



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno III - n. 1-2008**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**5**

 **LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno II - n. 1-2008  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore*  
Mario Tedeschi

*Segretaria di redazione*  
Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*Antropologia culturale*  
*Diritto canonico*  
*Diritti confessionali*  
*Diritto ecclesiastico*  
*Sociologia delle religioni e teologia*  
*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi  
A. Bettetini, G. Lo Castro,  
G. Fubini, A. Vincenzo  
S. Ferlito, L. Musselli,  
A. Autiero, G. J. Kaczyński,  
R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*  
*Giurisprudenza e legislazione costituzionale*  
*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*  
*Diritto ecclesiastico e professioni legali*

RESPONSABILI

G. Bianco  
P. Stefanì  
A. Fuccillo  
F. De Gregorio  
G. Carobene  
G. Schiano  
A. Guarino  
F. De Gregorio, A. Fuccillo

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

lo Stato al sostegno delle espressioni religiose. In realtà, il pluralismo quale “strumento per eccellenza di *integrazione politica*” (di valorizzazione delle differenze), la pratica del metodo democratico, il principio personalista cui si ispira la Costituzione consentono la promozione delle religioni in regime di eguaglianza. La laicità “cooperativa”, però, sopravvaluta la negoziazione legislativa, con il rischio di produrre gravi differenziazioni nel trattamento delle confessioni religiose: un dato che l’A. evidenzia con un rapido *excursus* delle più recenti decisioni della Consulta e della giustizia amministrativa, specie con riferimento alle vicende dell’esposizione dei simboli religiosi. Molto, allora, tende a una riduzione della laicità a mera aconfessionalità, ma anche di questo, a chiusura dello scritto, l’A. segnala i rischi, ripromettendosi di tornare, nell’esame “dei successivi principi di sistema del Diritto Ecclesiastico”, a evidenziare quanto le religioni stiano immettendosi nel “pubblico”: un monito di congedo certo denso di attese e capace di suscitare curiosità e interesse dei giovani per la disciplina, ma che, così come posto, li spinge ulteriormente all’analisi del dato socio-politico, prima e a preferenza dello studio degli elementi giuridici di un sistema normativo che ha tratto forza anche dalla sua tradizione dottrinale. Si dispongono in senso positivo, comunque, il taglio per principi e regole della trattazione e l’impegno di semplificazione delle nozioni, nonché l’uso di un linguaggio discorsivo e di esemplificazioni tratte dal contingente.

**Flavia Petroncelli Hübler**

B. Serra, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Jovene Napoli 2007, pp.350.

Il diritto amministrativo canonico di recente ha trovato nuova attenzione tra quanti sono ascritti alla categoria dei

maestri e tra i più giovani studiosi, sia con indagini brevi dedicate alla didattica o ad approfondimenti scientifici di determinati aspetti, sia con monografie che intendono cogliere lo sviluppo, le ragioni e la portata di questa branca del diritto canonico, in dimensione diacronica e sincronica. Tra queste ultime, all’ampio e articolato volume di I. Zuanazzi (*Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Jovene Napoli 2005, recensito in *Diritto e Religioni*, n. 3, p. 684), che ha prospettato, con l’indiscussa e riconosciuta competenza dell’A. nella disciplina, sviluppo storico e diritto vigente, si affianca con sicuro merito il testo in commento, che, per quanto rivolto specificamente all’analisi delle premesse e dello sviluppo della più recente normativa codiciale, rende un’analisi essenziale di quello che senza dubbio costituisce il *punctum dolens* della disciplina: il rapporto tra la discrezionalità, nelle sue diverse espressioni, e l’*aequitas*; un nesso che, nello sviluppo della scienza giuridica moderna, segnala, in ciascun sistema giuridico, coincidenze e divari, anche profondi, ma non totale estraneità, e che è capace di evidenziare con incisività la differenziazione tra le attese del sistema giuridico ecclesiastico e le esigenze degli ordinamenti civili.

