedele e la misura in cui ciascuno debba essere in essa coinvolto, chiarendo in seguito pure la dimensione giuridica dell'ambito liturgico-sacramentale, con quei rapporti di giustizia che vi sono sottesi. Interessante è altresì l'analisi del rapporto intercorrente fra diritto sacramentale canonico e diritto liturgico, realtà distinte che, tuttavia, si intersecano profondamente. Successivamente, nella seconda parte (*I Sacramenti dell'iniziazione cristiana*, pp. 89-166: il battesimo; la confermazione; la comunione eucaristica) viene offerto lo studio della triade dei cd. sacramenti dell'iniziazione cristiana; un'altra triade viene ancora esposta nella quarta parte (*I Sacramenti di guarigione per il ritorno al Padre*, pp. 241-298: il sacramento del-

la penitenza; l'unzione degli infermi; il viatico), dedicando al "sacrificio e il sacerdozio della Nuova Alleanza" una posizione centrale (terza parte, pp. 167-240: il sacrificio eucaristico; l'ordine sacro), accanto all'Eucarestia. Il manuale si conclude con la parte quinta intitolata *Gli atti di culto diversi dai sacramenti* (pp. 299-368: i sacramentali, la liturgia delle ore e le esequie ecclesiastiche; le indulgenze, le preghiere di guarigione e l'esorcismo; la venerazione della Madonna e dei Santi, il culto delle reliquie e la pietà popolare; il voto e il giuramento. Si noti che il Professore preferisce, argomentando in modo fondato la sua scelta, non trattare delle indulgenze secondo la sistematica codiciale che le pone nella prima parte del libro IV, accanto ai Sacramenti che operano *ex opere operato*, preferendo egli invece porre l'accento sulla loro natura anziché sulla loro origine) e con la sesta (*La normativa sui luoghi e sui tempi sacri*, pp. 369-415) in cui si affronta la normativa sui luoghi e sui tempi sacri, ovvero due parti che studiano realtà complementari rispetto ai sacramenti, le quali – pur non essendo di istituzione divina – ugualmente hanno una funzione di peso nell'edificazione del popolo di Dio e nella sua santificazione. Qui è opportuno sottolineare come l'Autore, non senza rifarsi all'Esortazione apostolica *Evangelii gaudium* di Papa Francesco, offra una riflessione inerente alla pietà e alla devozione popolare, che dev'essere giustamente valorizzata – correggendo eventuali abusi e distorsioni – dopo un periodo in cui sembrava essa non dovesse nemmeno più avere cittadinanza nella vita di fede. L'equilibrato modo di affrontare la questione proposto da mons. Pighin diventa un utile spunto di studio canonistico e liturgico, ma anche pastorale.

Fatta salva l'omissione della trattazione del Sacramento del matrimonio, che ben sappiamo essere oggetto di considerazione a sé stante in quanto ad esso è dedicato un corso a parte nel *curriculum studiorum* canonistico, va notato che l'impostazione con cui l'Autore ha steso quest'opera non combacia in tutto con quella della manualistica tradizionale sull'argomento. Di qui un pregio ulteriore di questo nuovo lavoro: infatti, il prof. Pighin ha fatto lo sforzo di evidenziare l'intrinseco collegamento che ciascun sacramento e che ciascun argomento affrontato ha con gli altri, mettendo in rilievo le relazioni specifiche esistenti tra i divini misteri. Come già detto, due sono le triadi sacramentali di cui Pighin si occupa: quella dell'iniziazione cristiana e quella dei sacramenti che si offrono come via per il ritorno al Padre, ponendo al centro, tra la prima e la seconda, l'Eucarestia e la presentazione del Sacramento dell'ordine, laddove per l'appunto il sacerdozio ordinato si pone a servizio del sacrificio eucaristico. Inoltre, siccome l'unico sacerdozio di Cristo – come è ben sottolineato dai documenti conciliari – è trasmesso ad un unico soggetto, la Chiesa, e comprende tutti e tre i *munera*, il porre la presentazione dell'ordine sacro al centro del manuale, assieme all'Eucarestia, permette all'Autore di fare chiarezza sul rapporto di reciprocità esistente tra il popolo di Dio ed i sacramenti, e l'esercizio che nella Chiesa, secondo la vocazione propria di ciascuno, hanno le tre funzioni sacerdotali di Cristo.

Fra i principali documenti che in questi ultimi tempi sono intervenuti a normare la materia, Pighin considera i seguenti: il m. p. *Magnum principium* del 3 settembre 2017, circa il can. 838 §2; il m. p. *De concordia inter Codices* del 31 maggio 2016,

circa il can. 868 §3; l'es. ap. *Amoris laetitia* del 19 marzo 2016 per quanto riguarda la possibilità di ammettere alla penitenza e alla comunione sacramentale chi si trova in una situazione di manifesta indisposizione morale, sottolineando come Francesco non abbia modificato il piano oggettivo rappresentato dalla normativa esistente, concentrandosi piuttosto sul piano soggettivo; a tale proposito, l'Autore sottolinea in maniera interessante che, oltre al paventato rischio della rinuncia a proporre l'ideale del matrimonio cristiano – citato dallo stesso Sommo Pontefice –, v'è pure il pericolo ancora più grave di giungere alla deriva di una interpretazione "creativa" della coscienza morale, secondo quanto definito dall'enc. *Veritatis splendor* di San Giovanni Paolo II. Pighin cita anche tutta la discussione sorta tra i Cardinali e nella dottrina conseguentemente ad *Amoris laetitia*, considerando invero i vari pronunciamenti pontifici a proposito. A riprova della completezza del lavoro che stiamo recensendo, merita di essere menzionato altresì il fatto che il Professore riferisce anche dell'istituzione, nel 2016, ad opera di Papa Francesco, di una Commissione di studio sulla possibilità del diaconato permanente femminile la quale, però, a detta dello stesso Papa, non avrebbe portato a un risultato univoco, tanto che Egli, l'8 aprile 2020, istituì una nuova Commissione per questo aspetto che, quindi, diversamente da quello del sacerdozio femminile passato oramai insindacabilmente in giudicato come lo stesso Romano Pontefice ha potuto diverse volte ribadire, appare essere ancora *sub iudice*. Pure la situazione di pandemia che il mondo si trova a vivere ha inciso su alcune questioni analizzate, come ad es. le limitazioni sopravvenute ai fedeli nell'accesso ai Sacramenti, come penitenza ed eucaristia, e qui puntual-

