

*DIRITTO ALLA DIFESA  
E PROCEDURA PENALE  
AMMINISTRATIVA  
IN DIRITTO CANONICO*

---

*Giuseppe di Mattia*

I. PROFILI GENERALI DEL PROBLEMA

1. *"L'uomo è la via della chiesa"!*

È una ardita espressione del papa "venuto da lontano", Giovanni Paolo II, nella sua prima e programmatica enciclica, *Redemptor hominis*, 4 marzo 1979, *Pontificali eius Ministerio ineunte*<sup>1</sup>.

È una ardita espressione perchè sintetizza tutto il travaglio di aggiornamento della Chiesa del Concilio Vaticano II per la individuazione dei "segni dei tempi"<sup>2</sup>.

È una espressione così illuminante, che deve aver colpito lo stesso Autore al punto tale da riproporla in un avvenimento

<sup>1</sup>. AAS, 71 (1979), p. 285, n. 14 e "Enchiridion Vaticanum" (= EV), 6, p. 821, n. 1211.

<sup>2</sup>. L'espressione è il punto di arrivo del pensiero teologico-ecclesiologico, che pone l'uomo al centro del creato e redento dal Sangue di Cristo, avendo il Sommo Pontefice ivi precisato: "hominem dicimus unumquemque, quatenus tota eius neque iterabilis *realitas* existentiae et actionis, intellectus et voluntatis, conscientiae et cordis consideratur" (*ibidem*, p. 284, n. 14 e EV, p. 818, n. 1209).

storico, "spartiacque" nella storia del popolo europeo, meglio, di tutto il mondo: nel saluto al Presidente dell'Unione Sovietica, Mikhail Gorbaciov, in visita ufficiale al Papa il 1 dicembre 1989.

Egli la mette in risalto nel contesto di una comune collaborazione, che "è possibile giacchè ha come oggetto e soggetto l'uomo", punto di riferimento "fin dall'inizio del mio Pontificato"<sup>3</sup>.

2. Logica conseguenza è il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana, a questa dovuti in quanto tale perchè radicati nello *jus naturae*.

Su di essa insiste continuamente, ed è ritornato energicamente in un recentissimo discorso, affermando: "Spetta ai giuristi, soprattutto, smascherare le tentazioni che possono ancora manifestarsi di non vedere nei diritti dell'uomo che delle opzioni, senza altra garanzia che un consenso filantropico abbastanza vago o una volontà politica aleatoria. La riflessione sul diritto naturale si avvicina sempre più al suo fine quando giunge a riconoscere nell'uomo la sua qualità di persona"<sup>4</sup>.

3. Il loro riconoscimento teorico ha un vuoto significativo, se essi non trovano, nell'organizzazione in cui la persona vive e opera, una concreta libertà di esercizio e una adeguata tutela.

Nell'ambito della convivenza politico-sociale lo strumento proprio per la loro tutela è l'amministrazione della giustizia attraverso "il processo di giustizia". Con esso si fanno "riemergere antichi valori: si tende ad assicurare un contraddittorio forte, a degerarchizzare il giudice, a garantire il diritto di difesa... Cosicchè il processo si afferma come

<sup>3</sup>. AAS, 82 (1990), p. 697.

<sup>4</sup>. Discorso ai partecipanti al Colloquio Internazionale su "Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI sec.", Roma 10-13 gennaio 1991, organizzato dall'Unione Nazionale Giuristi Cattolici e patrocinato dall'Union Internationale des Juristes Catholiques, in "L'Osservatore Romano", traduz. dal francese, 12 gennaio 1991, p. 5, n. 3.

strumento fondamentale per la convivenza, dunque per la tutela della persona; anzi come momento centrale di questa tutela. E, poichè la persona umana è il valore dei valori, il vertice da cui si dipartono tutte *le strade del mondo*, la perdurante e viepiù accresciuta importanza del processo è un bene apprezzabile<sup>5</sup>.

In questa prospettiva il processo è la via obbligata, quando è inevitabile il conflitto, affinché si possa raggiungere, seconda una icastica immagine, la "attuazione giusta della giustizia"<sup>6</sup>. Ciò si compie –ribadisce Giovanni Paolo II– con *"il giusto processo*, che è oggetto di un diritto dei fedeli (cfr. can. 221) e costituisce al contempo *una esigenza del bene pubblico della Chiesa*. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia *strumentale* che conduce alla giustizia *sostanziale*"<sup>7</sup>.

4. Su questa linea di pensiero e di effettiva concretizzazione si muovono i criteri direttivi per la revisione del Codice. Ad essi il Documento 1967 dedica ben due paragrafi e non disdegna di dichiarare che "qua in re haud raro jus processuale civile exemplo esse posse indubitatum esse", precisando che l'"usus huius potestatis in Ecclesia arbitrarius esse non potest" e che, in base alla

<sup>5</sup>. Dalla sintesi della Relazione di FAZZALARI, E., *Valori permanenti del processo*, al Convegno Celebrativo del Quarantesimo dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma 9-11 dicembre 1988, sul tema: *Diritto naturale. Verso Nuove prospettive*, in "Vita dell'Unione", 37 (1988), n. 12, p. 122.

<sup>6</sup>. CAPOGRASSI, G., *Intorno al processo*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1938, p. 272, citato da BERTOLINO, R., *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal Vecchio al nuovo Codice di Diritto Canonico*, Torino 1983, p. 16.

<sup>7</sup>. Discorso del 18 gennaio 1990 ai Prelati ecc. della Rota Romana in AAS, 82 (1990), p. 876; anche in *Communicationes*, 22 (1990), p. 7 (i corsivi del testo sono di questa rivista). Interessantissima tutta l'allocuzione, che evidenzia la intrinseca pastoralità nella fedele e puntuale osservanza di ogni tipo di legge, comprese quelle penali e processuali.

*radicalis aequalitas*, fra tutti i *christifideles*, "unicuique christifidelium jura agnoscenda ac tuenda sunt", perchè fondati nella legge naturale e divina positiva e derivanti "ob insitam sociale conditionem quam in Ecclesia acquirunt et possident"<sup>8</sup>.

5. Va subito detto che il nuovo CJC ha accolto quanto meno nella sua profonda e globale animazione questa incoercibile istanza.

Lo stesso legislatore si premura di affermarlo quando pone in risalto il *magnus nixus* di trasferire in linguaggio *canonistico* il contenuto della ecclesiologia conciliare<sup>9</sup>; ad esso si richiama, come quando avverte che "anche il nuovo Codice ha aperto nuovi orizzonti, ha semplificato le procedure, ha alleviato il diritto penale, ha assunto un atteggiamento che non è solamente più umano, ma è pure più evangelico, raccomandando di evitare in quanto possibile i processi, e di cercare invece i mezzi d'intesa più delicati, di ricorrere con maggiore facilità all'arbitrato (cfr. cann. 1341, 1446, 1713-1714, 1733-34)"<sup>10</sup>.

6. La modalità più pertinente, che intende soddisfare l'universo dei diritti fondamentali della persona, è significata nel can. 221 CJC, il cui fulcro vitale della triplice angolazione è la rigorosa osservanza delle norme relative allo specifico diritto messo in discussione: la *vindicatio* dei propri diritti (§ 1); la *vocatio in judicium* (§ 2); la *applicatio* delle pene (§ 3). Tutte e tre le previsioni impongono il rispetto del diritto sostantivo e

<sup>8</sup>. Documento: *Principia quae Codicis Juris Canonici recognitionem dirigant*, approvato dal Primo Sinodo dei Vescovi nell'ottobre 1967, in *Communicationes*, 1 (1969), pp. 82-83, nn. 6-7; anche il n. 5, in fine, per il richiamo al diritto processuale statale.

<sup>9</sup>. Const. Apost. *Sacrae Disciplinae Leges*, in AAS, 75 (1983), p. XI.

<sup>10</sup>. Discorso all'Unione Giuristi Cattolici Italiani (v. nota 5), in AAS, 81 (1989), p. 765.

formale: *ad normam juris* nel primo caso; *servatis juris praescriptis cum aequitate applicandis* nella seconda ipotesi; *ad normam legis* è il dettato della terza previsione.

Su questa, che esprime la patologia dell'armonia sociale e comunionale, si rivolgono le mie riflessioni, aventi come punto base il § 3 del citato can. 221; "Christifidelibus jus est, ne poenis canonicis nisi ad normam juris plectantur".

Poichè l'applicazione delle pene presuppone necessariamente una procedura, il citato paragrafo va letto e posto in essere in collegamento con il precedente § 2 dello stesso canone, che detta appunto l'osservanza delle norme procedurali nello spirito di giustizia e di equità, valevoli per raggiungere il meraviglioso equilibrio della *aequa proportio cum delicto*, di cui al can. 2218 CJC 1917.

