



Mariangela Galluccio

(dottore di ricerca in Filosofia del diritto, curriculum canonistico-ecclesiasticistico, nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

Peculiarità della funzione cautelare nel diritto canonico alla luce dei provvedimenti *ex can. 1722 CIC* *

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Natura e tipologia dei provvedimenti cautelari *ex can. 1722 CIC* - 3. Le esigenze cautelari contemplate dalla disposizione del *can. 1722 CIC* - 4. Questioni interpretative sulle misure analizzate - 5. Funzione cautelare e diritto canonico.

“Per evitare gli scandali, salvaguardare la libertà dei testimoni e tutelare il corso della giustizia, l'Ordinario, sentito il promotore di giustizia e citato lo stesso accusato, può in qualunque fase del processo vietargli l'esercizio del sacro ministero o allontanarlo da un ufficio o incarico ecclesiastico, imporgli o proibirgli di dimorare in un determinato luogo o territorio, anche escluderlo dalla pubblica partecipazione alla santissima Eucaristia; tutti questi provvedimenti, venendo meno la causa, devono essere revocati e cessano *ipso iure* al termine del processo penale” (*can. 1722 CIC*).

1 - Premessa

Anche se nella normativa canonica non vi è un'esplicita menzione a “*misure cautelari*”¹, la dottrina è unanime nel considerare come tali i

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Nel Codice di diritto canonico il termine “*cautela*” è per lo più riferito alla prudenza da adottarsi per il compimento di certe attività. Si vedano, al riguardo X. OCHOA, *Index verborum ac locutionum Codicis Iuris Canonici*, Istitutum Iuridicum Claretianum, Roma, 1983, p. 57; L. CHIAPPETTA, *Dizionario del nuovo Codice di Diritto Canonico*, Ed. Dehoniane, Napoli, 1986, p. 135, ove si richiamano le disposizioni di cui ai cann. 1474, § 2 CIC - in tema di traduzioni in lingua degli atti processuali - e 1293, § 2 CIC - in merito alle c.d. *licenze* che l'autorità competente è tenuta a disporre per l'alienazione di beni ecclesiastici.

Dalla prassi processuale, invece, trae origine l'istituto del c.d. curatore *ad cautelam*, nominato nell'interesse dell'incapace nelle *causae nullitatis matrimonii*, la cui presenza in



provvedimenti di cui al can. 1722 CIC, adottabili nel corso di un processo penale di tipo giudiziale². Tali provvedimenti, infatti, definiti come “*provvedimenti cautelari urgenti*”³, sembrano potersi ricondurre a una

giudizio è stata oggetto di vivaci discussioni in considerazione del fatto che il suo intervento potrebbe determinare la nullità assoluta degli atti processuali e della sentenza (cfr. can. 1622 CIC). Infatti, un’incapacità giustificativa di un rappresentante della parte quale il curatore potrebbe ammettersi esclusivamente nel caso in cui la stessa incapacità fosse inquadrabile nella previsione normativa del can. 1095 n. 1 CIC, ossia in quell’unico caso in cui l’*incapacità matrimoniale* può essere assimilata all’incapacità di intendere e di volere, unica causa giustificativa dell’intervento in giudizio di un rappresentante legale della parte incapace. Si veda, in merito, C. GULLO, A. GULLO, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, 4ª ed., LEV, Città del Vaticano, 2014, pp. 44 s. Per approfondimenti sulla figura del curatore *ad cautelam* si rinvia a G. CANALE, *Brevi considerazioni sul curatore ad cautelam*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2, 1994, pp. 243-251; A. STANKIEWICZ, *De curatore processualis designatione pro mente infirmibus*, in *Periodica*, LXXXI, (1992), pp. 495-520.

² Secondo la normativa penale canonica alla dichiarazione e all’applicazione della pena si può giungere attraverso due diverse vie: il processo penale amministrativo (disciplinato dal can. 1720 CIC) e il processo penale giudiziale (cfr. cann. 1717 -1731 CIC), nel cui contesto si inserisce la disposizione del can. 1722 CIC; sulle loro rispettive specificità, si vedano R. COPPOLA, *Processo penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 903- 908; F. DANEELS, *L’imposizione amministrativa delle pene e il controllo giudiziario sulla loro legittimità*, in AA. VV., *Processo penale e tutela dei diritti nell’ordinamento canonico*, a cura di D. Cito, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 289- 302; L. M. DE BERNARDIS, *Via giudiziale e via amministrativa nell’irrogazione della pena*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 114 (1989), pp. 146-148; V. DE PAOLIS, *Il processo penale giudiziale*, in AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano 1992, pp. 283-302; ID, *Il processo penale amministrativo*, in AA. VV., *Il processo penale canonico*, a cura di Z. Suchecki, Lateran University Press, Roma, 2003, pp. 215-234; G. DI MATTIA, *Diritto di difesa e procedura penale amministrativa in diritto canonico*, in *Fidelium Iura*, 3 (1993), pp. 307-330; A. MARZOA, *Doble vía, administrativa y judicial, en la imposición de penas canónicas*, in *Ius Canonicum*, XX (1980), pp. 167-187; B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia 2008, pp. 545 s.; F. ROBERTI, *Giudizio criminale (diritto canonico)*, in *Novissimo Digesto*, vol. VII, UTET, Torino, 1965, pp. 895- 899; Z. SUCHECKI, *Il processo penale giudiziario*, in AA. VV., *Il processo penale canonico*, cit., pp. 235- 296.

³ Così G. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti di ministri sacri. Nota sui cann. 1044 e 1722*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), pp. 191-204; J. SANCHIS, *L’indagine previa al processo penale*, in AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, cit., pp. 233-266. Considera i provvedimenti *de quibus* come generiche “*cautele*” V. DE PAOLIS, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze nell’ordinamento canonico*, in AA. VV., *Processo penale e tutela dei diritti*, cit., p. 200; inoltre, le misure in questione sono definite anche come “*provvedimenti di carattere prudenziale*” da L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico- pastorale*, a cura di F. Catozzella, A. Catta, C. Izzi, L. Sabbarrese, Ed. Dehoniane, Roma, 2012, nn. 5889-5891; oppure come “*provvedimenti provvisori urgenti*” da C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, in AA. VV., *Processo penale e tutela dei diritti*, cit., p. 157; oppure anche come



funzione astrattamente paragonabile alla corrispondente funzione cautelare degli ordinamenti secolari, in quanto risultano finalizzati alla soddisfazione di esigenze di natura pubblica (c.d. *esigenze cautelari*), per la cui tutela l'autorità competente dispone la compressione temporanea di alcuni diritti o libertà del soggetto sottoposto a giudizio penale⁴.

Tuttavia, un tentativo d'individuazione dei caratteri di una funzione cautelare valevole per il diritto canonico, a partire dai provvedimenti di cui al can. 1722 CIC, dovrà sottintendere alcune caratteristiche tipiche dell'ordinamento della Chiesa.

In primo luogo, sarà necessario avere sempre presente quello che ne costituisce il postulato fondamentale, ossia il suo identificarsi con un'esperienza giuridica che non si limita a essere strumento di disciplina finalizzato alla promozione e alla garanzia di una pacifica convivenza tra i membri della società che è chiamato a regolamentare in un tempo e in un luogo ben determinati (ossia *hic et nunc*), ma che è funzionale a proiettare quella stessa società verso una dimensione escatologica di salvezza, perseguita non solo dall'intero corpo sociale ma, contemporaneamente, da doversi garantire per ciascuno dei suoi associati⁵.

"medidas cautelares" da **F. PÉREZ-MADRID**, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., p. 402; infine come *"speciali provvedimenti cautelativi"* da **Z. SUCHECKI**, *Il processo penale giudiziario*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., p. 260.

⁴ Per una definizione della funzione cautelare e della sua *ratio*, nonché per approfondimenti sul tema delle misure cautelari in genere, avuto riguardo come esempio al diritto italiano, si vedano **M. FERRAIOLI**, *Misure cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1988, pp. 1-27; **E. MARZADURI**, *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. III, UTET, Torino, 1989, pp. 279- 294. Affronta, invece, un'analisi delle misure cautelari in chiave comparatistica nel contesto degli ordinamenti dei paesi europei il volume di **AA. VV.**, *Liberty and security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings* (S. Ruggeri editor), V&R Unipress, Gottinga, 2012.

⁵ La "salvezza delle anime, che deve essere sempre nella Chiesa la legge suprema" (can. 1752 CIC), rappresenta il fine essenziale e fondante l'esistenza della Chiesa quale organismo sociale, costituendone la condizione di legittimità del suo ordinamento, all'interno del quale funge da parametro di giustificazione sia di tutte le norme in esso previste o da prevedersi, sia dei comportamenti assunti dai fedeli in conformità o in difformità dei dettati normativi. In tal modo, la comunità ecclesiale si distingue dalle società c.d. secolari poiché essa non mira al «consolidamento di un *bene comune – previo* ai singoli», quanto piuttosto «al perseguimento di un *futuro comune – ulteriore* ai singoli", così **P. GHERRI**, *Corresponsabilità e diritto: il Diritto amministrativo*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009), p. 237. Ciò è reso possibile mediante lo svolgimento di alcune funzioni tipiche (c.d. *munera*), conseguenti alla stessa strutturazione della comunità della Chiesa come popolo in cammino verso la salvezza, che derivano a ciascun fedele in conseguenza



Successivamente, occorrerà tenere in considerazione la peculiare struttura sociale della *Communio Ecclesiae*, conseguenza della sua origine divina, nella quale tra i membri che la costituiscono, tutti in egual modo chiamati a partecipare alla comune missione, sussiste, tuttavia, per investitura sacramentale, una differenziazione di *status* che ne determina le reciproche relazioni⁶.