mente l'Autore cita i diversi documenti prodotti dalla Penitenzieria Apostolica in detto frangente. Circa le esequie ecclesiastiche, non si manca di citare l'istr. *Ad resurgendum cum Christo*, data dalla Congregazione per la Dottrina della Fede in data 15 agosto 2016, a proposito della cremazione e di alcune altre pratiche diffusisi recentemente. Tra l'altro, Pighin sottolinea come, dinnanzi ad una sempre più diffusa usanza di cremare i defunti anziché seppellirli o inumarli, si dovrebbe "aggiornare" l'opera di misericordia corporale consistente nel "seppellire i morti" (CCC n. 2447) con la dizione "funerare i cadaveri". Altri recenti documenti normativi menzionati sono il *Rescriptum ex audientia SS.mi* circa le norme sull'amministrazione dei beni delle Cause di beatificazione e canonizzazione, datato 10 marzo 2016, ed il m. p. *Maiorem hac dilectionem* dell'11 luglio 2017, a proposito della introduzione di una terza fattispecie nelle cause di canonizzazione, accanto a quelle già esistenti del martirio e della eroicità delle virtù, ovvero quella dell'offerta della vita. Anche la dettagliata disciplina sul trattamento delle reliquie emanata l'8 dicembre 2017 dalla Congregazione delle Cause dei Santi nell'istr. *Le reliquie nella Chiesa: autenticità e conservazione* trova considerazione nel corso di queste aggiornatissime pagine del prof. Pighin, come anche il m. p. *Sanctuarium in Ecclesia*, dell'11 febbraio 2017, inerente al trasferimento della competenza sui santuari dalla Congregazione per il Clero al Pontificio Consiglio per la Nuova Evangelizzazione e la Lettera circolare della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti ai Vescovi sul pane e il vino per l'Eucaristia, del 15 giugno 2017; il decreto *Quo magis* della Congregazione per la Dottrina della Fede del 22 febbraio 2020, per l'approvazio-

ne di sette nuovi prefazi eucaristici per la forma straordinaria del Rito Romano e l'interpretazione autentica del can 1041, nn. 4-5 del CIC data dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi il 31 maggio 2016. Forse, per completezza, meritava considerazione anche il *Responsum* della Congregazione per la Dottrina della Fede ad un dubbio sulla validità del Battesimo conferito con la formula "Noi ti battezziamo...", del 24 giugno 2020, reso pubblico il successivo 6 agosto, ma probabilmente il testo era già in fase di stampa in quel momento.

Pensiamo meriti menzione l'osservazione che l'Autore avanza a proposito dell'erronea inclusione da parte di E. Frank (in *I sacramenti dell'iniziazione, della penitenza e dell'unzione degli infermi. Commento ai canoni 834-1007 del Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2018, p. 41, nota 13) di una inesistente "Chiesa patriottica cinese" fra le Chiese separate da Roma che tuttavia mantengono la stessa fede e condizione relativamente ai sacramenti. Difatti, nota Pighin che non v'è stata alcuno scisma in Cina da parte dei cosiddetti cattolici "patriottici" o "ufficiali" dalla Chiesa Cattolica.

Dopo la presentazione dell'*Indice generale* (pp. 5-10); delle *Sigle ed abbreviazioni* (pp. 11-15), posti in apertura del tomo, si trovano invece in fondo allo stesso l'indice delle *Fonti* (pp. 417-422: atti del Concilio Vaticano II; atti dei Romani Pontefici posteriori al Concilio Vaticano II; atti della Curia Romana posteriori alla promulgazione del CIC del 1983) e la ricca e precisa *Bibliografia* (pp. 423-438, suddivisa utilmente in: manuali e commenti generali sul diritto sacramentale canonico; studi particolari sul diritto sacramentale canonico).

L'auspicio e l'augurio, pertanto, è che questo nuovo lavoro del prof. Pighin co-

nosca la congrua diffusione e divenga, quanto più possibile, uno strumento apprezzato, valorizzato ed utilizzato dagli studiosi e dai cultori del diritto canonico e non solo dagli studenti.

GIOVANNI PARISE
parisemarco1980@virgilio.it
Membro ASCAI e GIDDC

KEVIN SCHEMBRI, *Oikonomia, Divorce and Remarriage in the Eastern Orthodox Tradition*, Roma, Edizioni Orientalia Christiana e Valore Italiano, 2017, pp. 336.

PER i canonisti latini il mondo delle Chiese orientali, con le loro tradizioni e norme liturgiche e canoniche, appare a volte una realtà distante; se ciò vale per le Chiese cattoliche orientali a maggior ragione vale per quelle ortodosse. Ciò premesso, la conoscenza di questo universo teologico-giuridico fiorito in Oriente lungo i secoli costituisce per lo studioso latino un arricchimento e uno stimolo in quanto invita a guardare con occhi diversi (ossia da una prospettiva più o meno convergente con quella cattolica) alcuni tipici istituti giuridici e la regolamentazione di alcuni ambiti, come quello sacramentale. Questa osservazione trova applicazione peculiare in relazione al matrimonio, dove pur partendo da una comune base biblica e patristica e pur condividendo la caratteristica della sacramentalità, la tradizione cattolica e quella ortodossa appaiono divergenti su alcuni aspetti di grande rilievo. A questo tema è dedicata l'opera che presentiamo; essa costituisce la tesi dottorale in Diritto canonico discussa presso la Pontificia Università Gregoriana dall'autore, sacerdote maltese, ricercatore presso la Facoltà di Teologia

dell'Università di Malta, pubblicata nella collana *Kanonika* del Pontificio Istituto Orientale.