7. Nel quadro generale della prospettata rilevazione, il punto centrale che intendo prendere in considerazione è individuato nel can. 1342, che recita:

"Quoties justae obstant causae ne judicialis processus fiat, poena irrogari vel declarari potest per decretum extra iudicium... (§ 1). Per decretum irrogari vel declarari non possunt poenae perpetuae, neque poenae quas lex vel preceptum eas constituens vetet per decretum applicare (§ 2)".

È la statuizione nel vigente *Codex Juris Canonici* 1983 dei due procedimenti per l'infrazione della pena: quello giudiziale e quello amministrativo, in sintonia con i cann. 1341 (diritto sostantivo) e 1718, § 1/3 e 1720 (diritto formale).

La semplice enunciazione di questa doppia figura lascia perplessi lo studioso e l'operatore del diritto e li pone di fronte a un interrogativo, che va esaminato alla luce della teoria generale del diritto e delle attuali acquisizioni della scienza penalistica: il procedimento penale amministrativo offre tutte le garanzie di tutela della persona, particolarmente cogenti in campo penale?

A prima vista, e sotto molteplici aspetti, va detto che ci troviamo di fronte a una anomalia giuridica, tanto più appariscente se si fa riferimento agli ordinamenti statuali, riferimento legittimato dal citato passaggio del Documento 1967 (v. sopra n. 4).

8. L'economia del presente lavoro non ci consente di affrontare neppure brevemente la problematica in oggetto, per quanto stimolante, e valutarla nei suoi aspetti di dottrina e di prassi.

L'interrogativo incalza nel prendere in esame lo *jus conditum*: il procedimento penale amministrativo tutela adeguatamente la persona, copre tutte le garanzie previste dalla procedura giudiziale, soprattutto il contraddittorio e la difesa, la assoluta indipendenza del giudice e la collegialità della sentenza?

Il problema non è di oggi; è una antica *vexata quaestio*, che ha assunto una accentuazione acuta con il Codice 1917. Si è riaccesa nella revisione del nuovo Codice<sup>11</sup>.

9. In via preliminare è importante porre in risalto un dato di fatto, che sembra denunciare la palese e predeterminata preferenza delle varie categorie dei *Superiores* circa la scelta della via meno impegnativa ma più autoritaria.

Si tratta invero dello stridente contrasto tra la enunciazione astratta del dettato normativo e la sua reale applicazione.

È il dato di fatto che posi in evidenza or sono lunghi anni come prosecuzione di una precedente ricerca: il quasi totale *silentium* della giurisprudenza in materia penale presso i tribunali

<sup>11</sup>. MARZOA, A., *Doble vía, administrativa y judicial, en la imposición de penas canónicas*, in "Ius Canonicum", 20 (1980), pp. 167-187. Lo studio, con la sua ricca bibliografia codiciale 1917, inquadra la problematica ampiamente e accuratamente, presentando i vantaggi e gli svantaggi dell'una e dell'altra via; conclude per la preferenza alla via giudiziale.

ecclesiastici e specificamente presso la Rota Romana a far tempo dalla sua ricostituzione e ripresa attività<sup>12</sup>.

In un ordinamento giuridico, vivente e vitale, questo *silentium* è veramente sbalorditivo; sotto il profilo giuridico –mi si consenta di dirlo– assume tutte le caratteristiche di un *monstrum*.

10. A tutt'oggi le cose sono invariate. Ciò ha richiamato nuovamente l'attenzione degli studiosi, i quali, nello scorcio di vita del Codice, così ragionano: A differenza di quanto succede per gli altri casi, il passar del tempo non ha giovato a chiarire le difficoltà del problema, nonostante fosse manifesto il diverso apprezzamento del Codice, il quale dedica ben 27 canoni (cann. 1933-1959 CJC 1917) per la trattazione del processo giudiziale e appena 2 canoni (cann. 1933 e 2225 CJC 1917) per la trattazione della via extragiudiziale; viceversa la prassi "ha sido totalmente opuesta: las penas impuestas o declaradas mediante sentencia judicial son escasísimas; por el contrario, el decreto gubernativo ha constituido la técnica procedimental ordinaria de imposición o declaración de todo tipo de penas"<sup>13</sup>.

Perchè? Di fronte a una tale constatazione penso che si possa condividere la riflessione di chi osserva: "A questo punto è lecito chiedersi se davvero s'incontrino *justae causae* così numerose e

<sup>12</sup>. Cfr. CIPROTTI, P., *Rassegna di giurisprudenza rotale in materia penale*, in «Archivio di Diritto Ecclesiastico», 2 (1940), pp. 128-139, 250-260, 369-373 e 583-588, e di MATTIA, G., *Il diritto penale canonico nella giurisprudenza della S.R. Rota*, in «Ephemerides Iuris Canonici», 16 (1960), pp. 158-202. Ambedue le ricerche coprono l'arco di tempo che va dal 1908 al 1960, oltre 50 anni: la prima, dal 1908 al 1935; la seconda, dal 1936 al 1960. Si tenga presente che il Tribunale della Sacra Romana Rota *silet* dal 1870, in seguito ai noti avvenimenti del Risorgimento Italiano; riprende la sua attività con la Cost. Apost. *Sapienti Consilio* di S. Pio X del 1908.

<sup>13</sup>. MARZOA, A., *op. cit.*, p. 170, per le prime osservazioni; il passaggio in lingua spagnola, ripreso dal suddetto, è di ARIAS GÓMEZ, J., *Reforma del sistema penal canónico*, in "Ius Canonicum", 15 (1975), p. 207.

frequenti da spiegare perchè ogni anno le cause giudiziarie penali siano rarissime in tutto il mondo"<sup>14</sup>.

11. La *vexata quaestio* si è riaccesa nella sistematica del nuovo Codice, portandosi dietro, inevitabilmente, tutto il peso della sua problematica.

L'interiore inquietudine, che agita il problema, può ritenersi ineliminabile perchè è insita, a mio avviso, nella struttura stessa dell'istituto. Lo dimostra l'*iter* di revisione del Codice, che ha momenti e battute veramente tormentate, giacchè il "Coetus studiorum de re poenali", consapevole degli aspetti negativi del Codice 1917, si sentiva impegnato a rimuoverli o quanto meno a ridurli al minimo della tollerabilità. È uno stato di tensione, che emerge dai primi passi del lavoro di aggiornamento del Codice.

Di quanto affermo, ho la possibilità di presentare dati e passaggi testuali inediti, di prima mano<sup>15</sup>.

<sup>14</sup>. OMBRES, R., *Giustizia ed equità nel nuovo Codice di Diritto Canonico Latino: note introduttive*, in "Apollinaris", 61 (1988), p. 723.

<sup>15</sup>. Mi è doveroso esprimere da queste pagine il mio più vivo grazie a S. Em. il card. R.J. Castillo Lara, già Presidente del Pontificio Consiglio dell'Interpretazione dei Testi Legislativi, e a S. Ecc. Mons. Julián Herranz, Segretario del medesimo Pontificio Consiglio, che mi hanno consentito la consultazione e l'utilizzazione degli Atti del "Coetus studiorum de re poenali" ancora inediti.

Non è possibile fare una loro puntuale citazione, giacchè questi non hanno una numerazione progressiva; ogni documento ha una propria impaginazione.

Il materiale documentario del diritto penale è raccolto in due volumi, scanditi dalle lettere dell'alfabeto. Quello della materia processuale penale, relativo al nostro problema, è raccolto nel *De Processibus*, vol. V, anche questo distinto nelle parti con lettere dell'alfabeto.

Per il materiale pubblicato rinvio a FOX, J.-CORBELLINI, G. (cura et studio), *Synthesis generalis laboris Pontificiae Commissionis Codici Juris Canonici recognoscendo*, in *Communicationes*, 19 (1987), pp. 262-308. La *Synthesis* è una fonte preziosissima per risalire alla tematica, cui lo studioso è interessato.

## II. L'ITER DI FORMAZIONE DELLA NORMA

12. Nel 1965 hanno inizio ufficialmente i lavori di revisione del Codice 1917. Contestualmente viene formato il "Coetus studiorum de re poenali", del quale è Presidente e protagonista infaticabile il prof. Pio Giprotti<sup>16</sup>.

Ai membri del "Coetus" viene inviato con lodevole sollecitudine un elaborato contenente le "Quaestiones praeviae aggrendiae de jure poenali", basilari per la prima stesura progettuale di uno Schema articolato.