L’arricchirsi degli studi è dato che si coglie con piacere e interesse, per la peculiarità della materia, che sembra oggi destinata a un irrinunciabile sviluppo, ma, insieme, soggetta alle difficoltà di coniugare equilibri e corrette tutele del “pubblico” e del “privato”. L’impegno profuso dagli autori (maturi maestri o giovani ricercatori), segnala la costante e sensibile capacità degli ecclesiasticisti e dei canonisti di confrontarsi e di dare positivi contributi allo sviluppo delle scienze giuridiche.

L’opera in commento presenta una analisi metodologicamente ben articolata, attenta ai profili problematici e ai limiti della discrezionalità, con la par-

ticolare cura di segnalare come a essa si rapporti l'equità amministrativa nel suo sviluppo concettuale, nella codificazione dell'83 e nell'ambito della giustizia amministrativa. Un ampio corredo di note arricchisce le riflessioni. L'esposizione è piana e chiara.

Lo sviluppo del discorso, nel dettaglio, segnala, nel 1° capitolo, come il sistema amministrativo canonico muova fra legalità e discrezionalità, e come l'*aequitas* canonica si disponga a regola per la discrezionalità. "L'esigenza di stabilire il confine fra discrezionalità e arbitrio", in particolare, per l'A., ha trovato attenzione nel Sinodo dei Vescovi del 1967, è stato ribadito da Paolo VI in diversi modi e misure, fatto proprio dal *Codex* e valutato a livello interpretativo. La ricerca di un limite materiale, specificamente canonistico, della discrezionalità conduce l'A. a una esauriente ricostruzione dell'*aequitas* canonica, mediante il vaglio delle prospettive di indagine assicurate a livello teorico: una impresa non facile, stante il complesso legame, genetico e funzionale, tra equità e discrezionalità. E qui il discorso muove agile, tra esame delle diverse tesi e opportuni "distinguo", in relazione ai punti deboli delle diverse proposte, segnalando l'esigenza di verificare, in successione, se si possa "configurare l'equità quale doveroso criterio dell'azione di governo dell'Amministrazione ecclesiale" (p. 58), se a tale dovere corrisponda un diritto del fedele a un provvedimento equo e quali garanzie si diano per l'adempimento di un siffatto dovere.

Il primo interrogativo induce l'A. a considerare, nel secondo capitolo, la portata della regola del "minimo mezzo" come elaborata dal Cammeo per gli ordinamenti secolari e per quanto ha influenzato l'ordinamento canonico; e qui, forse con una eccessiva sintesi si segnalano i limiti dei criteri civilistici (specie quelli di ragionevolezza e di proporzionalità nel rapporto tra pubblico e

privato del sistema italiano), ma si evita di rendere, del principio, una preventiva giustizia piuttosto sommaria, che conduca a conclusioni di differenziazione dell'*aequitas* canonica di tenore affatto radicale, laddove (ed emerge di seguito nel testo) la funzione dell'equità quale limite della discrezionalità è comunque effettivamente presente, anche se diversamente regolata, in tutta la cultura giuridica occidentale.

Il 3° capitolo evidenzia come la codificazione del 1983 consideri l'equità "quale vero e proprio obiettivo della nuova legislazione" (p. 96); ma come elemento essenziale e polifunzionale, capace di dar vita a meccanismi di stampo tradizionale (alla stregua di quanto suggerito dalla dottrina civilistica più consolidata) e ad applicazioni peculiari di *aequitas* canonica strumentale al bene della *communio*. Ciò emerge con forza dall'analisi del can. 19, dalla previsione limitativa del can. 1752, dal diritto a un equo giudizio di cui al can. 221, § 2, che si configura come "norma positiva di rango costituzionale" (p. 125), e che l'A. tratta con particolare attenzione. A conferma parlano i lavori preparatori del *Codex*, che vengono attentamente esaminati, mettendo a raffronto i positivi sviluppi di un discorso rivolto a porre l'equità "nei peculiari moduli legali entro i quali doveva svolgersi il potere amministrativo" (p. 137). Rischio di equivoci e contrasti hanno accompagnato, però, le discussioni che privilegiavano ora le funzioni di controllo, ora una più generica dimensione dell'*aequitas* come regola di buon governo, e, se questo non ha soffocato il rilievo del principio, ha impedito l'inserimento nel *Codex* di riferimenti più espliciti.