Infine, anche la particolare natura dei beni giuridici che l'ordinamento canonico tutela per mezzo del suo diritto penale⁷,

dell'investitura sacramentale ricevuta con il sacramento del Battesimo: la conservazione e diffusione del messaggio di salvezza (= *munus docendi*); la santificazione mediante la via sacramentale (= *munus santificandi*); l'essere inseriti a vario titolo (in funzione del carisma personale) in una organizzazione, strutturata giuridicamente, finalizzata allo svolgimento delle stesse funzioni in relazione al raggiungimento del fine supremo e alla conservazione della struttura sociale costituita dall'insieme dei fedeli (= *munus regendi*).

⁶ In base al can. 207 CIC nella organizzazione sociale della Chiesa si rileva una diversificazione fra i *Christifideles* che, a partire dal carisma di ciascuno, struttura, *per divina istituzione*, diversi stati di vita (chierico e laico, cui si aggiungono i consacrati), nei quali le tre funzioni di *insegnare*, *santificare* e *governare*, precedentemente individuate, pur incarnandosi in ciascuno dei membri (cui è riconosciuta pari dignità), tuttavia si attivano in modo differente in funzione dello *status* dagli stessi acquisito per via sacramentale e che, pertanto, ne caratterizza la specifica missione. Se, infatti, certamente, ciascun fedele, in virtù del sacramento del Battesimo (cfr. cann. 96, 849 CIC), partecipa in modo attivo all'economia di salvezza in cui si identifica il mandato tipico della Chiesa, concorrendo a realizzare i fini dell'ordinamento canonico mediante l'esercizio delle tre funzioni sopra indicate in conformità a Cristo (Maestro, Sacerdote e Re), con il sacramento dell'Ordine i vescovi e i presbiteri si assumono il dovere di garantire a tutti i fedeli l'accesso ai mezzi di salvezza. Il loro ministero, infatti, presenta "i tratti della *diaconia* o *servizio*: dell'adempimento di un'attività che, pur concretizzando un carisma singolare, è (anche) in funzione della comunità, è carità verso il prossimo oggettivamente sanzionata e sanzionabile, dunque, non solo moralmente, ma anche giuridicamente e canonicamente doverosa", così S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 185. Sul diverso ruolo all'interno della comunità ecclesiale assunto dai *Christifideles* in funzione dei rispettivi carismi, si veda anche G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, il Mulino, Bologna 1991.

⁷ In effetti, in ambito canonico la tutela penale è finalizzata a garantire, in senso più generale, il fine dell'ordinamento (*salus animarum*), passando, a livello particolare, per la tutela di situazioni connesse con l'esercizio delle funzioni di insegnare, santificare e governare. Se, infatti, si scorrono gli attuali canoni Libro VI intitolato "*Le sanzioni nella Chiesa*", possiamo ricondurre le fattispecie delittuose ivi individuate alla conservazione della dottrina ("*Delitti contro la religione e l'unità della Chiesa*", cann. 1364- 1369), alla tutela contro gli abusi nell'esercizio dell'azione sacramentale ("*Usurpazione degli uffici ecclesiastici e delitti nel loro esercizio*", cann. 1378- 1389), alla difesa dell'organizzazione ecclesiastica ("*Delitti contro le autorità ecclesiastiche e la libertà della Chiesa*" cann. 1370- 1377) al rispetto degli obblighi dei chierici e del ministero sacerdotale ("*Delitti contro obblighi speciali*", cann. 1392- 1396).



Extra codicem ricordiamo che con il *Motu proprio* di Giovanni Paolo II “*Sacramentorum sanctitatis tutela*”, in *AAS*, vol. XCIII (2001), pp. 737-739, si arricchisce la legislazione canonica in tema di delitti considerati di particolare gravità, in quanto riguardanti la fede, i costumi e gli abusi nell’amministrazione dei sacramenti con particolare riferimento a quelli dell’Eucarestia e della Penitenza; tali materie, già di competenza della Congregazione della Dottrina della Fede in base all’art 52 della Costituzione Apostolica “*Pastor Bonus*” sulla Curia Romana (cfr. **GIOVANNI PAOLO II**, Costituzione Apostolica “*Pastor Bonus*”, in *AAS*, vol. LXXX (1988), pp. 841-923), sono ora regolate dalle *Normae de gravioribus delictis*, riservate alla stessa Congregazione e aggiornate da Benedetto XVI nel 2010, anche in considerazione delle problematiche relative al delitto di abuso sessuale su minori commesso da chierici. Secondo tale ultima regolamentazione i *delicta graviora* sono considerati: i delitti contro la fede quali l’eresia, l’apostasia e lo scisma, già presenti nei cann. 751 CIC e 1364 CIC e nei canoni 1436 e 1437 CCEO (Art. 2); i delitti contro la santità dell’Eucarestia quali: l’asportazione o la conservazione a scopo sacrilego, o la profanazione delle specie consacrate, di cui ai cann. 1367 CIC e 1442 CCEO; la simulazione dell’azione liturgica del Sacrificio eucaristico di cui ai cann. 1379 CIC e 1443 CCEO; la concelebrazione del Sacrificio eucaristico insieme ai ministri delle comunità ecclesiali che non hanno la successione apostolica e non riconoscono la dignità sacramentale dell’ordinazione sacerdotale vietata ai sensi dei cann. 908, 1365 CIC e 702, 908, 1440 CCEO; la consacrazione a fine sacrilego di una sola materia o di entrambe, nella celebrazione eucaristica o fuori di essa (art. 3); i delitti contro il sacramento della Penitenza: l’assoluzione del complice nel peccato contro il sesto comandamento del Decalogo, di cui ai cann. 1378, § 1 CIC e 1457 CCEO; l’attentata assoluzione sacramentale o l’ascolto vietato della confessione di cui al can. 1378, § 2, 2° CIC; la simulazione dell’assoluzione sacramentale di cui ai cann. 1379 CIC e 1443 CCEO; la sollecitazione al peccato contro il sesto comandamento del Decalogo nell’atto o in occasione o con il pretesto della confessione, di cui ai cann. 1387 CIC e 1458 CCEO, se diretta al peccato con lo stesso confessore; la violazione diretta e indiretta del sigillo sacramentale, di cui ai cann. 1388, § 1 CIC e 1456, § 1 CCEO; la registrazione, fatta con qualunque mezzo tecnico, o la divulgazione con i mezzi di comunicazione sociale svolta con malizia, delle cose che vengono dette dal confessore o dal penitente nella confessione sacramentale, vera o falsa (art. 4); attentata sacra ordinazione di una donna (art. 5); i delitti contro i costumi tra cui: il delitto contro il sesto comandamento del Decalogo commesso da un chierico con un minore di diciotto anni cui è equiparata la persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione; l’acquisizione o la detenzione o la divulgazione, a fine di libidine, di immagini pornografiche di minori sotto i quattordici anni da parte di un chierico, in qualunque modo e con qualunque strumento. Cfr. *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, 21 maggio 2010, in *AAS*, vol. CII (2010), pp. 419-434. Sulla “fioritura di norme integrative del diritto penale codicistico”, di cui le disposizioni sui *delicta graviora* costituiscono espressione, nonché sulle possibili spiegazioni di tale fenomeno, si veda **S. BERLINGÒ**, *Spazio pubblico e coscienza individuale: l’espansione del penalmente rilevante nel diritto canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 3-4 (2013), p. 528 s.



imprimendo una peculiare *ratio* e modalità di reazione al delitto, influisce sulla previsione e regolamentazione dei provvedimenti di cui al can. 1722 CIC⁸.

2 - Natura e tipologia dei provvedimenti cautelari ex can. 1722 CIC

La prima caratteristica immediatamente evidente nella previsione normativa in esame è costituita dal fatto che le misure cautelari ivi indicate, seppur adottate nel corso di un processo penale giudiziale, vengono disposte con decreto dell'Ordinario, ossia di quel soggetto che nell'ordinamento canonico è titolare della potestà amministrativo-