La V pone il problema del procedimento da adottare nella irrogazione o dichiarazione della pena canonica; il problema, si avverte, non è chiaro e urge chiarirlo.

Le risposte non tardano e tutte puntano sulla esigenza primaria e irrinunciabile: il valore della persona, anche se imputata di un delitto.

13. Un consultore prospetta, in via pregiudiziale, la necessità di garantire con vigore il diritto alla difesa, sicchè questo non si riduca a un semplice *pro forma*, divenendo piuttosto dannoso che favorevole; invoca inoltre un procedimento rapido, che si potrebbe qualificare anche amministrativo, ma "forma stricte judicialis saltem imitando"<sup>17</sup>.

<sup>16</sup>. Per una breve ma ricca sintesi, con dati anche statistici, dell'immane lavoro svolto per la revisione del Codice 1917, è importante tener presente il *Praenotanda dello Schema Codicis Juris Canonici juxta animadversiones... recognitum*, Libr. Editr. Vat. 1980, pp. V-X.

Per maggiori dettagli e completezza si tengano presenti: D'OSTILIO, F., *La storia del nuovo Codice di Diritto Canonico - Revisione, Promulgazione, Presentazione*, Libr. Editr. Vat. 1983, pp. 143, a carattere analitico-descrittivo; FRANCK, B., *Vers un nouveau droit canonique?*, Paris 1983, p. 300, di notevole valore scientifico per il suo carattere sistematico e critico.

<sup>17</sup>. *Vol. I/A*, voto di Mons. Pietro Mattioli dell'8 settembre 1966, pp. 1 e 7.

14. Vi è chi lamenta la assenza dei procedimenti giudiziari e tenta una rapida analisi delle cause: inadeguatezza dei tribunali e paura degli scandali; prosegue, affermando: "Methodus autem infligendi poenas illasque declarandi extra iudicium non est certe optimum quod desideratur. Pericula quae methodus haec continet, mere speculativa et absque fundamento non sunt"

Per uscire dal "vicolo cieco" traccia un triplice "remedium", dal quale emerge la inviolabilità del diritto alla difesa: "semper tamen caveatur ut reus defensorem habeat"; e conclude optando per la forma giudiziale, resa più agile: "forma tamen iudicii criminalis magis apta, agilis et expedita adoptari debet"<sup>18</sup>.

15. Un terzo consultore ritorna a lamentare la situazione attuale, precisando che la "sententia iudicialis praevalere debet" attraverso un procedimento più semplice e la seria preparazione dei giudici.

Nella eventualità di adottare nuovamente il processo amministrativo, questo "accuratius est describendus, dum sollemnitates ad minimum sunt redigendae"; propone infine una serie di cautele, tra le quali il posto principale spetta al diritto alla difesa e alle formalità richieste per la sentenza; il tutto *ad valorem*<sup>19</sup>.

16. Uno solo, pur riprendendo le lagnanze circa l'assenza dei "iudicia criminalia" per mancanza e incapacità del clero, è decisamente orientato per la via amministrativa.

Con piglio energico scrive testualmente: "Inutile ergo et nocivum est exitum processus criminalis exspectare, sed poenis praeecepto inflictis vel declaratis est providendum, nulla interposita mora sed sola rei veritate inspecta"<sup>20</sup>.

18. Vol. I/A, voto di p. Marco Said del 27 novembre 1966, pp. 19 e 22.

19. Vol. I/A, voto di p. Peter Huizing (senza data), p. 14.

20. Vol. I/A, voto di p. Guglielmo O'Connell del 10 ottobre 1966, p. 5.

17. Nella rielaborazione di sintesi dei voti dianzi citati viene rimarcata la gravità del problema; ciò nonostante già si profila l'orientamento di una reintroduzione del procedimento amministrativo. È quanto si legge, a mio avviso, tra le righe del passaggio, che testualmente trascrivo: "Praesertim ut in tuto habeatur jus defensionis (cfr. optime de hac re votum Ill.mi et Rev.mi Mons. Mattioli) et cautiones omnes adhibeantur quae humanitus adhiberi possint, ut vitentur iniustae condemnationes; de qua re videntur Codicis vigentis 1917 normae omnino satis non esse"<sup>21</sup>.

Il ricorso a sforzi sovrumani è la confessione della radicale incapacità di superare il punto critico del problema.

18. Segue un "Praevium canonum schema" relativo a "De delictis in genere", che risulta composto di 51 canoni (datato: 27 dicembre 1966).

Come era sentore, nel "*Titulus VI-De poenis applicandis-Caput II: De poenis applicandis per decretum*" compaiono due canoni che prevedono la procedura penale amministrativa, il primo a contenuto sostantivo, l'altro a contenuto formale.

Ecco il testo:

"Can. 42 - § 1 - Quoties graves causae obstant ne judicialis processus fiat et probationes de delicto omnino evidentes sint neque actio criminalis sit extinta, poena f. s. irrogari et poena l. s. declarari potest per decretum extra iudicium...

§ 2 - Decretum de quo in § 1 ferre possunt:

1 - Apostolica Sedes in quemlibet fidelem;

2 - Ordinarius in suos subditos vel in eos qui in suo territorio deliquerint, auditis, nisi necessitas urgeat, duobus saltem iudicibus vel aliis quos lex particularis designaverit.

<sup>21</sup>. Vol. IA, Relazione di sintesi del prof. Pio Ciprotti, datata "Pridie Kalendas Octobris 1966", p. 19.

Can. 45 - § 1 - Decretum irritum est nisi indicet quibus rationibus in facto et in jure punitio innitatur; quae reus forte scripserit ad suam defensionem; quae causae, si poena applicata sit, obstiterint ne judicialis processus fieret.

§ 2 - Decretum, ut vim habeat, debet reo intimari scripto aut coram duobus textibus.

§ 3 - Lex particularis potest alias quoque sollemnitates in decreto ferendo vel intimando servandas statuere.

§ 4 - Recursus, si interponatur intra decem dies utiles post decretum intimatum, hoc suspendit, nisi agatur de censura (vel: minime aut si agatur de censura), et reo (scripto) significata fuerit accusatio et datum spatium decem saltem dierum ad se defendendum"<sup>22</sup>.

Nel testo è palese lo sforzo di azionare i valori insopprimibili dal processo penale; tuttavia va pure detto con franchezza che i requisiti e il loro modo di proporli non sono soddisfacenti.

19. Nel successivo schema, *emendatum*, del 26 gennaio 1967, va segnalata una significativa variazione a proposito del § 1 del can. 45.

La evanescente clausola precedente di riportare nel decreto: "quae reus forte scripserit ad suam defensionem", viene sostituita con l'altra, con numerazione propria, che fa del reo un protagonista munito di un'azione autonoma: perchè il decreto sia valido, "antea reo accusatio significata sit, nisi reus rite vocatus comparere neglexerit"<sup>23</sup>.

<sup>22</sup>. *Vol. I/B*, pp. 13-14. Già da questa prima stesura è prevista la esclusione del procedimento penale amministrativo per l'applicazione delle pene perpetue. La norma è costantemente presente fino alla promulgazione del nuovo Codice. Ciò non solleva problema di sorte; per questo ho tralasciato di interessarmi, limitandomi alla presente rilevazione. Si tratta del can. 43, a p. 14 della Relazione.

<sup>23</sup>. *Vol. I/C*. È il risultato dei dibattiti svoltisi nelle sedute del 9-14 gennaio 1967.

20. A questo punto non rimane che ripetere la storica frase: *Alea jacta est!*

La conservazione del procedimento penale amministrativo è decisa!

Gli Atti della Commissione non offrono più niente di sostanzialmente innovativo alla ricerca. Questi infatti –spesso lacunosi e non ordinati sistematicamente– annotano nuove elaborazioni, proposte di emendamenti, riproduzione di schemi e di relazioni, che non incidono sul contenuto delle varie tematiche. A tutto questo è collegata, logicamente, anche la variazione numerica dei canoni.

Con riferimento al tema che ci interessa va detto che le variazioni hanno carattere formale; comunque l'attenzione si rivolge costantemente al punto focale del dettato normativo, cioè al diritto alla difesa.

21. Una tappa importante nel cammino di revisione è rappresentata dallo Schema Generale: *De delictis et poenis (Schema VIII)*, emendato, del 12 gennaio 1970, nel quale il can. 42 diventa il can. 53: è la norma sostantiva che dispone il procedimento amministrativo; il can. 45 diventa il can. 56, la norma di diritto formale che traccia le linee del procedimento<sup>24</sup>.

<sup>24</sup>. Vol. II/E. La redazione dello Schema in oggetto è il risultato degli emendamenti proposti nei dibattiti delle sedute tenutesi dal 24-28 novembre 1969.