L'attualità dell'argomento affrontato appare evidente se solo si tiene conto che durante il percorso sinodale avviato da Papa Francesco sul matrimonio e la famiglia negli anni 2014-2015 è stato nuovamente proposto da più parti, anche con una certa insistenza, di volgersi alla prassi delle Chiese ortodosse per trovare modalità di accoglienza misericordiosa per i fedeli in situazione matrimoniale irregolare, cui è impedita la piena partecipazione alla vita sacramentale. Ciò richiederebbe anzitutto, prima di ogni acritica trasposizione o decisione in tal senso, uno sforzo serio per comprendere realmente quale sia la prassi ortodossa e come si sia evoluta, su quali basi si fondi, quale concezione del matrimonio sacramentale (immagine dell'unione tra Cristo e la Chiesa) presupponga, come viene compresa e tutelata l'indissolubilità, quali conseguenze ne derivino. A questi interrogativi intende rispondere l'autore attraverso un percorso che si snoda, attorno ai nuclei tematici evidenziati nel titolo (principio di *oikonomia*, divorzio e nuove nozze), in quattro capitoli e termina con alcune considerazioni conclusive dalla prospettiva cattolica.

Il primo capitolo svolge una funzione propedeutica rispetto alla successiva argomentazione, sul presupposto che l'approccio ortodosso al divorzio e alle nuove nozze può essere compreso solo all'interno della dottrina e della disciplina concernente il sacramento del matrimonio. Questo viene studiato, ricorrendo ad un'ampia bibliografia specifica, evidenziando quattro dimensioni complementari, che dunque nel loro insieme, ne delineano compiutamente la

realtà secondo le Chiese ortodosse: a) storica (seguendo l'evoluzione a partire dal matrimonio ebraico e romano fino agli sviluppi recenti); b) teologica (approfondendo la relazione tra matrimonio e mistero divino, pienamente rivelato in Cristo); c) liturgica (in relazione al rito del fidanzamento e a quello dell'incoronazione degli sposi, di cui si presentano significato e struttura); d) e infine canonica. In quest'ultimo paragrafo, si presentano gli elementi costitutivi del matrimonio sacramento (il consenso degli sposi e la benedizione sacerdotale) e le condizioni per la sua valida celebrazione (dove trovano spazio, accanto alle proprietà essenziali – come la monogamia e l'esclusività – e all'adeguata libertà consensuale necessaria, i tradizionali impedimenti matrimoniali, in buona parte comuni alla Chiesa cattolica).

Il secondo capitolo, centrale all'interno dell'opera, è dedicato ai due principi della *akribia* e della *oikonomia*, considerati come le due vie mediante le quali la Chiesa prosegue nell'opera di attuazione della salvezza di Dio. Nella tradizione ortodossa non esiste una definizione ufficiale e precisa di cosa si intenda con questi termini; esistono piuttosto delle descrizioni e delle immagini elaborate lungo i secoli con le quali è possibile delinearne il contenuto. L'*akribia* si riferisce alla stretta osservanza dei dogmi, dei canoni, dei precetti e delle tradizioni ecclesiali, mentre l'*oikonomia* viene compresa come il ricorso alla flessibilità e all'adattabilità nell'applicazione delle norme e si situa nel punto di equilibrio tra gli estremi del lassismo e del rigorismo, dell'attenzione al caso concreto e della fedeltà all'ideale. Essa viene presentata da alcuni autori anche nei termini di una sospensione o di una deroga alla norma in un determinato caso e, in una pro-

spettiva più teologica, come l'esercizio della misericordia e della condiscendenza per la salvezza delle anime e a beneficio dell'intera comunità ecclesiale. Per alcuni aspetti questo principio sembra avvicinarsi alle nozioni di *dispensatio* e di *epikeia* più tipiche della tradizione giuridica latina, tuttavia a ben vedere non vi è tra di essi coincidenza. Schembri, dopo aver delineato il principio della *oikonomia* ricorrendo a quanto scritto da diversi teologi e canonisti ortodossi, si sofferma sulla sua applicazione che non è regolamentata in senso tecnico in canoni determinati ma è orientata da alcune "linee guida" sulle quali vi è un generale consenso. Essa viene applicata: (a) dall'autorità ecclesiastica competente, (b) come imitazione dell'economia divina, (c) in uno spirito di preghiera e di apertura allo Spirito, (d) in una maniera ragionevole e prudente, (e) solo in situazioni specifiche ed estreme, (f) per un tempo determinato e, infine, (g) senza violare quei principi che toccano la sostanza della fede.

Il terzo capitolo è dedicato all'indissolubilità del matrimonio. L'autore sottolinea subito come l'insegnamento ortodosso in proposito non è tradotto in una formulazione strettamente giuridica e trova espressione nei riti liturgici piuttosto che nei testi canonici. Un altro aspetto specifico della tradizione ortodossa è l'interpretazione dell'indissolubilità nella prospettiva escatologica, nel senso che il sacramento del matrimonio permane anche dopo la morte di uno dei coniugi; ne consegue che il secondo matrimonio di una persona vedova sebbene permesso non è sacramentale. Chiariti questi punti, l'autore presenta il fondamento dell'insegnamento sull'indissolubilità nella Scrittura e nella tradizione orientale (Padri e Scrittori ec-

clesiastici, Concili, Sinodi, teologi) fino agli sviluppi recenti, poi si sofferma sulle espressioni di questo insegnamento sul piano liturgico e giuridico (dove appare indicativo il fatto che i successivi matrimoni, quando permessi, sono comunque ritenuti non sacramentali e sono celebrati in un contesto penitenziale).