⁸ Al riguardo occorre precisare che nel diritto penale canonico il delitto (ossia la violazione esterna e gravemente imputabile, per dolo o per colpa, di una legge o di un precetto penale, cfr. can. 1321 CIC), non solo provoca una lacerazione a livello sociale, ma determina anche conseguenze di natura sovranaturale che toccano l'individuo in quanto ente morale libero e responsabile (cfr. **G. LO CASTRO**, *Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa*, in **AA. VV.**, *Processo penale e tutela dei diritti*, cit., pp. 3-32; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 101 s. "È la *ratio peccati* e, conseguentemente, la necessità di garantire la *salus animae* del reo che costituisce l'altra ragione che spiega l'utilizzazione del processo penale e l'inflizione della pena": così **C. GULLO**, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, cit., p. 162. Pertanto, la funzione riabilitativa (connessa all'applicazione) della sanzione canonica è finalizzata anche (e soprattutto) alla salvezza spirituale del trasgressore, poiché nell'ordinamento canonico il potere coercitivo trova la sua ragion d'essere non tanto nella difesa della struttura sociale della comunità ecclesiale o nell'esigenza di realizzare una giustizia retributiva quanto nella "compenetrazione della giustizia con la *caritas* e la *miserecordia*" (così **P. MONETA**, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino 2013, p. 44); infatti "La giustizia ricercata nel diritto canonico è di tipo relazionale, perché rimanda all'instaurarsi sempre nuovo di relazioni personali e dialogiche perché pone la persona al centro del suo strutturarsi plurale [...] Per queste ragioni, la giustizia affermata nel diritto canonico non è mai una giustizia autoritativa incentrata sul comando o, in alternativa, una giustizia di simmetria, ponderata sulla proporzione tra le parti e la *res*; ma al contrario, essa è una giustizia che instaura relazioni e chiede riconoscimento dell'altro e partecipazione, non contraccambio (*malum pro malum*)": così **A. IACCARINO**, *Il diritto penale canonico come sistema di giustizia riparativa*, in **AA. VV.**, *Una giustizia diversa. Il modello ripartivo e la questione penale*, a cura di L. Eusebi, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 103-104. Sul tema si vedano, inoltre **R. BOTTA**, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 18; **V. DE PAOLIS**, *La potestà coattiva nella Chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), pp. 133-156; **L. EUSEBI**, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in **AA. VV.**, *Una giustizia diversa*, cit., pp. 3-20; **P. FANTELLI**, *Il diritto penale canonico: tra potere coercitivo e carità pastorale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2013, pp. 3-4; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 124 s.



esecutiva⁹, esercitata mediante l'emanazione di atti amministrativi singoli (tra i quali si ricomprendono anche i decreti)¹⁰.

La particolarità degli atti amministrativi singoli (coincidente con quella della stessa funzione di governo di cui costituiscono espressione), è da individuarsi nel fatto che gli stessi, mentre regolamentano il caso singolo, contestualmente soddisfano i fini pubblici dell'ordinamento canonico, poiché orientano la fattispecie regolata al raggiungimento della *salus animarum*, e trovano il loro fondamento nell'esistenza di un rapporto di tipo gerarchico intercorrente tra l'amministratore-autorità (Ordinario) che li dispone e gli amministrati- sudditi (fedeli) nei cui confronti sono emanati¹¹.

Anche le misure di cui al can. 1722 CIC, in quanto disposte dall'Ordinario, vengono considerate come provvedimenti aventi natura

⁹ Secondo il can. 134, § 1, CIC devono considerarsi dotati di potestà esecutiva ordinaria e generale e perciò stesso Ordinari: "il Romano Pontefice, i Vescovi diocesani e gli altri che, anche soltanto interinalmente, sono preposti a una chiesa particolare e a una comunità a essa equiparata a norma del can. 368 CIC; inoltre coloro che nelle medesime godono di potestà esecutiva generale, vale a dire i Vicari generali ed episcopali; e parimenti, per i propri membri, i Superiori maggiori degli istituti religiosi di diritto pontificio clericali e delle società di vita apostolica di diritto pontificio clericali che possiedono almeno potestà esecutiva ordinaria".

¹⁰ Gli atti amministrativi singoli vengono definiti come "disposizioni date dalla competente autorità esecutiva (can. 35) o legislativa (can. 76, § 1), nella forma stabilita dal diritto per un caso particolare con efficacia giuridica limitata a esso (can. 36, § 2)", così **J. GARCIA MARTIN**, *Norme generali del Codex Iuris Canonici*, Ediurcla, Roma, 2002, pp. 99 s.; rientrano in questa categoria: il decreto (cfr. can. 48 CIC), il precetto (cfr. can. 49 CIC), il rescritto (cfr. can. 59 CIC), il privilegio (cfr. can. 76 CIC), la dispensa (cfr. can. 85 CIC), sulle cui specifiche caratteristiche si rinvia a **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., pp. 149 s.

¹¹ Nonostante, come già richiamato (cfr. note nn. 5-6), l'ordinamento canonico si caratterizzi della comune chiamata alla salvezza e alla partecipazione di tutti i soggetti che lo costituiscono alla realizzazione dei fini che gli sono propri, è tuttavia indubitabile che nel diritto della Chiesa sia individuabile un "potere giuridico di cui sono titolari alcuni tra i fedeli, e che consiste nella capacità di vincolare altri fedeli, attraverso i propri comandi in beneficio degli interessi generali. La potestà comporta un obbligo innanzi tutto per gli stessi titolari che non possono disertare il suo esercizio né oltrepassarne i limiti [...] la presenza nella vita della Chiesa delle posizioni giuridiche di «potestà» e «soggezione» (non) potrà mai intaccare l'essenza comunitaria del popolo di Dio, e cioè, l'uguale responsabilità di tutti i fedeli nel realizzare la missione, che è anteriore a qualsiasi genere di diversità tra i fedeli. Si tratta perciò di potestà e soggezione peculiari, atteso il carattere subordinato di tutte le istituzioni alla vita e missione della Chiesa. L'esercizio della potestà dovrà essere tale da garantire la sua condizione di «strumento» della libertà personale della comunione e della missione", così **M.J. ARROBA CONDE**, *Introduzione al processo canonico*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., pp. 31-32.



amministrativa¹², distinguendosi, pertanto, dai decreti con cui l'autorità giudiziaria, nel corso di un processo, provvede alle richieste delle parti, garantendo lo sviluppo in contraddittorio dell'azione processuale.

A riguardo, si rileva che, nell'ordinamento canonico, anche se la funzione amministrativa e quella giudiziaria presentano il carattere comune di una "concretizzazione autoritaria o istituzionale delle norme giuridiche"¹³ - risultando entrambe finalizzate alla disciplina di casi particolari, con lo scopo dell'emanazione di atti che producono effetti nei riguardi degli specifici destinatari cui sono diretti - , tuttavia, le stesse funzioni presentano alcune differenze fondamentali che è bene richiamare al fine di comprendere le peculiarità delle misure di cui al can. 1722 CIC.

In primo luogo, la funzione giudiziaria e la funzione amministrativa si differenziano in quanto rispettivamente indirizzate l'una a garantire il rispetto del diritto e la sua corretta interpretazione, sanzionandone la violazione (funzione giudiziaria) e l'altra il governo della comunità ecclesiale in conformità al diritto (funzione amministrativa), orientandola al raggiungimento del fine ultimo dell'ordinamento; perciò l'attività amministrativa viene considerata come la via primaria per l'attuazione della missione della Chiesa, mentre la via giudiziale è, invece, ritenuta quale via sussidiaria ed *extrema ratio*¹⁴.

In secondo luogo, l'organo espressione della funzione amministrativo-esecutiva, può attivarsi per il raggiungimento dei fini dell'ordinamento anche senza alcuna sollecitazione da parte dei soggetti

¹² In questo senso si vedano **G. MONTINI**, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., p. 202; **V. DE PAOLIS**, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze*, cit., p. 200, che ne ammette il ricorso in via devolutiva (cfr. can. 1734 s. CIC, tipico dei soli atti amministrativi); **F. PÉREZ-MADRID**, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 402, che esclude la natura penale delle misure di cui si tratta.

¹³ Così **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., p. 148.

¹⁴ Cfr. in merito **A. MARZOA**, *Doble via, administrativa y judicial*, cit., p. 172.

A proposito sembra significativo anche il fatto che, a livello formale, nella sistematica codicistica, la disciplina dell'attività amministrativa trovi la sua collocazione nel I libro del Codice di diritto canonico, intitolato alle "Norme Generali", valevoli per l'intero diritto canonico, mentre quella giudiziaria sia trattata nell'ultimo, il Libro VII su "I processi". Al riguardo, è ulteriormente indicativo che lo stesso processo sia considerato un istituto cui ricorrere solo in casi estremi, tanto che, non solo i Vescovi "devono impegnarsi perché, fatta salva la giustizia, i conflitti tra i membri del popolo di Dio siano evitati o composti pacificamente", ma "il giudice sul nascere della lite e anche in qualunque altro momento, ogni volta che scorga qualche speranza di buon esito, non lasci di esortare le parti e di aiutarle a cercare di comune accordo un'equa soluzione della controversia": così il can. 1446 CIC.



nei cui confronti interviene¹⁵, mentre l'autorità giudiziaria agisce soltanto su richiesta della parte (pubblica o privata), che sollecita la risoluzione di un conflitto.

Infine, se l'attività giudiziaria si caratterizza per l'imparzialità dell'organo chiamato a dirimere la controversia (il quale, proprio per l'espletamento corretto della sua funzione, non deve essere legato alla parte che ne chiede l'intervento da alcun tipo di relazione)¹⁶, nel caso dell'attività amministrativa è proprio l'esistenza di un rapporto di subordinazione tra i soggetti coinvolti che giustifica l'ingerenza dell'autorità amministrativa nella sfera giuridica del soggetto alla stessa sottoposto.

Pertanto, nell'ordinamento canonico, l'esercizio della funzione cautelare, incarnata dall'applicazione delle misure di cui al can. 1722 CIC, rivestite della forma di decreto dell'Ordinario (quali atti amministrativi, dunque), assume connotati particolari, se si pensa che negli ordinamenti degli Stati secolari questa stessa funzione si caratterizza per essere *giurisdizionalizzata*, cioè affidata alla competenza della magistratura, proprio in considerazione della natura afflittiva delle misure cautelari; costituisce, infatti, un'importante garanzia delle libertà dell'imputato il fatto che provvedimenti restrittivi delle sue libertà (quali quelli cautelari), siano disposti con atto motivato dell'autorità giudiziaria, ossia di un organo imparziale che, sempre avuto riguardo alla garanzia dei diritti del soggetto, si differenzia dall'organo preposto allo svolgimento delle indagini e alla formulazione delle accuse e al quale l'indagato non è legato da alcun tipo di rapporto¹⁷.