Di seguito l'A. procede, con un 4° capitolo diviso in tre sezioni, alla ricostruzione del rapporto tra equità e giustizia amministrativa nell'ordine ecclesiale.

Il can. 1737, § 1, con il suo riferimento al *propter quodlibet iustum motivum*,

di certo consente di “controllare l’osservanza dell’equità quale limite della discrezionalità amministrativa” nel ricorso gerarchico (p. 150): un sindacato di legittimità e di merito, che l’A. spiega con più esemplificazioni e rilievi. L’impugnazione dell’atto in sede giurisdizionale può essere indotta da una *violatio aequitatis* “quale eccesso di potere per vizio della funzione” (p. 166). Il contenuto dell’equità quale parametro di valutazione dell’atto amministrativo discrezionale viene configurato con articolazioni complesse, che l’A. propone e vaglia con cura, con la tenacia di chi non vuole dare nulla per scontato per quanto debba confrontarsi con problemi che richiedono, oltre a competenza e sensibilità giuridiche, anche capacità di sintesi. Qui, allora, l’analisi si dilata, forse a tratti rischia di farsi dispersiva, ma conserva l’unità di fondo nella costante ricerca di chiarire e ricostruire il contenuto dell’equità amministrativa. Uguaglianza sostanziale (in ragione della pari dignità delle persone), benignità (salva la *salus animarum*), misericordia, carità sono i punti di forza dell’*aequitas naturalis* e dell’*aequitas canonica*. Di questo evidenzia i connotati il can. 271, § 3, in merito al trasferimento dei chierici, ma sussistono anche aspetti indeterminati enucleabili dai diritti naturali che l’ordinamento canonico riconosce (ad es., in relazione alla “dispensa dagli impedimenti matrimoniali dalla quale dipende l’effettivo esercizio del diritto naturale al matrimonio” (p. 223)). L’*aequitas-caritas*, in particolare, quale regola giuridica trova espressioni nel can. 686, § 3, per l’esclusione imposta, segnando quasi un limite che “media fra lo sviluppo del bene comune e la tutela della persona del singolo” (p. 244): una applicazione della regola del “minimo mezzo” integrata dalla carità; ne rende evidenza, ancora, il can. 702 in merito ai diritti e ai doveri di chi si separa da un istituto religioso.

La terza sezione del 4° capitolo esa-

mina gli effetti del controllo di equità sul sistema canonico di giustizia amministrativa. Un controllo che si rivela ampio e articolato, dal momento che può riguardare le richieste del ricorrente e il sindacato del giudice, e aprire attese di istruttoria “ampia e capillare” (p. 274), “di atti amministrativi sempre e precisamente motivati”, di articolazione del sistema in più gradi di giudizio (dato ancora disatteso), di autentica indipendenza e imparzialità dei giudici (che potrebbe essere meglio garantita). Dei limiti dell’attuale organizzazione della giustizia amministrativa, l’A. da precise indicazioni, unite a validi suggerimenti migliorativi, diretti a segnalare che l’equità, pur nell’attuale indeterminatezza legislativa, può contribuire al perfezionamento del sistema, sino a giustificare un superamento della radicale distinzione tra legittimità e merito che è stata “assorbita dal modello offerto dal sistema amministrativo italiano” (p. 300).

A conclusione, il 5° capitolo scandisce i tratti costitutivi e peculiari dell’*aequitas canonica* come limite del potere discrezionale; dell’*aequitas* che si fa modo, mezzo e obiettivo per l’esercizio della giustizia amministrativa, alla stregua di quanto elaborato negli ordinamenti statuali e in stretta fedeltà al diritto divino; dell’equità che integra il diritto dei fedeli a essere correttamente amministrati.