L'ultimo capitolo è dedicato al divorzio e alle nuove nozze. Al di fuori del caso dell'adulterio (per cui si applica l'*akribia* essendo tale ipotesi già prevista nelle Sacre Scritture secondo l'interpretazione tradizionale ortodossa), la concessione del divorzio negli altri casi viene considerata una manifestazione del principio di *oikonomia*, in virtù del quale le conseguenze della cd. "clausola mattea" vengono estese ad altre situazioni che producono sull'unione matrimoniale effetti simili a quelli provocati dall'adulterio. L'autore dedica ampio spazio all'evoluzione storica della prassi del divorzio lungo i secoli; ciò che emerge, data la stretta relazione in Oriente tra le Chiese ortodosse e le autorità statali, è l'influsso non indifferente esercitato sullo sviluppo di questa prassi ecclesiale dalle legislazioni imperiali e civili in materia. Nell'ultima parte del capitolo vengono studiate le condizioni e i limiti per la concessione del divorzio, anche con riferimento ad alcune Chiese ortodosse specifiche, e infine le procedure canoniche che vanno seguite.

Nelle conclusioni, Schembri, ponendosi nella prospettiva cattolica evidenzia in primo luogo i motivi (tra cui l'ecumenismo) che dovrebbero favorire uno studio più approfondito della prassi ortodossa del divorzio e delle nuove nozze, cui non pochi oggi – come già detto – rivolgono lo sguardo; in secondo luogo non manca di osservare alcune problematiche insite in essa dal punto

di vista pratico (l'esistenza di abusi e di prassi divergenti), teorico (la poca chiarezza circa la distinzione tra divorzio, dichiarazione di nullità e scioglimento di matrimonio) e storico (il ruolo che nello sviluppo di questa prassi hanno avuto le autorità civili, l'interpretazione di alcuni passi biblici e patristici). L'autore non si spinge oltre né propone modifiche alla prassi cattolica, ma invita ad un confronto serio, che certamente potrà giovare di questo ponderoso lavoro che

offre un quadro completo e aggiornato su di una tematica complessa dove ragioni teologiche si intrecciano con ragioni storiche e dove non è sempre agevole cogliere quale rapporto vi sia tra misericordia, giustizia e verità quando è in gioco la vita delle persone e la realtà del matrimonio.

FRANCESCO CATOZZELLA

catozzella@pul.it

Docente presso la

Pontificia Università Lateranense

DOCUMENTI

LE PRECISAZIONI DELLA SEGRETERIA DI STATO IN MERITO AGLI ORDINI EQUESTRI

1.

NOTA DELLA CANCELLERIA DEGLI ORDINI EQUESTRI
(«L'Osservatore Romano», 14 marzo 1905, p. 3)

Ordini Equestri Pontifici

IN conseguenza del Breve Pontificio [*Multum ad excitandos*, 7 febbraio 1905: «ASS» 37 (1904-1905) 565-571] riprodotto nel nostro numero del 12 corrente, siamo autorizzati a pubblicare la presente nota comunicataci dalla Cancelleria degli Ordini Equestri, con la quale si dà l'esatta classificazione degli Ordini Equestri Pontifici; togliendo con ciò qualunque equivoco sopra altri che in qualsiasi modo potessero ritenersi come riconosciuti ed approvati dalla Santa Sede, dichiarandoli assolutamente nulli:

1°) Supremo Ordine di Cristo. Classe unica di Cavalieri Collari.

2°) Ordine Piano. L'Ordine è distinto in tre gradi: Cavalieri di 1^a Classe: *Gran Croce*; Cavalieri di 2^a Classe: *Commendatori*; Cavalieri di 3^a Classe: *Cavalieri*.

3°) Ordine di S. Gregorio Magno. L'Ordine è distinto in due classi: *Civile e Militare*. Ha in ciascuna tre gradi: Cavalieri di 1^a Classe: *Gran Croce*; Cavalieri di 2^a Classe: *Commendatori*; Cavalieri di 3^a Classe: *Cavalieri*.

4°) Ordine di S. Silvestro. L'Ordine è distinto in tre gradi: Cavalieri di 1^a Classe: *Gran Croce*; Cavalieri di 2^a Classe: *Commendatori*; Cavalieri di 3^a Classe: *Cavalieri*.

Ordine della Milizia Aurata, detto dello Speron d'oro. L'ordine ha una sola classe di *Cavalieri*. Quest'ordine destinato a premiare in modo particolare coloro che possono dichiararsi veramente benemeriti della Chiesa e del Sovrano Pontefice, è fuori rango, potendosi conferire tanto a chi nessun'altra distinzione Cavalleresca avesse della Santa Sede, quanto a chi fosse già insignito anche dell'Ordine Supremo di Cristo.

5°) Ordine del Santo Sepolcro. Di questo insigne Ordine il Sommo Pontefice riservando sempre alla Sua Augusta Persona e per Essa al Cardinale Gran Cancelliere degli Ordini Equestri la Suprema Autorità, ha accordato al Patriarca Latino di Gerusalemme il Titolo di Gran Maestro, con facoltà di concederne le Insegne a secondo delle disposizioni date in proposito.

Il Sommo Pontefice in qualche circostanza di alto rilievo, ma assai raramente, ai Commendatori dell'Ordine Piano, di S. Gregorio Magno, e di S. Silvestro conferisce per privilegio speciale l'uso della Placca, come ai Cavalieri Gran Croce, ma di dimensione minore.

2.

NOTA CIRCA L'ORDINE OSPEDALIERO DI SANTA MARIA DI BETLEMME

(«L'Osservatore Romano», 1° giugno 1933;
«Rivista Araldica» 31/10 [1933], p. 479)

Ordine Ospedaliero di Santa Maria di Betlemme

«Ci viene riferito che vengono offerte ad alte personalità e contemporaneamente a persone non degne di considerazione onorificenze di un cosiddetto Ordine di Santa Maria di Bethleem, cui a volte si attribuisce anche il titolo di "Pontificio". Siamo in dovere di dichiarare che un tale Ordine non solo non è Pontificio, ma non è affatto conosciuto dalla Santa Sede, che desidera anzi siano messe in guardia le persone alle quali vengono eventualmente offerte le suddette onorificenze».