¹⁵ I decreti costituiscono, insieme ai precetti, tipici atti amministrativi che l'autorità ecclesiastica emana con iniziativa autonoma, senza alcuna istanza da parte dei fedeli. Cfr. **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., p. 151.

¹⁶ Nei cann. 1448 e 1449 CIC sono disciplinate le ipotesi di astensione a giudicare e di ricusazione del giudice nel caso in cui sussistano tra le parti e il giudice vincoli di consanguineità o affinità in qualunque grado della linea retta e fino al quarto grado della linea collaterale, o in ragione di tutela e curatela, di convivenza, di grave inimicizia, oppure a scopi di guadagno o per evitare un danno.

¹⁷ Nell'ordinamento italiano, ad esempio, le misure cautelari sono disposte con ordinanza motivata del giudice competente su richiesta del pubblico ministero (cfr. art. 291 c.p.p.), nel rispetto della riserva di legge e della riserva di giurisdizione (cfr. art. 13, comma 2, Cost. it.), al fine di rafforzare la tutela processuale dei diritti dell'imputato. Si distingue, così, in modo inequivocabile il ruolo di *parte* attribuito al pubblico ministero - preposto all'esercizio dell'azione penale e chiamato a sostenere in contraddittorio con l'imputato le ragioni dell'accusa -, dal ruolo imparziale del giudice, "deputato ad esprimere il «giudizio», dopo aver valutato interessi contrapposti nei quali non si identifica, assumendo il ruolo di terzo, equidistante dalle parti", così **M. FERRAIOLI**,



In effetti, nei canoni costituenti i precedenti diretti del can. 1722 CIC, il legislatore del 1917 aveva effettuato una differenziazione tra Ordinario e Giudice in ordine all'autorità competente a disporre le misure di cautela; tale differenziazione, tuttavia, più che con riguardo alla tutela imparziale dei diritti dell'accusato, era formulata in riferimento alle specifiche esigenze che con i provvedimenti cautelari venivano tutelate, ed era messa in relazione con una diversificazione della tipologia di limitazioni subite dal soggetto interessato dall'applicazione dei provvedimenti cautelativi.

Si stabiliva, infatti, che nel caso di "delitti più gravi" che potevano determinare una "offesa per i fedeli" (ossia delitti più direttamente connessi con il bene pubblico e con la tutela della salvezza delle anime), l'Ordinario era l'autorità competente a disporre misure coincidenti con l'allontanamento dall'esercizio del ministero sacro o dell'ufficio ecclesiastico o con il divieto alla partecipazione pubblica alla celebrazione eucaristica; il giudice, invece, nel corso del giudizio penale, poteva disporre misure di cautela limitative della libertà del soggetto, specificamente finalizzate alla tutela del buon andamento ed esito della vicenda processuale in corso¹⁸.

Oggi, la differenziazione relativa ai soggetti preposti alla disposizione delle misure di cautela, inesistente nella disposizione codicistica analizzata, è ricomparsa, invece, nell'art. 19 della normativa speciale in tema di *delicta graviora* riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede, laddove si prevede una competenza concorrente dell'Ordinario e del Giudice per la disposizione delle misure di cui al can. 1722 CIC, la cui *ratio* è tuttavia da ravvisarsi non tanto nella necessità di garantire all'accusato l'imparzialità dell'organo preposto alla applicazione dei provvedimenti cautelari, quanto invece nell'esigenza di consentire all'Ordinario l'assunzione anticipata alla fase dell'indagine previa delle misure di cautela (più che altro a tutela delle vittime), le quali, pertanto,

Misure cautelari, cit., p. 12. Per un approccio comparatistico sul tema trattato, si veda **S RUGGERI**, *Libertà personale e procedimento penale nel diritto comparato: tutela del processo e tutela della persona in Europa*, in *Revista de estudos criminais*, X, n. 47, pp. 50 s.

¹⁸ Riportiamo il testo dei canoni del Codice del 1917: "*In delictis gravioribus, si Ordinarius censeat cum fidelium offensione imputatum ministrare sacris aut officio aliquo spirituali ecclesiastico vel pio fungi aut ad sacram Synaxim publice accedere, potest, audito promotore iustitiae, eum a sacro ministerio, ab illorum officiorum exercitio, vel etiam a publica sacrae Synaxis participatione prohibere ad normam can. 2222, § 2*", can. 1956 CIC 1917;

Il can. 1957 CIC 1917 disponeva: "*Pariter si iudex censeat accusatum posse testibus timorem incutere aut eos subornare, aut alio modo iustitiae cursum impedire, potest, audito promotore iustitiae, decreto suo mandare, ut ille ad tempus deserat oppidum vel paroeciam quandam, vel etiam ut secedat in praefinitum locum ibique sub peculiari vigilantia maneat*".



tassativamente nei casi ivi previsti, risultano sganciate dalla necessità dell'inizio di un'azione penale strettamente intesa¹⁹.

In ogni caso, tornando alla norma analizzata, appare chiaro che la caratteristica delle misure di cautela ivi previste è costituita dal ruolo preponderante attribuito nella loro applicazione all'Ordinario, il quale, in effetti, è il protagonista principale di tutta l'attività canonica di reazione al delitto. In ambito penale, infatti, l'autorità che esercita la potestà giudiziaria propriamente detta (Giudice), interviene solo in via eventuale e sussidiaria, ossia soltanto nel caso in cui l'Ordinario, sulla base degli elementi raccolti nella fase dell'indagine previa, non ritenendo sufficiente per ristabilire l'ordine violato l'applicazione di una misura alternativa alla pena²⁰, né l'irrogazione della pena in via amministrativa, decida di doversi

¹⁹ In tema di provvedimenti cautelari urgenti nel caso di *delicta graviora* si stabilisce che: "Fermo restando il diritto dell'Ordinario o del Gerarca, fin dall'inizio dell'indagine previa, di imporre quanto è stabilito nel can. 1722 del Codice di Diritto Canonico o nel can. 1473 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, anche il Presidente di turno del Tribunale, su istanza del Promotore di Giustizia, ha la stessa potestà alle stesse condizioni determinate nei detti canoni" art. 19, *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, 21 maggio 2010, in *AAS*, vol. CII (2010), pp. 419-434.

Per approfondimenti in merito alla tematica dei *delicta graviora*, si vedano i contributi di **D. CITO**, *Delicta graviora contro la fede e i sacramenti* (pp. 31-54), **C. PAPALE**, *I delitti contro la morale* (pp. 55- 66), **L. ORTAGLIO**, *L'indagine previa nei casi di delicta graviora* (pp. 95-112), **C. J. SCICLUNA**, *Delicta graviora ius processuale* (pp. 79-94), reperibili in **AA. VV.**, *Questioni attuali di diritto penale canonico*, LEV, Città del Vaticano, 2012; e inoltre **V. DE PAOLIS**, *Norme "de gravioribus delictis" riservate alla Congregazione per la dottrina della fede*, in *Periodica* XCI (2002) 273- 312; **B. FERME**, *Graviora delicta: the Apostolic Letter M. P. Sacramentorum sanctitatis tutela*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., pp. 365-382; **P. LOJACONO**, *Le nuove norme sui delicta graviora tra esercizio della potestà punitiva e tutela del diritto di difesa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, pp. 409-438; **D. MILANI**, *Delicta reservata seu graviora: la disciplina dei crimini rimessi alla competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2013; **ID.**, *Gli abusi sui minori: elementi di responsabilità canonica*, in **AA. VV.**, *Davanti a Dio e davanti agli uomini. La responsabilità fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, a cura di N. Marchei, D. Milani, J. Pasquali Cerioli, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 123-142; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 72-86; **D. SALVATORI**, *La riserva di alcuni delitti alla Congregazione per la dottrina della fede e la nozione di delicta graviora*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3, 2012, p. 260; **C.J. SCICLUNA**, *Procedura e prassi presso la Congregazione per la dottrina della fede riguardo ai delicta graviora*, in **AA. VV.**, *Processo penale e tutela dei diritti*, cit., pp. 279-288; **Z. SUCHECKI**, *La tutela penale dei minori presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in *Apollinaris*, 6 LXXIX (2007) 3-4, pp. 719-732.

²⁰ Cfr. can. 1341 CIC, ove si indicano gli "altri mezzi dettati dalla sollecitudine pastorale", quali i rimedi penali (cfr. can. 1339 CIC) e le penitenze (cfr. can. 1340 CIC), da intendersi come strumenti che l'Ordinario deve considerare prioritariamente rispetto



procedere all'applicazione di una pena mediante lo svolgimento di un processo penale di tipo giudiziale²¹.

Oltre che dal punto di vista formale, ossia in quanto provvedimenti disposti con decreto dell'Ordinario, la natura amministrativa delle misure di cui al can. 1722 CIC (che le distingue dalle pene canoniche intese in senso stretto) si rende evidente anche in considerazione dei loro effetti.