Per completezza dell'indagine segnalo alcuni punti più significativi del cammino di revisione compresi tra lo Schema del gennaio 1967, di cui nel testo n. 19, e quello in parola del gennaio 1970.

Essi sono: a) *Relatio ad schema canonum de delictis et poenis in genere* del 20 maggio 1967, pp. 22, nel quale si riportano le identiche considerazioni a favore del procedimento amministrativo (vol. I/D);

b) *Primum schema generale: De delictis et poenis* (excepto: de poenis in singula delicta) del 23 novembre 1967, complessivo di 77 canoni, nel quale si nota una variazione numerica dei canoni relativi al nostro tema (vol. I/G).

È particolarmente importante anche perchè in quello stesso periodo viene posto in discussione il *De iudicio criminali*, nel quale si propone, giustamente, di trasferire la norma procedurale; è datato 7 gennaio 1970.

Nel dibattito emerge una proposta di spiccato rilievo: il diritto dell'imputato di chiedere il trasferimento dal processo amministrativo a quello giudiziale.

Si riscontra unanimità di consensi da parte di tutti i membri nei confronti della proposta. È un tentativo di notevole portata, inteso a temperare le asperità del procedimento amministrativo; è restituire all'imputato il ruolo di parte attiva e di garanzia della sua dignità e difesa.

Tuttavia va subito detto, e con amarezza, che la proposta si è persa durante il percorso di revisione<sup>25</sup>.

c) *Alterum schema generale de delictis et poenis* (excepto de poenis in singula delicta), ultimato il 22 maggio 1968 apportandovi gli emendamenti approvati nelle sedute del 4-8 (9) marzo 1968. Esso comprende 70 canoni, influenzando nella numerazione dei canoni oggetto del nostro discorso (vol. I/G).

d) *Relatio ad schema canonum de delictis et poenis* del 16 giugno 1969, che approda appunto allo schema di cui nel testo. Essa dedica al problema del procedimento amministrativo ben 4 pagine (pp. 48-51), adducendo le motivazioni a favore. Dopo aver ribadito che la suddetta procedura: "omnino necessaria videtur in Ecclesia", ripropone testualmente le solite considerazioni, già illustrate nella prima *Relatio* all'inizio del lavoro di revisione (vol. II/F).

Si tenga presente, inoltre, la panoramica sintesi del cammino di revisione, preparata dallo stesso protagonista nel settore penale: CIPROTTI, P., *Qualche punto caratteristico della riforma del diritto penale canonico*, in "Ephemerides Juris Canonici", 46 (1990), pp. 111-127, su "un pò di cronistoria" pp. 111-115.

Per maggiori dettagli dell'*iter* con rinvio alle fonti pubblicate, cfr. FOX-CORBELLINI, *op. cit.*, p. 297.

<sup>25</sup>. Vol. II/H con gli interessanti interventi dei vari Consultori, tra i quali fa capolino la proposta circa il diritto dell'imputato di conoscere il nome dei suoi "delatores" (Huizing, p. 2); la proposta cade lungo il percorso!

Un successivo nuovo schema: *De iudicio criminali* è pronto in data 7 ottobre 1970, derivante dalle sessioni del 27-29 aprile dello stesso anno; in

22. Da questo momento i due canoni, il sostantivo e il processuale, battono vie diverse, ognuno nella propria sede naturale.

Solo il primo, infatti, è presente nello *Schema 1973* a stampa e diventa il can. 28, la cui redazione ha subito, nel frattempo, due variazioni rispetto a quella originaria.

La prima, a mio avviso, altera notevolmente il contenuto precettivo, essendo stato eliminato l'avverbio *omnino*, per cui le prove non solo più *omnino evidentes*, ma solo *evidentes*; la seconda, puramente formale, è giustificata perchè superflua, eliminando la specificazione tipologica delle pene<sup>26</sup>.

23. Nella *Recognitio* dello Schema 1973, in base alle *animadversiones* pervenute, i contrasti sono ancora accentuati: da chi auspica nuovamente la eliminazione del procedimento amministrativo, tra cui assume particolare incidenza l'osservazione di un vescovo francese, che scorge in questo il riaffacciarsi surrettiziamente dell'istituto della *informata conscientia* (can. 2186 CJC 1917), a chi insiste, in via di principio, sulla necessità della sua conservazione, aggiungendo, per attenuare il peso della affermazione, che il legislatore, come si ricava dallo stesso canone, preferisce la via giudiziale.

Le proposte purtroppo si spingono ben oltre: la prima chiede che venga eliminata la clausola *evidentes*, in quanto essa è prevista dalle norme del diritto processuale in genere; l'altra

esso ancora si discute sulla collocazione della norma del processo penale amministrativo.

<sup>26</sup>. *Schema documenti quo disciplina sanctionum seu poenarum in Ecclesia Latina denuo ordinatur (Reservatum)*, Typ. Pol. Vat. 1973, pp. 31, il quale sviluppa appena 73 canoni, una potatura drastica rispetto al Codice 1917 con 220 canoni. Va segnalato in questo il *Praenotanda* (pp. 5-10), nel quale vengono illustrati il metodo e i principi direttivi per la sua stesura. Non si trascuri anche l'inserimento della bozza del MP *Humanum Consortium* (pp. 11-15), disposto in previsione di una anticipata promulgazione rispetto all'intero Codice.

propone anche l'eliminazione della clausola circa l'estinzione dell'azione penale.

Le proposte "placent", e quindi vengono accolte<sup>27</sup>.

A questo proposito è bene osservare che la prima incide sul valore contenutistico del precetto; la seconda, invece, non ha questa incidenza, perchè può sempre essere invocata in quanto esplicitamente sanzionata (can. 46 Schema 1973).

24. La tanto dibattuta norma, così ridimensionata, compare nello *Schema 80* di tutto il Codice, divenendo il can. 1294 del *Liber VI - De sanctionibus in Ecclesia*<sup>28</sup>.

Nella *Relatio* 1981 il canone in parola esce immune da ogni osservazione. Nessun Padre della Commissione avverte la problematica che la norma nasconde nel suo seno<sup>29</sup>.

La conseguenza, inevitabile, è che lo *Schema novissimum 1982*, presentato il 22 aprile 1982 al Supremo Legislatore, Giovanni Paolo II, per la definitiva *recognitio*, riproduce identicamente il testo precedente, divenendo il can. 1342<sup>30</sup>.

<sup>27</sup>. Cfr. *Series Altera Vol. I/B e C* per la *recognitio* delle *animadversiones* nella seduta 13 gennaio 1977; in *D* la stesura definitiva: *Liber VI - De sanctionibus in Ecclesia* successivamente a questa seduta; il can. 28 in esame diventa il can. 32. Sul punto anche in *Communicationes*, 9 (1977), p. 161 che riporta il testo del verbale della seduta. Da questo emerge chiaramente il grave e profondo contrasto che agita i Consultori di fronte alla previsione normativa. È proficuo consultare e meditare sul suo contenuto, al quale si rinvia lo studioso.

<sup>28</sup>. *Schema 1980* ecc., citato nella nota 16. La collocazione, *Liber VI*, che giustamente ora precede il processuale, *Liber VII*, è esatta sotto il profilo sistematico rispetto al Codice 1917 che adottò il criterio inverso.

<sup>29</sup>. *Relatio complectens synthesim animadversionum ab... datis* (Patribus Commissionis stricte reservata), Typ. Pol. Vat. 1981, pp. 359. Sul can. 1294, che sancisce l'ipotesi del procedimento amministrativo, nessuna riserva, neppure formale.

<sup>30</sup>. *Codex Juris Canonici - Schema novissimum juxta placita Patrum Commissionis emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, Typ. Pol. Vat. 1982, pp. 308.

Con la stessa riduttiva formulazione il procedimento penale amministrativo diventa legge per il can. 1342 –numerazione coincidente– con la promulgazione e l'entrata in vigore del nuovo *Codex Juris Canonici 1983*.

25. Anche il canone di diritto processuale incontra non minore disavventura nel suo cammino di revisione, addirittura si perde per strada! E infatti non compare nello schema del diritto processuale trasmesso agli organi di consultazione nel 1976<sup>31</sup>.

Il salvataggio fortunatamente avviene per la perspicacia di un consultore del *Coetus* durante la seduta del 28 febbraio 1980 dedicata alla *Recognitio* del suddetto Schema. Egli richiama l'attenzione sulla necessità di stabilire "aliquam proceduram, etsi ad minimam reductam, pro casibus in quibus poena infligenda vel declaranda sit per decretum extra iudicium, ita ut vitentur abusus. Ad huiusmodi enim decreta in re poenali ferenda non sufficere videntur cautiones praescriptae in canonibus de Normis Generalibus"<sup>32</sup>.