3.

NOTA CIRCA L'ORDINE DI S. LAZZARO

(«L'Osservatore Romano», 15-16 aprile 1935, p. 2)

A proposito dell'Ordine di S. Lazzaro

I giornali italiani pubblicano sotto il titolo: «Un Ordine Cavalleresco che non esiste in Italia»:

«Risulta che viene svolta particolarmente a Genova attività intesa a far rivivere e ad introdurre in Italia l'Ordine Militare ed Ospedaliero di San Lazzaro ramo di Boigny, sia con l'offerta di onorificenze dell'Ordine per cavalieri e signore sia con articoli diretti a sostenere l'esistenza dell'Ordine quale ramo francese dell'antico Ordine di San Lazzaro di Gerusalemme, il cui ramo italiano venne fuso nel 1572 con l'Ordine di San Maurizio.

Poiché l'Ordine di San Lazzaro di Boigny, non soltanto non è riconosciuto in Italia, ma risulta, anzi, definitivamente soppresso, per lo meno sin dal 1608, ad opera del Pontefice Paolo V e del re Enrico IV, l'azione suindicata cessare procedendo, ove occorra, nei confronti dei responsabili, ai sensi di legge».

Abbiamo già più volte avuto occasione di accennare alla fioritura di pseudo-Ordini Cavallereschi, che si è notata in questi ultimi tempi in Italia e fuori: Qualunque sia la denominazione assunta da questi cosiddetti Ordini (S. Giorgio di Miolans o del Belgio, S. Maria di Nazareth, S. Maria di Bethlem, S. Lazzaro, e simili), si tratta sempre di riesumazioni di antichi Ordini Cavallereschi, che ora sono completamente estinti, fatte da persone private, le quali svolgono generalmente un'azione intensa, che finisce col sorprendere la buona fede di moltissimi, che non possono valutare al giusto punto queste iniziative sprovviste di ogni legittimità.

Il fenomeno è tanto più grave se si considera che queste iniziative, essendo poste abilmente sotto titoli di Istituzioni religiose storiche, per il più delle persone, anziché private – come sono in realtà – possono apparire sotto l'egida della Chiesa e della Santa Sede.

Non tutti sono tenuti a sapere che gli antichi Ordini Cavallereschi erano dei veri e propri Ordini Religiosi, dipendenti dall'Autorità Ecclesiastica, come ogni altro Ordine religioso, e costituiti da professi che emettevano i voti sacri prescritti dalle Regole, e godevano i redditi dei benefici ecclesiastici di cui erano investiti. Ma questi antichi Ordini, non hanno di comune se non il loro antico titolo (quando questo è stato conservato) con le moderne decorazioni Equestri, le quali per una completa trasformazione giuridica del primitivo istituto possono sussistere in quanto un Sovrano o Capo di Stato nei limiti della propria giurisdizione dà ad esse la legittima consistenza civile.

Nulla di tutto questo nel preteso Ordine di S. Lazzaro. Sotto tale denominazione canonicamente per la Santa Sede non esiste più alcun Ordine da varii secoli. Lo aveva ella infatti già soppresso e incorporato all'Ordine di S. Giovanni (attuale Ordine di Malta) sino dal secolo decimoquinto; poi nel secolo decimo sesto, dopo una parziale e temporanea resurrezione, lo soppresse nuovamente come ente a sé, e lo incorporò all'Ordine di S. Maurizio (a. 1572), dando origine così all'attuale Ordine dei Ss. Maurizio e Lazzaro.

A causa poi delle ardenti questioni politiche del tempo, in Francia, non ostante le tassative disposizioni della Santa Sede, la casa priorale di Boigny, col relativo godimento di benefici ecclesiastici, riuscì a mantenersi in vita in forza esclusiva di decreti dell'autorità regia e civile. Come si vede era

una posizione tutt'altro che canonica e regolare, per un Ordine religioso, sia pure cavalleresco! Ma poi quando nel 1608 il re di Francia Enrico IV, ad eliminare le continue difficoltà che sorgevano a questo proposito, ottenne dal Pontefice Paolo V il riconoscimento del nuovo Ordine di *Nostra Signora del Monte Carmelo*, attribuì anche a questo nuovo Ordine i beni, le case e le persone, che nei confini dei suoi Stati avevano già appartenuto all'Ordine di S. Lazzaro. Da ciò è avvenuto che in Francia sino alla Rivoluzione sia esistito un Ordine Cavalleresco che veniva chiamato cumulativamente di *Nostra Signora del Carmelo e di S. Lazzaro*; mentre tale Ordine per la Santa Sede e per la Curia Romana era soltanto l'Ordine di Nostra Signora del Monte Carmelo.

Ognuno comprende ora su quali labili arene sia stato costruito l'edificio dei preteso ordine di S. Lazzaro, oggetto del comunicato surriferito; e come siano destituiti di fondamento e di realtà i titoli di Cavalieri, Commendatori, ecc. (per i laici) di Monsignori (per gli ecclesiastici) che si attribuiscono coloro che vengono ascritti sia ad esso, come a qualunque altro dei pretesi Ordini sopra accennati.

Ad eliminare poi ogni equivoco in materia diamo la lista degli Ordini Equestri Pontifici: 1) Il Supremo Ordine di Cristo; 2) L'Ordine dello Sporon d'oro; 3) L'Ordine Piano; 4) L'Ordine di S. Gregorio Magno; 5) L'Ordine di S. Silvestro.

Oltre di questi, una particolare menzione deve farsi anche del Sovrano Ordine di Malta e dell'Ordine del S. Sepolcro; il primo per se stante, conservando tuttora il suo carattere conventuale; il secondo, perché posto sotto la protezione della Santa Sede.

4.