Se certamente le misure cautelari canoniche presentano con le pene l'elemento comune della *compressione* di alcuni diritti del soggetto nei cui confronti vengono applicate, tuttavia dalle stesse si differenziano in quanto non "privano" la persona di un bene²², ma determinano la sua sospensione dall'esercizio del ministero, dell'ufficio o della funzione cui il soggetto è preposto, oppure ne limitano un certo diritto per il tempo necessario e funzionale all'esigenza che deve essere tutelata, e comunque non oltre la durata del processo²³.

all'avvio dell'azione penale (amministrativa o giudiziale). Anche la previsione del ricorso alla procedura amministrativa per l'applicazione della sanzione penale deve leggersi nella prospettiva di approntare uno strumento di tutela più agile, sempre avuto riguardo ai diritti del soggetto coinvolto. Sul tema di veda **S. BERLINGÒ**, *Il diritto al processo (can. 221, § 2 C.I.C.) in alcune procedure particolari*, in *Persona y Derecho. Suplemento «Fideliumiura» de derechos y deberes fundamentales del fiel*, 3 (1993), pp. 350-351.

²¹ Infatti, a partire dalla ricezione della *notitia criminis*, è l'Ordinario che provvede personalmente o tramite persona idonea allo svolgimento dell'indagine finalizzata all'individuazione del *fumus delicti* (cfr. can. 1717 CIC); successivamente, all'esito dell'investigazione, è sempre l'Ordinario che ha il potere di disporre l'archiviazione, oppure di applicare rimedi di natura pastorale nei confronti del presunto reo (cfr. can. 1341 CIC), oppure di rinviare l'autore del delitto al processo penale, scegliendo fra la via amministrativa e quella giudiziaria per l'applicazione della pena (cfr. can. 1718, § 1 CIC). Solo in quest'ultimo caso, l'Ordinario trasmetterà gli atti di indagine al Promotore di giustizia che invocherà il ministero del giudice formulando le accuse nel libello e dando inizio al processo penale giudiziale (cfr. can. 1721 CIC). Sul ruolo dell'Ordinario, sulle sue prerogative e sul primato della sua azione pastorale in ambito penale si vedano **A.G. MIZINSKI**, *Il ruolo dell'Ordinario nell'ambito penale*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004) 1-2, pp. 319-355; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., p. 233; **G. TREVISAN**, *Il ruolo dell'ordinario in ambito penale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), pp. 159-169.

²² La pena canonica consiste nella privazione di un bene (per correggere il delinquente e punire il delitto), inferta dalla legittima autorità, così come statuiva il can. 2215 del CIC 1917 definendola quale "*privatio alicui boni ad delinquentis correctionem et delicti punitionem a legitima auctoritate inflicta*". Si veda sul tema **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., p. 120 s.

²³ Pene canoniche e misure di cui al can. 1722 CIC si differenziano anche in ordine al tempo della loro applicazione avuto riguardo alla vicenda processuale: le prime sono disposte una volta concluso il giudizio con una sentenza di colpevolezza; le seconde invece si applicano esclusivamente nella fase precedente l'eventuale condanna dell'accusato, che non è ancora stato giudicato colpevole. In effetti, però, essendo le



Proprio sulla base di tali caratteristiche, i provvedimenti cautelari canonici sono stati avvicinati alle c.d. *sospensioni amministrative*²⁴ presenti in molti ordinamenti statuali e in virtù delle quali la pubblica amministrazione ha il potere di sospendere dall'esercizio delle loro funzioni i propri dipendenti, qualora gli stessi siano sottoposti a procedimento penale e senza che ciò implichi alcuna attribuzione di colpevolezza nei loro riguardi²⁵.

In effetti, da un'analisi della tipologia dei provvedimenti restrittivi previsti dal can. 1722 CIC²⁶ si evidenzia che -oltre alla totale assenza di

misure cautelari nella totale discrezione dell'Ordinario, senza alcuna previsione normativa in ordine alla durata massima di compressione del diritto dalle stesse limitato, i provvedimenti di cui al can. 1722 CIC potrebbero restare in vita per un tempo indefinito, venendo a costituire addirittura "a camouflage for the imposition of a perpetual expiatory penalties (c. 1336, § 1, n. 1-3 CIC) with no process whatsoever and with no possibility of recourse or appeal": così **J. BEAL**, *Administrative leave: canon 1722 revisited*, in *Studia canonica*, 27 (1993), p. 318, e pure **C. GULLO**, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, cit., p. 149.

²⁴ Si vedano, in merito **J. BEAL**, *Administrative leave: canon 1722 revisited*, cit., pp. 321-334; **G. MONTINI**, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., p. 202, mentre **C. ARRU**, *Le procedure canoniche da seguire in caso di accuse odiose nei confronti dei ministri sacri*, in *Apollinaris*, LXXV (2002), p. 828, le assimila a un "congedo amministrativo".

²⁵ Ad esempio, nell'ordinamento italiano, l'art. 91 del D.P.R. del 10 gennaio 1957 n. 3, dispone che, nel caso di reato particolarmente grave, l'impiegato della pubblica amministrazione sottoposto a procedimento penale, può essere sospeso in via cautelativa dall'esercizio delle sue funzioni con decreto del Ministro. Per approfondimenti sul tema si veda **A. TROVATO**, *Sospensione cautelare e procedimento penale*, in *Guida al Pubblico impiego*, vol. 7, fasc. 10 (2010), pp. 49-51.

²⁶ Le misure previste nel can. 1722 CIC consistono nell'allontanamento dell'imputato dal ministero sacro o da un ufficio o compito ecclesiastico nell'imposizione o nella proibizione della dimora in qualche luogo o territorio, nel divieto della partecipazione pubblica alla santissima Eucaristia.

Quanto alla tipologia di provvedimenti cautelari negli ordinamenti civili, prendendo come esempio l'ordinamento italiano, il Codice di procedura penale, distingue le misure cautelari in:

1) *interdittive*, che limitano l'esercizio di una facoltà, o di un diritto, mediante la interdizione temporanea da determinati uffici, *status* o attività (sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale, art. 288 c.p.p.; sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, art. 289 c.p.p.; divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali, art. 290 c.p.p.);

2) *coercitive* che implicano per il destinatario della misura un limitazione della sua libertà di movimento (divieto di espatrio, art. 281 c.p.p.; obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, art. 282 c.p.p.; allontanamento dalla casa familiare art. 282-bis c.p.p.; divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, art. 282-ter c.p.p.; divieto o obbligo di dimora, art. 283 c.p.p.; arresti domiciliari, art. 284 c.p.p.; custodia cautelare in carcere, art. 285 c.p.p.; custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per



misure di tipo custodiale caratteristica del diritto canonico²⁷-, sia l'unica misura di tipo coercitivo contemplata (obbligo/divieto di dimora), sia gli ulteriori provvedimenti ivi previsti di natura interdittiva (divieto di esercizio del ministero sacro o allontanamento dallo svolgimento di un ufficio o incarico ecclesiastico), sia, infine, il peculiare divieto di pubblica partecipazione alla Eucaristia, sembrano potersi ricondurre all'esistenza di uno speciale rapporto di tipo gerarchico- disciplinare intercorrente tra l'Ordinario e il soggetto cui vengono applicate²⁸.

Certamente ciò appare in modo più chiaro nel caso della misura cautelare costituita dall'allontanamento dal ministero sacro del chierico o dall'ufficio o compito ecclesiastico svolto dal soggetto (sia chierico che laico)²⁹, poiché si tratta dell'esercizio di funzioni o incarichi inseriti

detenute madri, art. 285-bis c.p.p.; custodia cautelare in luogo di cura, art. 286 c.p.p.).

²⁷ Certamente nell'ordinamento canonico, la mancanza di un sistema coercitivo paragonabile a quello degli ordinamenti civili, non consente la previsione di misure di tipo custodiale. Tuttavia, prima dell'emanazione del Codice del 1917, il diritto delle decretali autorizzava l'applicazione di misure di tipo detentivo al chierico che, accusato di un delitto e/o sotto indagine, poteva alterare il corso del processo subornando i testimoni. Si veda in merito **F.X. WERNZ**, *Ius Decretalium*, vol. V, lib. II, Prati, *Ex officina libraria* Giachetti, 1914, p. 76 s. In particolare, in alcune comunità religiose, tra le quali l'Ordine dei Frati Minori, il sospettato di delitto a esse appartenente, poteva essere relegato in uno dei conventi dell'Ordine, in modo da evitare che potesse ostacolare lo svolgimento dell'inchiesta a suo carico. Cfr. **A. REIFFENSTUEL**, *Ius Canonikum universum*, vol. VI, Parisiis, 1869, p. 9.

²⁸ La c.d. *via disciplinare* nel diritto canonico costituisce la modalità mediante la quale «la Chiesa esercita il suo potere amministrativo per l'attuazione di quel bene comune inteso come realizzazione delle condizioni migliori perché i fedeli possano realizzare la loro vocazione cristiana e raggiungere la vita eterna, curando l'idoneità dei ministri e il corretto esercizio dei diversi ministeri» così **V. DE PAOLIS**, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze*, cit., p. 207. Sul tema si rinvia a **F. PÉREZ-MADRID**, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 402 s., ove l'autrice individua nell'azione disciplinare della pubblica amministrazione uno strumento più agile rispetto all'azione penale al fine della tutela degli interessi pubblici e meno limitante nei confronti del soggetto interessato, poiché non ne intacca i diritti fondamentali, limitandolo esclusivamente in riferimento a beni che sono nella competenza dell'autorità amministrativa, proprio perché lo stesso intervento disciplinare risulta orientato al raggiungimento dei fini che l'autorità amministrativa persegue con i propri mezzi.