La proposta è accolta favorevolmente e, tenendo presente quella preparata dal *Coetus de re poenali*, si procede alla riformulazione del canone, che diventa il can. 383 bis, appunto perchè inesistente nello Schema.

Il testo è il seguente:

"Can. 383 bis. Si Ordinarius censuerit per decretum extra iudicium esse procedendum:

<sup>31</sup>. *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu De Processibus*, Typ. Pol. Vatic. 1976, pp. 118. Dagli Atti del *Coetus*, relativi al *De Processibus*, il *Vol. V/D*, p. 95, reca la Pars III: *De iudicio criminali*; in questo è assente il canone relativo al procedimento amministrativo; i canoni sono 17 e hanno, nel contesto generale, nel frattempo, una numerazione propria. Nello schema pubblicato diventa: *Pars IV: De iudicio criminali*, cann. 390-406, rimanendo sempre 17 canoni.

<sup>32</sup>. *Communicationes*, 12 (1980), p. 192.

1) reo accusationem atque probationes, data facultate sese defendendi significet, nisi reus rite vocatus comparere neglexerit;

2) probationes et argumenta omnia cum duobus assessoribus accurate perpendat;

3) si de delicto certo constet neque actio criminalis sit extinta, decretum ferat ad normam cann. 32-40 (de delictis et poenis), expositis, breviter saltem, rationibus in jure et in facto<sup>33</sup>.

La redazione, sostanzialmente, ricalca quella precedente; è più rigorosa; elimina qualche elemento superfluo perchè ovvio o perchè previsto dalle norme generali sui decreti (per es.: *ut vim habeat*); si inserisce nel discorso logico-tecnico dell'evoluzione del processo penale.

C'è di più. Due commi conferiscono al dispositivo un maggiore apprezzamento: il 2), assente nella stesura precedente, sancisce l'esame collegiale degli atti; il 3) recupera, parzialmente, le clausole garantiste precedentemente cancellate.

26. Così formulata, la norma è presente nel progetto del Codice nel 1980, divenendo il can. 1676<sup>34</sup>.

Dagli organi di consultazione il suddetto canone passa indenne. La *Relatio*, infatti, *silet* a questo proposito<sup>35</sup>.

Con l'identica formulazione si inserisce nello Schema 1982, divenendo il can. 1724.

Non viene toccato nella *recognitio* definitiva del Romano Pontefice, divenendo così legge nella Chiesa Latina per il can. 1720 del nuovo *Codex Juris Canonici*<sup>36</sup>

<sup>33</sup>. *Ibidem*, p. 193.

<sup>34</sup>. *Codex Juris Canonici - Schema 1980, op. cit.*, p. 369. Come già è detto, il corrispondente del diritto sostantivo di questo Schema è il can. 1294.

<sup>35</sup>. *Relatio complectens ecc., cit.*, p. 333. Vengono sollevate, *ivi*, questioni terminologiche su *criminalis* e *poenalis*, che la Commissione non ritiene di poter accogliere: *Non expedit*. Nello *Schema novissimum 1982*, invece, risultano accolte: non più *De processu criminali*, ma *De processu poenali*; e così ovviamente, nel Codice vigente.

### III. LINEAMENTI CRITICI E COMPARATIVI

27. Quanto finora sono venuto esponendo è caratterizzato da due momenti: nel primo ho impostato il problema del processo penale amministrativo nell'ambito dei principi della teoria generale del diritto; nel secondo ho presentato lo snodarsi del cammino, che ha portato alla conservazione di questo istituto nella rinnovata legislazione dell'ordinamento canonico.

In ambedue i momenti ho chiaramente fatto capire il mio orientamento, non tralasciando di lumeggiare gli aspetti tesi a voler smussare gli "spigoli" pericolosi insiti nella struttura stessa dell'istituto.

In questo terzo momento vorrei esprimere, a modo di sintesi conclusiva, alcune riflessioni critiche –nel significato etimologico della parola: una valutazione, un giudizio– inquadrate nella sistematica generale del diritto canonico alla luce del peculiare spirito che lo anima dal profondo.

28. Instaurare un processo, giudicare l'operato di una persona, fare giustizia: è un compito, che avvicina l'uomo a Dio; animato dal suo spirito è una vera "opera d'arte". In questa prospettiva l'amministrazione della giustizia, in ogni ordinamento, ma soprattutto in quello canonico, è realmente una "ars boni et aequi"<sup>37</sup>.

<sup>36</sup>. La numerazione dei canoni non coincide più, anche in questo settore, perchè nella *recognitio* personale del Papa sono stati eliminati i precedenti cann. 1707-1710, relativi al processo per lo scioglimento del matrimonio "in favorem fidei".

<sup>37</sup>. In questo senso BERTOLINO, *op. cit.*, p. 123.

Tra l'incalcolabile massa di definizioni del diritto, derivate dalle più disparate ideologie<sup>38</sup>, la definizione di Celso, trasmessaci dal frammento di Ulpiano, è senza dubbio la più ricca di significato<sup>39</sup>.

Sulla scorta di questa felice qualificazione ripenso a una recente e suggestiva analisi della definizione celsiana<sup>40</sup>.

Qualunque produzione o creazione dell'uomo –si argomenta nell'analisi– si inquadra nella categoria di *ars*, dalla quale emerge, *ictu oculi*, che essa va "intesa come insieme di tecniche e regole che si devono apprendere per svolgere adeguatamente una determinata attività creativa o applicativa"<sup>41</sup>.

Sotto questo profilo "il colpo d'ala di Celso è consistito nell'adottare anche per il diritto la visuale dell'*ars*"; conseguentemente "attraverso l'inclusione (dello *jus*) nel genere *ars*, egli pose in risalto un altro aspetto non meno rilevante della realtà: le regole e tecniche che vanno apprese e usate nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto, costituente in ogni senso, sul piano storico, un prodotto umano"<sup>42</sup>.

Ciò premesso, lo studioso giunge ad affermare che "secondo Celso, l'*ars boni et aequi* è l'arte di apprestare, nella produzione come nell'interpretazione e applicazione del diritto, la soluzione

38. A una "elementare esperienza" non sfugge "il fatto che si vive spontaneamente, in maniera inconscia, il diritto e nel diritto". Tuttavia "esistono volumi e volumi di leggi (troppe!), biblioteche di opere sul *diritto*, palazzi per l'amministrazione della giustizia, organizzazioni scolastiche e universitarie per gli studi giuridici; ma, come osservava un famoso giurista, ancora oggi riesce difficile rispondere a questa semplice domanda: cos'è il diritto?". Per le due citazioni cfr., rispettivamente: COTTA, S., *Perchè il diritto*, Editrice la Scuola, Brescia 1979, p. 6, e TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, 28a ediz., Padova 1986, p. 1.

39. D.I. (*de justitia et jure*), 1, 1.

40. GALLO, F., *Sulla definizione celsina del diritto*, in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, Pont. Univ. Later., Romae 1987, pp. 7-52.

41. *Ibidem*, p. 18.

42. *Ibidem*, pp. 28 e 20.

buona, alla stregua dei criteri enunciati, nel rispetto dell'uguaglianza - *aequitas*. In sintesi: l'arte del buono o del bene *uguale*"<sup>43</sup>.

I caratteri emergenti dalla definizione celsiana si riflettono in maniera perspicua nella normativa processuale in genere, ma più sensibilmente animano le norme del processo canonico.

Dalla delineata angolazione occorre valutare, nella sua globalità, il procedimento penale amministrativo; non isolarlo, perchè così presentato le congenite lacune e debolezze lo rendono assolutamente inaccettabile in un sistema che mette come suo fulcro, come sua *via* la persona; esso va collocato nel contesto dell'animazione pastorale che sostiene la norma astratta e che, come strumento dell'*ars boni et aequi*, deve guidare l'operatore del diritto.

Da questa innanzitutto occorre partire; la sua luce coprirà le ombre esistenti nelle due categorie normative.

29. Nell'area penalistica i punti cardini, che vanno presi in considerazione, ruotano sull'azione di riconciliazione e di pastoralità, sancita nei cann. 1341 del diritto penale sostantivo e nel can. 1718 del diritto processuale penale, ai quali, ovviamente si ricollegano tutti gli altri canoni afferenti al settore in parola<sup>44</sup>.

Poichè in campo penale è in gioco un bene o valore pubblico, leso da un comportamento colpevole di una persona, la

<sup>43</sup>. *Ibidem*, p. 36. L'analisi e l'inquadramento delineati mi riportano all'ardita immagine dantesca, che stabilisce un rapporto di parentela tra Dio e l'arte: "Si che vostr'arte a Dio è quasi nepote" (*Inferno*, XI, 105).