NOTA CIRCA L'ORDINE DELLA MERCEDE
PER LA REDENZIONE DEGLI SCHIAVI

(«L'Osservatore Romano», 22 novembre 1946, p. 1)

Siamo autorizzati a confermare che l'Ordine della Mercede per la Redenzione degli Schiavi è approvato e riconosciuto dalla Santa Sede *esclusivamente* quale Ordine Religioso Mendicante, privo di ogni facoltà relativa a concessioni di insegne o di titoli con aspetto di onorificenza cavalleresca. In conseguenza, ai diplomi dei così detti titoli e gradi cavallereschi dell'Ordine della Mercede, qualunque data e sigillo essi portino e da qualsiasi persona, ecclesiastica o laica, siano firmati, la Santa Sede non riconosce alcun valore.

5.

NOTA CIRCA GLI ORDINI CAVALLERESCHI

(«L'Osservatore Romano», 19 febbraio 1947, p. 1;
ripubblicato il 22 marzo 1953, p. 1)

Precisazione

Da qualche tempo si avverte il deplorevole fenomeno del sorgere di pretesi Ordini cavallereschi ad opera di iniziative private, che hanno il fine di sostituirsi alle forme legittime di onorificenze cavalleresche. Come altre volte già si è avvertito, questi sedicenti Ordini assumono il loro nome sia da Ordini realmente esistiti, ma da secoli estinti, sia da Ordini rimasti allo stato di progetto, sia infine da Ordini veramente fittizi e che non hanno mai avuto un qualsiasi precedente nella storia. Per maggiore confusione di idee poi da coloro, che ignorano la vera storia degli Ordini Cavallereschi e della loro evoluzione giuridica, a queste iniziative private, che si dichiarano autonome, vengono anche attribuite qualifiche, che ebbero la loro ragione d'essere nel passato, o che furono proprie di Ordini autentici, approvati a suo tempo dalla Santa Sede. Perciò, con una terminologia quasi monotona, questi così detti Ordini si attribuiscono, chi più chi meno, il titolo di Sacri, Militari, Equestri, Cavallereschi, Costantiniani, Capitolari, Sovrani, Nobiliari, Religiosi, Angelici, Celesti, Lascaridi, Imperiali, Reali, Delcassiani, ecc.

Nell'ambito di tali iniziative private, che non hanno in alcun modo una approvazione o un riconoscimento qualsiasi dalla Santa Sede, si possono annoverare i così detti Ordini di S. Maria o Nostra Signora di Betlem, di S. Giovanni d'Acri, detto anche semplicemente di S. Giovanni Battista, di S. Tommaso, di S. Lazzaro, di S. Giorgio di Borgogna, detto anche del Belgio o di Miolans, di S. Giorgio di Carinzia, del costantiniano di S. Stefano, del costantiniano Lascaride Angelico della Milizia Aurata, della Corona di Spine, del Leone della Croce Nera, di Sant'Uberto di Lorena o di Bar, della Concordia, di Nostra Signora della Pace... (a tutti questi e altri simili così detti Ordini cavallereschi con le annesse Associazioni di Croci d'Oro, di Argento, Azzurre, ecc., più o meno internazionali, devono certamente aggiungersi quelli che con qualcuno degli appellativi su accennati hanno assunto il titolo dalla Mercede, da S. Brigida di Svezia, da S. Rita da Cascia, dalla Legion d'Onore dell'Immacolata, da S. Giorgio di Antiochia, da S. Michele, da S. Marco, da S. Sebastiano, da S. Guglielmo, dallo storico non più esistente Ordine del Tempo, dall'Aquila rossa di S. Cirillo di Gerusalemme, ecc.).

Ad evitare equivoci purtroppo possibili, anche a causa dell'uso indebito di documenti pontifici od ecclesiastici, già rilasciati per fini religiosi, o per Ordini semplicemente monastici, e ad impedire la continuazione di abusi, che poi risultano a danno di molte persone in buona fede, siamo autorizzati a dichiarare che la Santa Sede non riconosce alcun valore ai diplomi cavallereschi e alle relative insegne, che siano rilasciati dai così detti su indicati Ordini.

6.

NOTA CIRCA L'ORDINE DI S. BRIGIDA DI SVEZIA

(«L'Osservatore Romano», 9 aprile 1970, p. 2; «Rivista Araldica» 68/4 [1970], pp. 126 e 127)

Precisazione

In seguito ad una solenne funzione per l'investitura di nuovi Cavalieri dell'Ordine Cavalleresco di S. Brigida di Svezia, avvenuta di recente in una chiesa parrocchiale di Roma, vari lettori ci hanno chiesto informazioni circa l'atteggiamento della Santa Sede di fronte ad Ordini Cavallereschi aventi intitolazioni sacre o dedicati a Santi.

Siamo ora in grado di confermare quanto già pubblicato in proposito, in passato, dal nostro giornale: la Santa Sede, oltre ai propri Ordini Equestri, riconosciuti dal Diritto Internazionale, considera come cattolici – e tutela – due soli Ordini Cavallereschi: il Sovrano Militare Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme, detto di Malta, e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme.

Tutti gli altri Ordini – di nuova istituzione o fatti derivare da quelli medievali – come, per esempio, il su nominato Ordine di Santa Brigida, quelli di Nostra Signora di Betlemme e di S. Giovanni d'Acri, ecc., non sono riconosciuti dalla Santa Sede, non potendosi questa far garante della loro legittimità storica e giuridica, delle loro finalità e dei loro sistemi organizzativi.

7.

NOTA CIRCA IL SOVRANO E MILITARE ORDINE DEL TEMPIO
DI GERUSALEMME

(«L'Osservatore Romano», 18 luglio 1970, p. 2)

Diffida

In questi ultimi tempi e con accresciuta insistenza, la Sede Apostolica, tanto al centro, cioè nella Segreteria di Stato, quanto alla periferia, cioè presso al-

cune Rappresentanze Pontificie, è stata fatta oggetto di insistenze da parte di emissari di un certo Ordine Cavalleresco, che si attribuisce i titoli di *Sovrano e Militare del Tempio di Gerusalemme*.