²⁹ Se è chiaro che l'allontanamento temporaneo dall'esercizio del ministero riguarderà i soli chierici, l'allontanamento dall'esercizio di un ufficio o compito ecclesiastico può essere riferito anche ai laici. Questi ultimi, infatti, possono ricoprire un incarico o ufficio ecclesiastico, purché esso non comporti la cura delle anime (cfr. can 150 CIC). Si tratta, in questi casi, di provvedimenti temporanei non assimilabili né a una destituzione né a una sospensione in senso stretto (cfr. can. 1333 CIC), né al ritiro di una facoltà concessa in precedenza (cfr. cann. 764 e 974, § 1, CIC), come precisa **G. MONTINI**, *Provvedimenti*



nell'ambito della struttura gerarchica della Chiesa al cui vertice troviamo l'Ordinario. Tuttavia, è possibile riscontrare l'esistenza di una relazione di tipo gerarchico- disciplinare anche in riferimento alle altre misure richiamate nel can. 1722 CIC, rispettivamente applicabili ai soli chierici (divieto/obbligo di dimora)³⁰ o ai soli laici (divieto di partecipare pubblicamente alla santissima Eucaristia)³¹, in conseguenza della esistenza di diversi *status* nella comunità ecclesiale, cui il fedele accede per investitura sacramentale.

Tale peculiare modalità di adesione alla comunità e al suo ordinamento, mette in evidenza l'esistenza tra tutti i membri della Chiesa di uno speciale rapporto direttamente discendente dall'origine divina dell'ordinamento e dalla diversità di carismi tra i suoi membri che strutturano una comunità in cui alcuni fedeli (ministri ordinati), seppur impegnati nell'esercizio di un ministero "di diaconia o servizio" che, svolto in funzione della comunità si incarna in un'attività "oggettivamente sanzionata e sanzionabile"³², tuttavia, al verificarsi di certe situazioni, nel rispetto del mandato ricevuto al momento dell'investitura sacramentale, possono limitare o impedire alcuni diritti degli altri fedeli o l'accesso alla via sacramentale agli appartenenti alla comunità, nonostante la comune chiamata alla partecipazione alla missione di salvezza della Chiesa³³.

cautelari urgenti, cit. p. 201.

³⁰ I provvedimenti cautelari del divieto e dell'obbligo di dimora trovano applicazione nei confronti dei ministri sacri e/o dei religiosi, in analogia con quanto previsto dal can. 1337, § 1, CIC per le corrispondenti pene espiatorie (proibizione o ingiunzione di dimora in un determinato luogo, di cui al can. 1336, § 1 n. 1, CIC), e avuto riguardo allo speciale rapporto gerarchico che lega tali soggetti con il Vescovo o con il Superiore a seguito, rispettivamente, del conferimento dell'Ordine sacro o dell'emissione della professione religiosa. Cfr. in merito **R. BOTTA**, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, cit., p. 80; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 209, 215-216.

³¹ I fedeli laici sembrano essere gli unici interessati dall'applicazione della misura di cautela del divieto di pubblica partecipazione alla SS. Eucarestia; se si fosse trattato di ministri sacri si sarebbe, infatti, impedita non già la pubblica *partecipazione*, ma la *celebrazione* dell'Eucarestia, in analogia con la distinzione operata dal can. 1336 CIC in tema di scomunica tra i chierici e i laici. Tuttavia si discute in dottrina sull'esatta portata del divieto esaminato poiché si è rilevato che vietare addirittura la *partecipazione* all'Eucarestia costituisce un divieto ancor più grave di quello previsto in relazione alla sanzione dalla scomunica, in cui ai laici si vieta l'assunzione del sacramento (e ai chierici la celebrazione). Cfr. **V. DE PAOLIS**, *Il processo penale giudiziale*, in **AA. VV.**, *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, cit., p. 290.

³² Così **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., p. 185.

³³ In realtà i diversi carismi e la diversificata investitura sacramentale, genera tra i membri della comunità ecclesiale un rapporto particolare che non può ricondursi all'interno di una dicotomia quale quella *autorità-sudditi*, ma che rinvia a una relazionalità



Infine, i provvedimenti di cui al can. 1722 CIC si differenziano dalle pene in senso stretto, anche in relazione agli scopi per i quali vengono disposti, poiché si applicano per la soddisfazione di esigenze sostanzialmente differenti rispetto a quelle tutelate con l'applicazione delle sanzioni canoniche, che coincidono con la riparazione dello scandalo, con il ristabilimento della giustizia, e con l'emendamento del reo³⁴.

3 - Le esigenze cautelari contemplate dalla disposizione del can. 1722 CIC

più complessa. Infatti, l'appartenenza sacramentale in virtù del battesimo struttura la società Chiesa come una *Communio* cui, se da una parte si aderisce su basi volontarie, dall'altra ci si inserisce in una dimensione pubblicistica orientata non tanto al "diritto/interesse dei singoli ai pochi beni materiali disponibili per l'umanità", quanto piuttosto all' "offerta della salvezza attraverso l'accoglienza e la condivisione del dono universale ed inesauribile della Grazia di Dio"; pertanto, "sia ministro che fedele, sono in realtà sottoposti a due differenti modulazioni dello stesso dovere di attingere in modo fruttuoso al tesoro di Grazia consegnato da Cristo alla sua Chiesa (Can. 213). In tal modo il personale non ha alcuna autonomia rispetto all'istituzionale, né il sacerdozio comune risulta indipendente da quello ministeriale, costituito al suo servizio. [...] Di fatto ciò che il Diritto canonico interviene a normare sono soltanto le modalità specifiche secondo cui chi nella Chiesa ha responsabilità e/o potestà (l'Istituzione nelle sue varie articolazioni ed espressioni) deve predisporre, organizzare e custodire l'annuncio, la testimonianza e l'esperienza vitale del Vangelo all'interno della legittima successione apostolica che custodisce l'una fide se l'unum depositum consegnati da Cristo ai suoi discepoli": così P. GHERRI, *Corresponsabilità e diritto*, cit., pp. 246-247. La stessa categoria della *communio*, che caratterizza la Chiesa a livello sociale, viene spiegata e intesa anche con la locuzione *cum munia*, ossia nel senso di partecipazione a una responsabilità da condividersi per la realizzazione di una vocazione e missione comune. Cfr. in merito M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione al processo canonico*, cit., pp. 21 s.

34 Cfr. can. 1341 CIC. Sulla funzione e sugli scopi della sanzione canonica come strumento di riparazione dell'ordine sociale violato e di recupero del delinquente si vedano V. DE PAOLIS, *Attualità del diritto penale nella Chiesa*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto penale canonico*, cit., p. 20 s.; ID, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze*, cit., pp. 165-208; G. DI MATTIA, *Pena e azione pastorale nel diritto penale della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 114 (1989), pp. 35-67; P. FANTELLI, *Il diritto penale canonico*, cit.; G. LO CASTRO, *Responsabilità e pena*, cit., pp. 3-32; E. MARTINELLI, *L'azione penale nell'ordinamento canonico*, Giappichelli, Torino, 2011; B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., p. 124 s.; A.G. URRU, *Natura e finalità della pena canonica*, in AA. VV., *Processo penale canonico*, cit., pp. 61-74. Sul ruolo della sanzione penale quale strumento effettivo di promozione della dignità del condannato, costruita non più tanto in termini di corrispondenza alla negatività del reato, quanto piuttosto orientata a finalità di giustizia ripartiva per un reale recupero della relazione violata dall'azione delittuosa si veda L. EUSEBI, *Fare giustizia*, cit., p. 14; ID, *Cautela in poena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1 (2015), pp. 466-481.



I provvedimenti cautelativi urgenti enumerati nel can. 1722 CIC risultano essere funzionali ad approntare in via preventiva (ossia durante il tempo del processo, oppure nella fase dell'indagine previa nel caso dei *delicta graviora*) la tutela a interessi pubblici di natura extra- processuale o endo-processuale, avendo lo scopo di "evitare gli scandali, tutelare il corso della giustizia e salvaguardare la libertà dei testimoni"³⁵.

La necessità di assicurare lo sviluppo fisiologico del processo (tutelare il corso della giustizia- salvaguardare la libertà dei testimoni) costituisce un'esigenza per la cui tutela l'ordinamento canonico appare in linea con i sistemi giuridici degli stati secolari, nei quali - seppur nella difficoltà dell'individuazione di un univoco concetto di *cautelarità*³⁶ -, l'intervento invasivo sui diritti del presunto reo è giustificato dalla tutela degli obiettivi del processo, connessi, da una parte, con la garanzia dell'eseguibilità dell'eventuale condanna e dall'altra con lo scopo di evitare la reiterazione del comportamento delittuoso; inoltre, occorre tenere presente che l'applicazione delle misure cautelari, in genere, negli ordinamenti secolari, non può prescindere da una verifica in merito alla fondatezza dell'addebito³⁷.

Nel diritto canonico, invece, il riferimento al *fumus commissi delicti* quale elemento determinante l'applicazione delle misure urgenti di cautela non appare esplicitamente enunciato; esso potrebbe, però, ritenersi sottinteso proprio dal fatto che le misure di cui al can. 1722 CIC possano disporsi soltanto nel corso di un processo penale di tipo giudiziale che, nel peculiare modo di attivarsi in reazione al delitto tipico dell'ordinamento canonico, costituisce un'*extrema ratio*; in altre parole, l'alta probabilità di colpevolezza del soggetto, che autorizzerebbe la disposizione di misure restrittive quali quelle di cui al can. 1722 CIC, deriverebbe dal fatto che,

³⁵ Cfr. can. 1722 CIC. Si veda in merito C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale*, cit., pp. 157-158.