Nel complesso, quindi, il testo opera una ricerca e si pone come luogo di analisi ricco e interessante. Pur con qualche passaggio reso quasi per scontato, a fronte di altre molto diffuse analisi, l’A. presenta un lavoro interessante e ricco di riflessioni, che rifiuta le conclusioni “legalistiche”, che non muove da ingiustificati e ingiustificabili presupposti di incompatibilità radicale tra le conquiste della scienza giuridica moderna e le attese dell’ordinamento canonico (come talora da alcuni si ragiona), che è capace di cogliere quanto il diritto canonico, con le sue esigenze di fedeltà alla *salus*

*animarum*, può suggerire anche ai sistemi rigorosamente ancorati alla regola della legalità e alla tendenziale contrapposizione tra “pubblico” e “privato”.

**Flavia Petroncelli Hübler**

Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli editore, Torino, 2007, pp. 225.

Il testo si propone di delineare, nella prospettiva del diritto canonico, l'evoluzione dei rapporti umani nella civiltà occidentale, ed in particolare delle relazioni affettive uomo – donna, cui si collegano precise conseguenze giuridiche, sia in ambito religioso che secolare. Seguendo una strutturazione di tipo manualistica intende fornire agli studenti un agile strumento per la comprensione del fenomeno matrimoniale, così come attualmente strutturato nelle civiltà occidentali. Tema centrale è la sacramentalità del matrimonio sul quale si è articolato il complesso rapporto del cittadino - fedele nel corso dei secoli.

Il volume parte, nel capitolo introduttivo, dall'evoluzione dell'uomo e della donna per sviluppare, in quello successivo, il tema del matrimonio canonico, così come delineato sin dalla narrazione biblica: il matrimonio come vocazione alla vita; il significato giuridico della procreazione che non è riconducibile ad imperativo morale, ma si qualifica come necessità, dettata dalle ragioni della storia. Con la *Vulgata* di San Girolamo il matrimonio diventerà sacramento e sarà attratto nella sfera del diritto pubblico. Si sottolinea, tuttavia, il forte valore della castità nel pensiero teologico classico, in un'ottica di marginalizzazione degli istinti sessuali, che porterà alla formulazione del principio del celibato ecclesiastico e a un ridimensionamento del matrimonio come ordine residuale, con finalità medicinali e procreative. Con la dottrina agostiniana si delinea compiutamente il fine

procreativo dello stesso, secondo impostazioni teoriche rimaste sostanzialmente inalterate fino al Vaticano II. È noto che con il Concilio di Trento il matrimonio è stato definitivamente assorbito nell'ottica dei sacramenti. La frattura tra sessualità e procreazione, prodottasi nel mondo moderno, ha imposto, tuttavia, alla Chiesa di ripensare le categorie della sessualità umana e del matrimonio nella sua complessità fenomenologica.

Nel terzo capitolo si affronta il problema dell'obsolescenza dei fondamenti giuridici del matrimonio. Si sottolinea come il diritto romano, ancorando tale istituto al concetto giuridico di possesso e alla *maritalis affectio*, non poteva conoscere il concetto dell'indissolubilità dello stesso. Il valore metagiuridico tutelato era, dunque, la libertà dell'elezione d'amore. La Chiesa ha, invece, progressivamente spostato il baricentro dallo schema del possesso a quello della compravendita, che si perfeziona con la 'consumazione'. Nell'esperienza giuridica italiana l'istituto ha progressivamente perso il ruolo di realizzatore dei valori etico-giuridici posti a base del tessuto sociale e normativo. È di difficile percezione il concetto di *foedus coniugalis*, profondamente innovato nella nuova definizione codicistica, improntata allo spirito del Vaticano II ed al personalismo tipico della cultura contemporanea, che privilegia il dato dell'incontro uomo-donna, oltre la mera dimensione fisica del rapporto. Con riferimento ai fini del matrimonio si rileva una minore incidenza riservata agli stessi dalla Chiesa.

Il capitolo successivo passa ad esaminare il delicato tema della capacità – *animi et corporis* – evidenziando le notevoli innovazioni prodotte a livello giurisprudenziale e normativo, anche con riferimento agli impedimenti. Si passa successivamente ad analizzare i vizi della volontà e la forma della celebrazione. In relazione a quest'ultimo punto si sottolinea che l'importanza della forma si