Di fronte a questo atteggiamento inqualificabile, siamo autorizzati a mettere in guardia quanti appartengono alla Gerarchia, in Italia e all'Estero, ricordando che la Santa Sede riconosce soltanto il Sovrano Militare Ordine Gerosolimitano detto di Malta e quello Equestre del Santo Sepolcro.

Nel caso specifico di cui ora ci occupiamo, sono troppo note le vicende storiche dell'antico Ordine del Tempio (dei Templari), che fu soppresso dal Pontefice Clemente V (1305-1314) e non fu mai restaurato da alcun altro successore.

Quindi questa moderna sua restaurazione, aggravata dalla pretesa denominazione di «Sovrano», non può che apparire un abuso e quindi illegittima.

8.

NOTA CIRCA IL SOVRANO ORDINE DI S. GIOVANNI DI GERUSALEMME
(«L'Osservatore Romano», 28 novembre 1976, p. 2)

Precisazione

Da varie parti ci sono state chieste informazioni sul «Sovrano Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme» e, in particolare, come esso sia considerato dalla Santa Sede.

A tale riguardo, siamo autorizzati a riconfermare le precisazioni pubblicate in passato dal nostro giornale. La Santa Sede, oltre ai propri Ordini Equestri, riconosce due soli Ordini cavallereschi: il Sovrano Militare Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme, detto di Malta, e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme.

Nessun altro Ordine – o di nuova istituzione o derivato da omonimo Ordine medievale – gode di tale riconoscimento, non potendo la Santa Sede garantirne la legittimità storica e giuridica. Questo è anche il caso del su nominato «Sovrano Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme», il quale ripete peraltro in forma quasi identica, e tale da creare ambiguità, la denominazione del Sovrano Militare Ordine di San Giovanni di Gerusalemme, più comunemente noto come Sovrano Militare Ordine di Malta.

9.

NOTA CIRCA GLI ORDINI EQUESTRI

(«L'Osservatore Romano», 4 luglio 2002, p. 2)

Precisazione

Vari lettori ci hanno chiesto informazioni circa l'atteggiamento della Santa Sede nei confronti di Ordini Equestri dedicati a Santi o aventi intitolazioni sacre.

Al riguardo, siamo autorizzati a confermare quanto già pubblicato in passato dal nostro giornale: la Santa Sede, oltre ai propri Ordini Equestri, riconosce e tutela due soli Ordini Cavallereschi: il Sovrano Militare Ordine di Malta – ovvero Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme, di Rodi e di Malta – e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme.

10.

NOTA CIRCA L'ORDINE DEL TEMPIO

(«L'Osservatore Romano», 21 maggio 2006, p. 2)

Precisazione

Negli ultimi tempi, in Germania, sono circolate con insistenza voci, di un presunto riconoscimento da parte della Santa Sede del c.d. *Ordine del Tempio* (*Templerorden*) e da più parti sono pervenute richieste di informazioni in merito all'autenticità di una lettera recante la firma dell'Em.mo Cardinale Segretario di Stato, che avallerebbe il vantato riconoscimento.

Al riguardo, siamo autorizzati a dichiarare che tale lettera è falsa e non fa onore a quanti l'hanno prodotta. Com'è noto, l'antico *Ordine del Tempio* (*Templari*) fu soppresso dal Pontefice Clemente V (1305-1314) e non fu mai restaurato da alcun altro successore.

Per quanto concerne gli *Ordini Cavallereschi*, possiamo confermare quanto già pubblicato in passato dal nostro giornale: la Santa Sede, oltre ai propri Ordini Equestri, riconosce e tutela soltanto il Sovrano Militare Ordine di Malta – ovvero Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme, di Rodi e di Malta – e l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme.

INDICAZIONI PER I COLLABORATORI

LE collaborazioni devono inviarsi al Direttore della Rivista per posta elettronica in formato Word o RTF.

Le collaborazioni destinate alle Sezioni “Dottrina” e “Note e commenti” non possono oltrepassare i 70 mila caratteri, tutto compreso (abstracts, keywords, note, spazi, ecc.).

Ogni contributo deve includere un abstract nella lingua in cui è scritto lo studio e in inglese; complessivamente non devono superare i 1000 caratteri, spazi inclusi. Se lo studio è scritto in lingua inglese l’abstract dovrà essere redatto anche in italiano. E, inoltre, un massimo di 5 keywords (parole chiave), anche nelle 2 lingue. Tali abstract e keywords rientrano nel lavoro dell’autore del contributo.

Le note a sentenze o ad altri documenti e le note bibliografiche non possono oltrepassare i 45 mila caratteri, tutto compreso.

Le recensioni invece non devono superare i 12 mila caratteri.

Le collaborazioni devono indicare la principale mansione (solo una) accademica o professionale dell’Autore e un indirizzo E-Mail efficace da indicare sul contributo.

Le collaborazioni devono essere inedite ed originali. L’Autore potrà usare liberamente il testo dopo la sua pubblicazione citando «Ius Ecclesiae» come sede originale della pubblicazione. Il Comitato editoriale potrà valutare l’opportunità di pubblicare testi non ancora stampati destinati agli atti di convegni. Di tale circostanza l’Autore deve informare in una previa nota in calce.

Ricevuto il testo della collaborazione, la Rivista informerà l’Autore di averlo ricevuto e dell’avvio della procedura anonima di revisione da parte di due correttori (peer-reviewers) i quali valuteranno se il contenuto e la forma sono confacenti con i criteri scientifici vigenti nel diritto canonico e discipline affini.

I Valutatori dovranno accertare nello scritto la esistenza dei seguenti parametri:

1) pertinenza dello scritto al settore scientifico dello IUS 11 (disciplina giuridica del fenomeno religioso; diritto ecclesiastico; diritto canonico; storia e sistemi dei rapporti Stato/Chiesa; storia delle istituzioni religiose; diritto comparato delle religioni; diritto del pluralismo confessionale, ecc.: cfr. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, Decreto Ministeriale 7 giugno 2012 n. 76);

2) conoscenza critica della dottrina e della giurisprudenza relativa;

3) correttezza metodologica;

4) chiarezza espositiva;

5) originalità.