³⁶ Ciò è evidenziato nell'analisi concernente gli ordinamenti degli stati europei da S. RUGGERI, *Libertà personale e procedimento penale nel diritto comparato*, cit., p. 34 s.

³⁷ Prendendo ad esempio di riferimento l'ordinamento italiano, le misure cautelari trovano applicazione dopo una valutazione avente a oggetto l'esistenza non solo delle esigenze cautelari individuate nell'art. 274 c.p.p. (e coincidenti con: 1) inderogabili esigenze attinenti le indagini e situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; 2) il pericolo di fuga del soggetto indagato; c) il pericolo che lo stesso possa commettere gravi delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede), ma pure dei c.d. "gravi indizi di colpevolezza" in capo al soggetto nei cui confronti i provvedimenti cautelari devono disporsi (cfr. art. 273 c.p.p.). Cfr. M. FERRAIOLI, *Misure cautelari*, cit., p. 9.



nel caso concreto, l'Ordinario non ritenga sufficiente riparare la lesione del bene protetto mediante l'applicazione di misure pastorali alternative alla pena, né che si possa fare luogo al processo penale amministrativo, ma consideri opportuna l'applicazione di una sanzione a seguito di un processo penale giudiziale quale unica strada da percorrere per la ricomposizione dell'ordine violato.

Inoltre, con riferimento alle specificità delle esigenze cautelari richiamate dal can. 1722 CIC, tipica del diritto canonico risulta essere l'esigenza extra-processuale dell'"evitare gli scandali" (correlata alla corrispondente finalità della pena canonica di "riparare lo scandalo", una volta accertato il delitto).

Nel diritto canonico lo *scandalo* è definito come un'"azione che muove gli altri verso il male"³⁸ e costituisce un elemento che deve tenersi distinto sia dalla trasgressione della norma, sia dal danno eventualmente causato.

Il nucleo centrale dello *scandalo*, pertanto, è identificabile con il fatto che la lesione di determinate norme (poste nella maggior parte dei casi a tutela delle verità di fede o delle realtà sacramentali), originatasi in conseguenza del comportamento trasgressivo di uno o più individui, non solo determina negli altri fedeli una sorta di stupore e sdegno per la violazione di valori ritenuti fondamentali per l'ordinamento, ma rischia di

³⁸ Così J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in AA. VV., *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., p. 102.

Infatti, se etimologicamente e in senso strettamente letterale il termine greco *scandalon* significa "trappola -insidia" e il verbo corrispondente *scandalizo* in greco classico significa "far inciampare, far cadere", nella terminologia del Nuovo Testamento esso si arricchisce del significato di "dare occasione di peccato". Così H.G. LIDDEL, R. SCOTT, *Dizionario illustrato greco-italiano*, a cura di Q. Cataudella, M. Manfredi, F. Di Benedetto, Le Monnier, Torino, 1975, p. 1163.

Successivamente, la nozione di *scandalo* canonicamente rilevante si struttura a poco a poco nella riflessione della teologia e del Magistero; nella Scolastica, in particolare, Tommaso d'Aquino partendo dalla nozione di scandalo inteso come "urto, mancamento o inciampo del piede", afferma che esso si identifica con "dictum vel factum minus rectum praebens occasionem ruinae", in *S. Th.*, II-II, q. 43, a 1).

Secondo il Catechismo della Chiesa Cattolica, "Lo scandalo è l'atteggiamento o il comportamento che induce altri a compiere il male. Chi scandalizza si fa tentatore del suo prossimo. Attenta alla virtù e alla rettitudine; può trascinare il proprio fratello alla morte spirituale", così CCC 2284. Tale situazione assume una particolare gravità "a motivo dell'autorità di coloro che lo causano o della debolezza di coloro che lo subiscono [...] Lo scandalo è grave quando a provocarlo sono coloro che, per natura o per funzione, sono tenuti ad insegnare e ad educare gli altri" si veda CCC 2285).



mettere in discussione quelle entità assiologiche a livello sociale; gli stessi fedeli, infatti, sollecitati dall'azione delittuosa, potrebbero essere a loro volta indotti alla trasgressione, violandole norme canoniche statuite per la loro stessa salvezza spirituale³⁹.

La finalità dell'“evitare gli scandali”(nel caso dell'applicazione delle misure cautelari) o della “riparazione dello scandalo”(nel caso delle pene) è certamente tipica del diritto canonico quale ordinamento connotato dalla tensione verso la dimensione ultraterrena e trova la sua origine nella partecipazione di ciascun fedele all'economia di salvezza che caratterizza l'ordinamento della Chiesa, da intendersi non solo come salvezza spettante a ciascuno dei membri della comunità, ma anche come bene oggettivo da tutelarsi.

A tal proposito, infatti, poiché il delitto (o il peccato) di uno dei fedeli può incidere su tutto il corpo della Chiesa, sorge la necessità di ricomporre il tessuto ecclesiale nella sua duplice dimensione terrena (riparare il danno- punire il colpevole) e spirituale (riparare lo scandalo – recuperare il colpevole) e ciò sia nel caso di una lesione accertata nei confronti di un bene tutelato dall'ordinamento canonico, con l'applicazione della relativa sanzione a conclusione della procedura finalizzata all'accertamento del delitto, sia in via preventiva, nel caso della disposizione dei provvedimenti di cautela di cui al can. 1722 CIC⁴⁰.

³⁹ Nella nozione di scandalo si identificherebbero tre elementi: un primo elemento *attivo* coincidente con la condotta o l'omissione attuata deliberatamente da un soggetto, i cui effetti incidono nei rapporti tra lo stesso e altri singoli soggetti, o gruppi o con la collettività; un secondo elemento *passivo* connesso alla percezione dell'azione scandalosa da parte degli altri consociati; un terzo elemento *interno* a coloro che sentono e recepiscono e il comportamento o l'omissione come una minaccia ai valori essenziali sui quali si fonda la vita della comunità di appartenenza. Cfr. **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 230-231. Per approfondimenti sul tema, si rinvia a **D.G. ASTIGUETA**, *Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica*, in *Periodica*, XCII (2003), pp. 589- 651, ove si precisa che il bene leso quando si produce lo scandalo è costituito dalla fiducia necessaria nei mezzi di grazia e in coloro che devono veicolarla, con il pericolo della compromissione alla partecipazione alla vita di grazia e alla realizzazione della vocazione personale nel cammino di santità che è proprio del singolo fedele. In merito, si veda anche **GERARDO NÚÑEZ**, *Escándalo y canon 1399. Tutela penal del celibato sacerdotal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de la Rota Romana de 9 julio 2004*, in *Ius canonicum*, Vol. LIV, Num. 108 (2014), pp. 741-754.

⁴⁰ Nella realtà particolare della Chiesa in cammino esistono pertanto peculiari intersezioni fra l'individuo e la società in cui lo stesso è inserito: il peccato o il delitto di uno non solo intaccano il corpo, ma mettono in pericolo la santità dei singoli membri. In questo senso, nell'ordinamento canonico, la caratteristica dinamica tipica di ogni esperienza giuridica, ossia quella di armonizzare e mediare fra la tutela del sistema e la libertà del singolo individuo assume aspetti particolari. Si rinvia in merito a **R.**



In tale ultima ipotesi l'esigenza cautelare extra-processuale di "prevenire gli scandali" potrebbe rapportarsi con l'esigenza cautelare di evitare la reiterazione del reato presente negli ordinamenti civili, ovviamente operate le dovute differenziazioni derivanti dalle peculiarità dell'ordinamento canonico. Nel diritto della Chiesa, l'esigenza in questione, infatti, non sembra aver tanto (o soltanto) la funzione di *schermare* il bene messo in pericolo da ulteriori e rinnovati attacchi da parte del presunto reo, ma è funzionale a fungere da copertura a tutto campo, proteggendo il bene anche da attacchi provenienti dagli altri consociati, i quali *scandalizzati* dal comportamento lesivo del trasgressore, potrebbero, a loro volta, minare le verità di fede violate. Così facendo, l'ordinamento canonico si preoccupa di tutelare non solo il bene oggetto della norma ma, considerata la sua caratteristica di base (ossia la tensione escatologica verso la *salus animarum*), vuole garantire anche l'elemento essenziale alla struttura stessa della comunità ecclesiale: la vita spirituale e il cammino di santità dei fedeli tutti.

4 - Questioni interpretative sulle misure analizzate

Un riferimento alle problematiche dottrinali aventi a oggetto le misure cautelari di cui al canone 1722 CIC può essere utile nella prospettiva della individuazione delle caratteristiche di una funzione cautelare nel diritto canonico.