Per una più ampia trattazione su questa tematica sulla definizione di Ulpiano, che, di seguito, arriva a chiamare i giuristi: *sacerdotes*, rinvio a un altro mio lavoro: DI MATTIA, G., *Processo penale canonico e animazione pastorale*, in "Apollinaris", 72 (1989), pp. 477-512.

<sup>44</sup>. Questi principi vengono ribaditi nei confronti dei vari processi speciali, da applicarsi con le proprie caratteristiche istituzionali: processo orale (can. 1659); cause matrimoniali (can. 1676 e 1695); *gravamen* per il decreto del Superiore (can. 1733).

*reconciliatio* assume un particolare atteggiamento, ben diverso, naturalmente, da quanto è fattibile nella composizione di un conflitto di interessi privati e disponibili (cfr. cann. 1446 § 3 e 1715).

Questa, invero, va intesa come rifiuto del male fatto, pentimento, emendazione, rieducazione da parte del colpevole, connessa al riequilibrio della vita comunitaria e al risarcimento dei danni materiali eventualmente causati.

Tre incisive espressioni evidenziano il fenomeno di ripresa umana e sociale: *emendatio rei, restitutio iustitiae, reparatio scandali*.

Queste tre *azioni* non costituiscono dei "compartimenti stagno", ma ognuna assorbe l'altra e la compenetra, per cui non può porsi in atto un comportamento senza realizzare l'altro o contestualmente o nel momento opportuno - il *serio promiserit* del can. 1347 § 2.

È superfluo ricordare che la *conversio* e la *reconciliatio* nel diritto ecclesiale non possono mai essere comandati o imposti. Con cristallina precisione Suarez ammonisce che "interior salus et reconciliatio cum Deo voluntaria esse debet"<sup>45</sup>.

Ciò non toglie che il legislatore si muova con viva premura perchè il sistema penale, sostantivo e formale, si prefigga "finem *conversionis, quem lex poenalis debet persequi in Ecclesia*"<sup>46</sup>.

30. Acquisita, da qualsiasi fonte e in qualsiasi modo, la "notitia, saltem veri similis, de delicto", l'Ordinario deve disporre una *investigatio* –non più *inquisitio*– coperta da grande discrezione "ne bonum cuiusquam nomen in discrimen vocetur" (cann. 1717 §§ 1 e 2 e 220).

<sup>45</sup>. SUAREZ, *De legibus et Deo legislatore*, 1. IV, c. 12, n. 10.

<sup>46</sup>. CIPROTTI, P., *De jure poenali canonico, quod attinet ad conversionem et reconciliationem obtinendam*, in "Monitor Ecclesiasticus" 100 (1975), p. 372.

Il risultato determinerà la messa in moto del can. 1718 in stretto collegamento con i cann. 1341 e 1342, ai quali rinvia il medesimo canone.

La loro contestuale lettura evidenzia la volontà del legislatore rivolta ad evitare lo strepito forense e a trovare il punto di riconciliazione. In campo penale, a nostro avviso, questa volontà assume un carattere spiccatamente più deciso, imponendo, con tassativa disposizione, all'Ordinario di impegnare tutto se stesso perchè il processo si eviti e il reo ritorni nella pace con Dio, con se stesso e con la comunità ecclesiale.

Si può parlare, tecnicamente, di un orientamento del legislatore canonico ad adeguarsi alle realtà di pensiero e di vita del mondo contemporaneo, portatrice del principio della *depenalizzazione*. Peraltro la parte speciale: *De poenis in singula delicta* (cann. 1364-1399), confrontata con quella del Codice abrogato (cann. 2314-2414), conduce a questa conclusione. Nel Codice vigente appena 39 canoni; in quello abrogato ben 101 canoni; una differenza *quantitativa*, che sintomaticamente è *qualitativa*.

31. Prima di tutto è chiamato a una delicatissima responsabilità: decidere da solo, in base agli elementi raccolti personalmente o "per aliam idoneam personam" (can. 1717 § 1), sul da farsi giacchè il legislatore gli offre più possibilità di interventi.

Ribadiamo: la decisione sulla via da seguire spetta a lui solo; al più –anche qui libertà di azione– "audiat Ordinarius, si prudenter censeat, duos iudices aliosve juris peritos" (can. 1718 § 3).

Negli ordinamenti statuali non si dà luogo a una libertà di scelta: se ci sono elementi di imputabilità, il processo si deve fare; viceversa, segue l'archiviazione.

È di questi giorni, in Italia, il duro dibattito, a volte troppo polemico, intorno alla magistratura circa anche il principio

dell'obbligatorietà del pubblico ministero ad aprire l'azione penale.

Il can. 1341 ci pone di fronte a una straordinaria innovazione normativa.

L'Ordinario, invero, ravvisata la fondatezza della colpevolezza dell'imputato (can. 1718 § 1), prima di iniziare la procedura sia giudiziale che amministrativa, deve intervenire nei confronti dell'imputato con la correzione fraterna, con la riprensione e con tutte le possibili vie della sollecitudine pastorale affinché questi si emendi, ripari lo scandalo e restituisca la giustizia.

Se questi interventi non raggiungono la *conversio*, solo allora, "tunc tantum" –categorica ingiunzione– può farsi luogo alla procedura giudiziale o amministrativa "ad poenas irrogandas vel declarandas".

L'incontro della sollecitudine pastorale dell'Ordinario con la disponibilità umile e fiduciosa dell'imputato, che, nel caso si riconosce colpevole, realizza la finalità suprema cui tende l'ordinamento canonico: la *salus animarum*. Conseguentemente l'Ordinario è *bloccato*: non può e non deve promuovere l'azione processuale.

Su l'originale e ricco valore contenutistico di questo canone la dottrina ha giustamente osservato che "anche se il Concilio Vaticano II non si è occupato espressamente del diritto penale della Chiesa, non è chi non vede come questo canone, che infonde un nuovo spirito nel diritto penale canonico, sia una delle più belle trasfusioni dello spirito del recente Concilio Ecumenico in formule giuridiche"<sup>47</sup>.

32. Andata a vuoto l'ipotesi della volontaria *conversio* con il re-inserimento dell'imputato nella comunione con il Popolo di Dio, il can. 1718 § 1 in diretto collegamento con il can. 1342

<sup>47</sup>. CIPROTTI, *La riforma del diritto penale della Chiesa*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia 1984, p. 78.

prospetta un'altra ipotesi di ben più accentuata discrezionalità. Essi pongono nelle mani dell'Ordinario la scelta, insindacabile, della via procedurale: la giudiziale o l'amministrativa.

Per se dovrebbe essere preferita o privilegiata la procedura giudiziale; per quanto sommerso, ciò traspare dal testo legislativo. Senonchè recita il can. 1342 § 1: "Quoties justae obstant causae ne judicialis processus, poena irrogari vel declarari potest per decretum extra iudicium...".

Come già è stato esposto, l'attuale formulazione, ben diversa rispetto a quella dello Schema 1973, can. 28, ha avuto, in sede di esame delle *animadversiones*, una rielaborazione travagliata e contrastata. Per una decisione, che incide così profondamente nel quadro dell'azione penale, il citato can. 28 poneva limiti ben circoscritti ed esigeva che si verificassero situazioni impeditive dovute a cause "graves" e, contestualmente, che "probationes de delicto evidentes sint neque actio criminalis sit extincta".

Nella redazione definitiva il "graves obstant causae" è diventato "justae obstant causae", mentre la frase condizionante è scomparsa del tutto.

È rilevabile, *ictu oculi*, lo svuotamento del contenuto sostanziale della prima redazione rispetto all'attuale. La libertà di scelta, di cui usufruisce l'Ordinario, neppure temperata dal vincolo obbligante di ascoltare il parere di giudici o di altre persone esperte –anche qui lasciata alla personale valutazione (can. 1718 § 3)– è letteralmente senza limiti. Una disposizione del genere in un ordinamento giuridico statale è inconcepibile, radicalmente assurda.

Le riserve, sollevate dalla dottrina nei confronti del canone in esame, si accentuano per il fatto che il can. 1400 § 2, preclude la via del ricorso ai tribunali ordinari per abuso di potere dell'autorità per le "controversiae ortae ex actu potestatis

administrativae". Non si può escludere che, nella specie, il decreto in questione possa essere viziato di abuso di potere<sup>48</sup>.