La valutazione dello scritto potrà portare ai seguenti risultati:

A) pubblicabile puramente e semplicemente, salvo gli adeguamenti ai criteri redazionali della Rivista;

B) pubblicabile dopo alcune correzioni (indicate);

C) pubblicabile subordinatamente ad adeguata rielaborazione (se ne devono indicare motivatamente le ragioni);

D) non pubblicabile.

I giudizi dei Valutatori saranno inviati in forma anonima all'Autore dello scritto nel termine di 60 giorni utili dal momento dell'arrivo dell'originale alla Segreteria della Rivista.

Il testo da giudicare deve essere considerato come sottoposto a segreto fino alla pubblicazione e il giudizio dei Valutatori dovrà comunque rimanere segreto.

Una volta pubblicato il testo, l'autore riceverà un file pdf con l'estratto del suo contributo. La *Fabrizio Serra editore* permette agli Autori l'utilizzo del PDF della versione finale pubblicata di un loro articolo per l'auto-archiviazione (sul sito personale dell'Autore) e/o per l'archiviazione in un archivio libero (su un server non-profit) *gratuitamente* dopo 18 mesi dalla pubblicazione. Deve essere citata la fonte della pubblicazione e deve essere attivato un link alla home page ufficiale dell'Editore. Per altri usi, vedi www.libraweb.net/openaccess.php.

COMPOSTO IN CARATTERE SERRA DANTE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Maggio 2021

(CZ 2 · FG 3)





FABRIZIO SERRA · EDITORE

Pisa · Roma

www.libraweb.net

Fabrizio Serra Regole editoriali, tipografiche & redazionali

Seconda edizione

Prefazione di Martino Mardersteig · Postfazione di Alessandro Olschki

Con un'appendice di Jan Tschichold

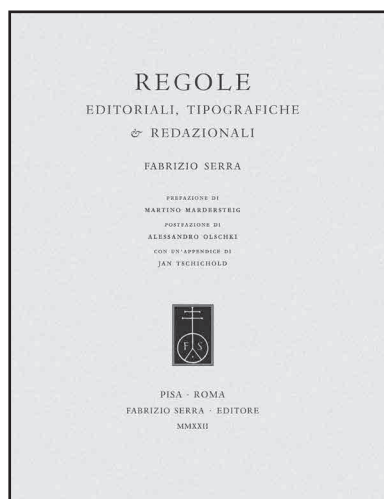
DALLA 'PREFAZIONE' DI MARTINO MARDERSTEIG

[...] **O**GGI abbiamo uno strumento [...], il presente manuale intitolato, giustamente, 'Regole'. Varie sono le ragioni per raccomandare quest'opera agli editori, agli autori, agli appassionati di libri e ai cultori delle cose ben fatte e soprattutto a qualsiasi scuola grafica. La prima è quella di mettere un po' di ordine nei mille criteri che l'autore, il curatore, lo studioso applicano nella compilazione dei loro lavori. Si tratta di semplificare e uniformare alcune norme redazionali a beneficio di tutti i lettori. In secondo luogo, mi sembra che Fabrizio Serra sia riuscito a cogliere gli insegnamenti provenienti da oltre 500 anni di pratica e li abbia inseriti in norme assolutamente valide. Non possiamo pensare che nel nome della proclamata 'libertà' ognuno possa comporre e strutturare un libro come meglio crede, a meno che non si tratti di libro d'artista, ma qui non si discute di questo tema. Certe norme, affermate e consolidate nel corso dei secoli (soprattutto sulla leggibilità), devono essere rispettate anche oggi: è assurdo sostenere il contrario. [...] Fabrizio Serra riesce a fondere la tradizione con la tecnologia moderna, la qualità di ieri con i mezzi disponibili oggi. [...]

*

DALLA 'POSTFAZIONE' DI ALESSANDRO OLSCHKI

[...] **Q**UESTE succinte considerazioni sono soltanto una minuscola sintesi del grande impegno che Fabrizio Serra ha profuso nelle pagine di questo manuale che ripercorre minuziosamente le tappe che conducono il testo proposto dall'autore al traguardo della nascita del libro; una guida puntualissima dalla quale trarranno beneficio non solo gli scrittori ma anche i tipografi specialmente in questi anni di transizione che, per il rivoluzionario avvento dell'informatica, hanno sconvolto la figura classica del 'proto' e il tradizionale intervento del compositore.



Non credo siano molte le case editrici che curano una propria identità redazionale mettendo a disposizione degli autori delle norme di stile da seguire per ottenere una necessaria uniformità nell'ambito del proprio catalogo. Si tratta di una questione di immagine e anche di professionalità. Non è raro, purtroppo, specialmente nelle pubblicazioni a più mani (atti di convegni, pubblicazioni in onore, etc.) trovare nello stesso volume testi di differente impostazione redazionale: specialmente nelle citazioni bibliografiche delle note ma anche nella suddivisione e nell'impostazione di eventuali paragrafi: la considero una sciatteria editoriale anche se, talvolta, non è facilmente superabile. [...]

Ristampa 2022, cm 17 × 24, 220 pp.,

€ 34,00

ISBN: 978-88-6227-144-8

*Le nostre riviste Online,
la nostra libreria Internet*

www.libraweb.net

★

*Our Online Journals,
our Internet Bookshop*

www.libraweb.net



Fabrizio Serra
Editore®



Accademia
editoriale®



Istituti editoriali
e poligrafici
internazionali®



Giardini editori
e stampatori
in Pisa®



Edizioni
dell'Ateneo®



Gruppo editoriale
internazionale®

Per leggere un fascicolo saggio di ogni nostra rivista si visiti il nostro sito web:

To read a free sample issue of any of our journals visit our website:

www.libraweb.net/periodonline.php