Il preoccupato atteggiamento è più che fondato. Esso è poco garantista dei diritti di difesa dell'imputato, giacchè non prevede l'ipotesi che questi possa esigere, costi quello che costi per la sua fama, la procedura giudiziale quale mezzo più efficace alla sua tutela.

Ma tant'è! Occorre fare i conti con la norma *de jure condito* e cercare di cogliere l'aspetto positivo che ivi si sottende. Per questo motivo voglio provare a guardarla da una diversa angolazione.

33. Nel consentire l'utilizzo di questa via, oltre ad esigere le "justae causae", il can. 1720 stabilisce che si abbia anche "aliquam proceduram, etsi ad minimum reductam", secondo il suggerimento del Consultore.

Va rilevato, inoltre, sotto il profilo tecnico, che nel citato can. 1720 n. 3 compare la frase presente nel can. 28 Schema '73 e scomparsa dal corrispondente can. 1342 CJC 83.

È stato già posto in risalto che questo canone viene formulato in sede di rielaborazione dello schema processuale penale, essendo stata notata, acutamente, da un Consultore la carenza, nella specie, di qualsiasi tutela nei confronti della persona incriminata<sup>49</sup>.

Un'altro punto positivo è dato dal § 2 del can. 1342, il quale "blocca" in via assoluta la procedura amministrativa per quanto attiene alle pene perpetue e alle pene, "quas lex vel praeceptum eas constituere vetet per decretum applicare"<sup>50</sup>.

<sup>48</sup>. OMBRES, *op. cit.*, p. 723.

<sup>49</sup>. Vedi sopra, il testo, al n. 25 con le relative note.

<sup>50</sup>. La "dimissio e statu clericali", p. es., è una pena espiatoria perpetua (can. 1336, § 1, 5).

Raccogliendo le fila sul punto, pensiamo che si possa sostenere che i cann. 1342 e 1718 in collegamento con il can. 1720 rappresentano il punto critico del sistema processuale canonico, nel senso che dalla loro corretta e coscienziosa applicazione –corretta: sotto il profilo tecnico; coscienziosa sotto il profilo morale ed ecclesiale– è *in gioco la credibilità* dell'animazione pastorale del processo canonico e della sollecitudine per le anime da parte di coloro che hanno la guida e il governo dei *christifideles*.

Peraltro questo afflato conciliare vibra nella *mens* del legislatore quando ribadisce al § 3 dello stesso can. 1342, che competono all'Ordinario, dopo aver preso la decisione di procedere amministrativamente, gli stessi poteri di straordinaria discrezionalità predicati per il giudice ai sensi dei cann. 1344-1346 e 1350 nella inflizione della pena.

Qualunque sia la procedura che è stata prescelta, i criteri da adottare attingono sempre a una stessa fonte: la *caritas*, l'*aequitas*, la *humanitas*, il temperamento del *rigor juris*, la *asperitatis remissio*, il *bonum* privato e comune. I provvedimenti, detta il can. 1348, devono "eius (del colpevole) utilitati et bono publico consulere".

Su questo stupendo intreccio interviene Giovanni Paolo II nel suo primo discorso alla Rota Romana, quando afferma: "il compito della Chiesa, e il merito storico di essa, di proclamare e difendere in ogni luogo e in ogni tempo i diritti fondamentali dell'uomo, non la esime, anzi la obbliga ad essere davanti al mondo *speculum justitiae*"<sup>51</sup>.

34. Perchè ciò si attui, il principio della difesa in campo penale è obbligatorio. A questa deve provvedere o personalmente

<sup>51</sup>. Allocuzione del 17 febbraio 1979 ai membri del Tribunale della S.R. Romana, in AAS, 71 (1979), p. 423 e in *Communicationes*, 11 (1979), p. 9.

l'imputato o d'ufficio il giudice quando si attua il procedimento penale giudiziale (can. 1723).

E quando si instaura quello amministrativo?

In questo, fino a che punto è garantita la difesa? Il dispositivo del can. 1720 riesce a coprire in pieno questo fondamentale diritto? Può intervenire l'avvocato? e il contraddittorio? Come si giustifica la sua assenza, giacchè esso è il *momento forte* della difesa?

Sulla tassativa prescrizione della difesa insiste recentemente una magistrale *lezione* del Supremo Legislatore, evidenziando la inderogabilità della sua presenza. Richiamato il can. 1620 n. 7, che sancisce la nullità insanabile della sentenza se "jus defensionis alterutri parti denegatum fuit", Egli ritiene "doveroso subito annotare... la mancanza di tale esplicita normativa nel Codice Pio Benedittino", la cui lacuna viene coperta dalla dottrina e dalla giurisprudenza chiaramente pronunziatesi per la nullità della sentenza.

E dopo aver osservato che "per la validità del processo non è richiesta la difesa di fatto, purchè rimanga sempre la sua concreta possibilità" e che nel giudizio contenzioso le parti possono rinunciare, tiene a precisare, in base appunto ai cann. 1481 § 2 e 1723, che "nel giudizio penale, invece, non può mai mancare la difesa di fatto, anzi la difesa tecnica, perchè in un tal giudizio l'accusato deve sempre avere un avvocato". In questa prospettiva trarrà una conclusione perentoria, sostenendo che "non si può concepire un giudizio equo senza il contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o *ex officio*"<sup>52</sup>.

<sup>52</sup>. Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989, in AAS, 81 (1989), pp. 922 e 923; *Communicationes*, 21 (1989), pp. 922 e 923; *Communicationes*, 21 (1989), pp. 15 e 16. Circa la "superfluità" della difesa nelle cause matrimoniali cfr. la "lagnanza" di BERTOLINO, *op. cit.*, p. 107 e la "giustificazione" di Giovanni Paolo II, *ivi*, rispettivamente, p. 923 e p. 16.

La lezione è impartita!

Come si giustifica, ripeto, ora, la rilevata assenza nel procedimento amministrativo? Come regolarsi? Il problema è acutamente pungente e incalza a riflettere, a meditare, ma soprattutto a decidere<sup>53</sup>.

35. È indispensabile un cenno di confronto, seppur rapido, con il nuovissimo *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, che recepisce anche il procedimento penale amministrativo: can. 1469 e 1486-1487.

È illuminante perchè conferma le suesposte riserve critiche e perchè opera un notevole salto di qualità, in quanto migliora sensibilmente il procedimento, realizzando effettivamente l'eniminabile minimo del procedimento giudiziale.

Infatti l'imputato è parte attiva fin dall'inizio della *investigatio*. Il can. 1469 dispone: ravvisata la necessità dell'apertura di un procedimento, prima di scegliere la via, giudiziale o amministrativa, il "Hierarcha audiat de delicto accusatum et promotorem justitiae atque, si ipse prudenter censet, duos iudices aliosve juris peritos" (§ 3).

La disposizione rimanda alla analoga figura della *comunicazione di garanzia* inviata all'indiziato dal *giudice delle indagini preliminari* (Gip) ai sensi del nuovo codice di procedura penale italiano.

<sup>53</sup>. Nella *Recensione* a BORRAS, A., *Les sanctions dans l'Eglise. Commentaire des canons 1311-1399*, Paris 1990, pp. 236, a firma di Aznar Gil F.R., in "Revista Española de Derecho Canónico", 47 (1990), p. 898, leggo alcune riserve, tra cui: "la exposición generalmente acrítica de la legislación canónica (v. gr., afirma que la vida administrativa penal canónica ofrece garantías suficientes: p. 108)". Condivido la riserva sul procedimento amministrativo, giacchè corrisponde all'orientamento del mio pensiero.

Peraltro la stessa riserva ritengo che si possa sollevare per DE PAOLIS, V., *Il Libro VI: Le sanzioni nella Chiesa*, in AA.VV., *Il nuovo Diritto Canonico - Studi*, Leumann (Torino) 1985, p. 252, quando afferma: "A livello operativo pratico in genere si dimostra più facilmente percorribile, anche per la difesa e la tutela della dignità del fedele, quella amministrativa". Il corsivo è mio, ed è proprio quell'inciso che non mi convince.

36. Lo svolgimento dell'*iter* processuale riprende alcuni elementi formali della redazione originaria per il codice della Chiesa latina: un *caput* proprio; quello che si richiede *ad validitatem decreti*; l'espressa statuizione del diritto al ricorso<sup>54</sup>.

Per quanto attiene al contenuto, il can. 1486 § 1 impone "ad validitatem decreti": a) il diritto di esercitare *plene* la propria difesa; b) la *discussio oralis*, quanto dire il contraddittorio, presenti il promotore di giustizia e il notaio, che, nella specie, a mio avviso, non esclude la presenza dell'avvocato difensore; c) esauriente motivazione, su cui la "punitio innitatur", e non quella succinta, *breviter saltem*, disposta dal corrispondente can. 1720 CJC.

Il can. 1487, inoltre, prevede espressamente il ricorso avverso il decreto, entro i 10 giorni utili dalla intimazione, e il suo valore sospensivo.

Il testo occidentale lo tralascia, pur avendolo previsto esplicitamente nella redazione originaria; il silenzio rinvia, al can. 1353.

Sotto il profilo tecnico preferisco la puntuale precisione del Codice della Chiesa orientale.

37. La rapida analisi comparativa mi riporta a una corrente di pensiero, la quale sostiene che "di fronte all'intrapreso lavoro di riforma della codificazione appariva allora giustificata l'attesa della dottrina di una ampia e profonda modernizzazione del settore processuale canonico"; ciò, con specifico riferimento "alla tendenza evolutiva verso l'oralità", ha determinato, la perdita di "una preziosa occasione di riflessione matura e di dialogo

<sup>54</sup>. Vedi sopra n. 18 e passim.

culturale a servizio dell'evoluzione scientifica e pastorale del diritto della Chiesa"<sup>55</sup>.

Entro certi limiti condivido.

Tuttavia ritengo anche ben fondata la corrente opposta, quando asserisce che "oggi... la Chiesa conserva, strutturato nel nuovo Codice, un *processo*, che è un *vero processo* dal punto di vista tecnico e giuridico, anche se semplificato e facilitato notevolmente riguardo al processo anteriore, e che continua ad essere ancora un processo *canonico*, corrispondente cioè alla tradizione della Chiesa"<sup>56</sup>.

#### IV. CONCLUSIONE

38. Nel porre fine alle mie modeste riflessioni mi riallaccio alla allocuzione pontificia citata all'inizio, in cui si sottolinea "la *dimensione pastorale del diritto canonico*" direttamente rapportata al settore processualistico.

E infatti, nell'intento di eliminare un troppo diffuso e pericoloso *equivoco* nella prospettiva di coniugare *giustizia-pastoralità-misericordia*, collegabili con l'*aequitas canonica*, e nella ricerca "di comprendere meglio l'*armonia fra giustizia e misericordia*" precisa, su base di rigore tecnico, che "la *dimensione giuridica* e quella *pastorale* sono inseparabilmente unite nella Chiesa pellegrina su questa terra. Anzitutto, vi è *una loro armonia* derivante dalla *comune finalità: la salvezza delle anime*. Ma vi è di più. In effetti, l'attività giuridico-canonica è *per sua natura pastorale*... Ne consegue che *ogni contrapposizione*

<sup>55</sup>. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 15, nota 15, che riprende da NICORA, A., *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*, Roma 1977, p. 135 ss.

<sup>56</sup>. OCHOA, F.X., *Il "De Processibus" secondo il nuovo Codice*, in *La nuova legislazione canonica*, Pont. Univ. Urbaniana, Roma 1983, p. 366.

*tra pastoraltà e giuridicità è fuorviante. Non è vero che per essere più pastorale il diritto debba rendersi meno giuridico".*

La puntualizzazione sul piano della dottrina e dei principi normativi sostantivi porta direttamente all'attività del giudice, che deve interpretare e applicare la norma "in re peculiari" (can. 16 § 3), muovendosi, necessariamente, nell'ambito del diritto formale.

Anche nei confronti di questa *ars* –di cui si è fatto parola più sopra– interviene il Sommo Pontefice, quando afferma che "del carattere pastorale del diritto della Chiesa partecipa anche il *diritto processuale canonico*", per cui "*il giusto processo è oggetto di un diritto del fedele (cfr. can. 221) e costituisce al contempo una esigenza del bene pubblico della Chiesa*".

Non solo. Egli insiste esaltando il valore e la funzione sociale che esso ha avuto lungo i secoli, rilevando testualmente: "L'istituzionalizzazione di quello strumento di giustizia, che è il processo, rappresenta *una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo*, cui ha contribuito in modo non irrilevante la stessa Chiesa con il processo canonico"<sup>57</sup>.

39. La lezione magistrale del Romano Pontefice ci riporta alla centralità della dottrina e del sistema giuridico: l'uomo-persona-fedele, *via* della Chiesa, con la sua dignità e i suoi diritti, che trascende il tempo e lo spazio e si colloca nell'eterno mediante quel misterioso avvenimento, per cui ognuno viene "per *baptismum Christo incorporatus*" e tutti insieme "in *Populum Dei sunt constituti*" (can. 204 § 1).

In questa prospettiva il diritto, già di per se un mistero, uno "sconosciuto", assume nell'ordinamento canonico una specifica incidenza e responsabilità, giacchè esso si inserisce, con la sua

<sup>57</sup>. Allocuzione del 18 gennaio 1990 alla Rota Romana, in AAS, 82 (1990), pp., secondo l'ordine dei passaggi testuali, 875, 874 e 876, nn. 5, 4 e 7; *Communicationes*, pp. 5, 6 e 7, nn. *idem*.

*vis et potestas nell'una realitas complexa, celeste e terrestre, invisibile e visibile, dell'Ecclesiae sanctae mysterium* (LG 8 e 5).

40. Questa suggestiva realtà trova adeguato riscontro nelle "meditazioni" del Satta. Nella tensione spirituale della sua vita di umanista, di giurista, di scrittore, proteso alla ricerca di Dio e ad entrare in comunione con Lui, egli apre il suo animo e ci ammonisce: "Nel corso delle mie meditazioni giuridiche mi è accaduto tante volte –forse troppe volte– di arrivare alla soglia di una porta sulla quale sta scritto: *mistero*. Direi anche che tutte le mie meditazioni si sono risolte in contemplazione di misteri. Ho cominciato con il mistero del processo; poi ho trovato il mistero della norma; da ultimo il mistero del diritto"<sup>58</sup>.

Una stupenda espressione del grande Maestro del Diritto Processuale Italiano, Francesco Carnelutti, raccoglie, come in una sintesi, le nostre riflessioni, avvalorate dall'insegnamento del Sommo Pontefice, e si pone come una pertinente chiusura della nostra ricerca: "Il processo, chi giudica e chi è giudicato, due uomini, ecco il problema; due fratelli, ecco la soluzione"<sup>59</sup>.

È l'attuarsi di quella "giustizia animata" vigorosamente auspicata da Papa Paolo VI<sup>60</sup>.

<sup>58</sup>. SATTÀ, S., *Poesia e verità nella vita del notaio*, Relazione al Congresso del notariato latino a Rapallo nel 1955, in Raccolta *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, pp. 76-77. Sulla figura di questo insigne studioso, che, inquieto, ripeteva spesso agli amici: "La vita senza Dio è una tragedia, con Dio è un mistero", si veda il recentissimo saggio di MARCHESI, G., *L'ispirazione religiosa di Salvatore Satta*, in "La Civiltà Cattolica", 18 novembre 1989, n. 3346, pp. 341-354.

<sup>59</sup>. La frase è stata ripresa da BERRI, M., *Il Decalogo del giudice*, in AA.VV., *Deontologia delle professioni giuridiche* a cura della Sezione di Bari dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Cacucci Editore, Bari 1989, p. 18.

<sup>60</sup>. Il Sommo Pontefice Paolo VI ci presenta questa sublime realtà, asserendo: "Il giudice ecclesiastico è, per essenza, quella *quaedam iustitia animata*, di cui parla S. Tommaso, citando Aristotele" (Allocuzione alla S. R. Rota del 28 gennaio 1971, in AAS, 63 (1971), p. 140; *Communicationes*, 3

È la trasfusione nel linguaggio giuridico della sollecitudine pastorale di Paolo Apostolo quando ordina ai suoi fedeli della chiesa che è in Tessalonica: "Se qualcuno non obbedisce a quanto diciamo per lettera, prendete nota di lui e interrompete i rapporti, perchè si vergogni; non trattatelo come un nemico, ma ammonitelo come un fratello" (II Ts 3, 14-15).

In questo reciproco riconoscimento, in questo abbraccio si racchiude tutta la tensione del processo canonico, specialmente del processo penale canonico, il quale viene così a radicarsi in un solido fondamento scritturistico, teologico ed ecclesiale.

(1971), p. 27; S. THOMAS, *Summa theologiae*, II, II, q. 60, art. 1, c; ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 5, 4).

Anche Giovanni Paolo II nel suo primo discorso alla S.R. Rota, 17 gennaio 1979, riprende l'immagine del giudice tracciata dal suo predecessore, nella quale ravvisa i lineamenti di "un insuperabile profilo" (AAS, 71 (1979), p. 424 e *Communicationes*, 11 (1979), p. 10).