Fonte di un vivace dibattito dottrinale in merito ai provvedimenti di cui si tratta è stata la questione dell'individuazione del tempo esatto della loro applicazione; se infatti, l'Ordinario può disporre limitazioni dei diritti dell'accusato esclusivamente nel corso dello svolgimento del processo

COPPOLA, *Diritto penale e processo, caratteri distintivi nel quadro delle peculiarità dell'ordinamento canonico*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., p. 50, e a **S. BERLINGÒ**, *Spazio pubblico e coscienza individuale*, cit., pp. 530-531, ove sottolineandosi che "Nella più autentica tradizione giuridica della Chiesa, la *ratio scandali* [...] è in stretto rapporto con la *ratio peccati*. [...] Lo scandalo è da evitare, infatti, non a difesa di un astratto interesse per l'affidabilità dell'Istituzione, ma in quanto fondamentale dimensione del peccato contro il prossimo («*Si esca scandalizat fratrem meum: non manducabo carnem in aeternum, ne fratrem meum scandalizem*», 1 Cor 8, 11)" (p. 533), si rimarca la caratteristica onnicomprensiva del fine della *salus*, che lungi dall'essere inteso in senso strettamente intimistico e individualistico, presenta un'ineliminabile "significato pubblico, inclusivo della cura del bene comune e dell'interesse per esso condiviso" (p. 531).



penale (come è previsto nel can. 1722 CIC)⁴¹, certamente ciò può determinare il pericolo di una reiterazione del comportamento delittuoso da parte del suo autore durante tutta la fase precedente all'applicazione della sanzione (in particolare nella fase dell'indagine previa), con aggravio del danno causato e con eventuale aumento del numero delle vittime.

La necessità dell'anticipazione delle misure cautelari fin dalla fase dell'indagine previa, si è posta negli ultimi decenni principalmente con riferimento a casi di delitti particolarmente gravi e delicati, quali i delitti a sfondo sessuale commessi da chierici, per i quali la tempestività dell'intervento dell'Ordinario (volto, quantomeno, ad allontanare il chierico sospettato dall'esercizio del ministero) è certo di fondamentale importanza, non solo nella prospettiva di una tutela di eventuali altre vittime (impedendo così al soggetto la reiterazione del delitto), ma anche al fine di garantire i futuri testimoni di un eventuale processo penale che veda imputato il ministro in questione.

In merito, il problema è sorto perché il testo del canone 1722 CIC sembrava non lasciare alcuno spiraglio in tal senso: le misure restrittive ivi previste si consideravano applicabili esclusivamente durante lo svolgimento del processo penale giudiziale⁴², e ciò soprattutto avuto riguardo alla precisazione contenuta nella disposizione codicistica esaminata, particolarmente nella parte in cui statuisce che le misure *de quibus* possono essere disposte: "udito il promotore di giustizia e citato l'accusato".

Infatti, tenuto conto che per *citazione* deve intendersi l'atto formale con il quale il giudice convoca in giudizio l'accusato (a seguito della formulazione delle accuse da parte del Promotore di giustizia) e dal quale scaturisce l'instaurarsi del rapporto giuridico processuale⁴³, se ne deduceva l'impossibilità di un'anticipazione delle misure di cui al can. 1722 CIC alla fase dell'indagine previa, nella quale, ancora, non sussiste alcuna citazione formalmente intesa del soggetto sospettato di delitto né è ipotizzabile l'intervento del promotore di giustizia.

A tale conclusione si giungeva anche in considerazione della natura afflittiva dei provvedimenti cautelari i quali, proprio in considerazione di

⁴¹ Al riguardo il can. 1722 recita: "sentito il promotore di giustizia e citato lo stesso accusato [...] in qualunque fase del processo".

⁴² Cfr. C. ARRU, *Le procedure canoniche*, cit., p. 828; V. DE PAOLIS, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze*, cit., p. 200; G. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., pp. 202 s.; J. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, cit., p. 247; Z. SUCHECKI, *Il processo penale giudiziario*, cit., p. 260.

⁴³ Cfr. can. 1517 CIC.



tale loro caratteristica, essendo oggetto di un'interpretazione intesa in senso stretto⁴⁴, dovevano applicarsi esclusivamente all'ipotesi tassativa individuata nel canone di riferimento e non potevano assolutamente essere disposti non solo nella fase dell'indagine previa del processo penale giudiziale, ma anche nel caso in cui l'Ordinario avesse inteso di procedere nei confronti del sospettato con l'imposizione della pena in via amministrativa⁴⁵.

Per inverso, si sosteneva, tuttavia, una possibile anticipazione delle misure di cui al can. 1722 CIC alla fase dell'indagine previa, rilevando come anche quest'ultima fosse una fase preliminare e funzionale al processo penale⁴⁶; inoltre, anche la stessa riconosciuta assimilazione delle misure di cautela alle c.d. sospensioni amministrative, poteva prestarsi a considerare possibile una loro anticipazione alla fase delle indagini, proprio in quanto le sospensioni vengono applicate dall'autorità pubblica nei confronti dei propri dipendenti nella fase di accertamento dei crimini agli stessi imputati⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. can. 18 CIC.

⁴⁵ Si veda in merito **C. GULLO**, *Le ragioni della tutela giudiziale*, cit., p. 153. Al contrario, si mostrano favorevoli a un'applicazione delle misure cautelari anche al processo penale amministrativo **J. BEAL**, *Administrative leave: canon 1722 revisited*, cit., p. 310; **J.E. PAULSON**, *The clinical and canonical considerations in cases of pedophilia: the bishop's role*, in *Studia canonica*, 22 (1988), p. 106.

⁴⁶ Tuttavia, si è pure affermato che, seppur preliminare e funzionale allo svolgimento del processo penale (amministrativo o giudiziale), la fase dell'indagine è considerata come un istituto giuridico autonomo da tenere distinto dal processo (cfr. **A.G. MIZINSKI**, *L'indagine previa (cc. 1717-1719)*, in **AA. VV.**, *Il processo penale canonico*, cit., p. 170), il cui scopo è "quello di ricavare dati necessari e sufficienti sull'azione delittuosa presuntamente commessa e sul suo autore, in modo da poter realizzare una prima valutazione circa la fondatezza delle notizie precedenti e poter così decidere, alla loro luce, sulle vie giuridiche da percorrere posteriormente", così **J. SANCHIS**, *L'indagine previa al processo penale*, cit., p. 247.

⁴⁷ Al riguardo si rinvia a **B.F. GRIFFIN**, *Canon 1722: Imposition of Administrative Leave against an Accused*, in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 1988*, pp. 103-108, ove si evidenzia che in effetti, nonostante si possa ammettere che anche nel caso delle c.d. sospensioni amministrative non può prescindersi da un "contatto" seppur informale (ossia non equivalente alla rituale citazione) fra l'autorità che procede e l'accusato nei cui confronti si agisce, e che potrebbe equivalere alla citazione di cui al can. 1722 CIC, tuttavia, si conclude affermando che, in ogni caso, le stesse misure debbano collegarsi a un processo penale almeno imminente: "*«Administrative leave» may be imposed only after the completion of a preliminary investigation. The accused must be cited and given an opportunity to respond, at least extrajudicially, to the allegation and to the proposal to impose «administrative leave». This initial citation and hearing can occur before the penal process is formally inaugurated, either in conjunction with the Ordinary's decree initiating the penal process or subsequently. However, «administrative leave» can only be imposed in connection with a penal process, whether*



In assenza di una normativa *ad hoc*, la soluzione della possibile anticipazione di provvedimenti di cautela nella fase dell'indagine previa, soprattutto nel caso di crimini a sfondo sessuale commessi da chierici su minori, era rinvenuta nell'applicazione del combinato disposto dei cann. 1044, § 2, 2; 1041, 1 CIC, ove si statuisce che il Vescovo diocesano con decreto può impedire al chierico l'esercizio del ministero sacro, nonché, eventualmente, disporre la sospensione dall'esercizio dell'ufficio ecclesiastico cui lo stesso ministro è preposto, accertata l'esistenza di una sua infermità psichica a mezzo di esame peritale⁴⁸.

Tale soluzione, tuttavia, destava non poche perplessità; in primo luogo, si segnalava la possibile violazione dei diritti dell'accusato, essendo la procedura nella totale disponibilità del Vescovo, il quale poteva disporre l'impedimento all'esercizio del ministero sacro anche in presenza di una perizia con esito negativo; in secondo luogo, non risultava chiaro quali anomalie psichiche potessero essere inquadrate nella nozione di "pazzia o altre "infermità psichiche", indicate dalle norme summenzionate come giustificative della misura⁴⁹; infine non si riscontrava uniformità di

actual or imminent. It cannot imposed on the basis of an accusation alone. This conclusion is settled law, inconvenient law perhaps, but still the law": così **J. BEAL**, *Administrative leave*, cit., p. 316.

⁴⁸ Al riguardo, si vedano **J.P. BEAL**, *Doing what one can: canon law and clerical sexual misconduct*, in *The Jurist*, 52 (1992), pp. 642-683; **N.P. CAFARDI**, *Stones instead bread: sexually abusive priests in ministry*, in *Studia canonica*, 27 (1993), pp. 145-172; **E. PAULSON**, *The clinical and canonical considerations*, cit., pp. 77-124.

Per completezza si riporta il testo delle norme, che prevedono, rispettivamente, un'ipotesi di inabilità a ricevere gli ordini sacri a causa di un'infermità mentale del soggetto e una causa di impedimento all'esercizio del ministero sacerdotale nel caso in cui l'infermità mentale sopraggiunga in un momento successivo all'ordinazione: "Sono irregolari a ricevere gli ordini: 1) chi è affetto da qualche forma di pazzia o da altra infermità psichica, per la quale, consultati i periti, viene giudicato inabile a svolgere nel modo appropriato il ministero" (can. 1041, 1 CIC); "Sono impediti di esercitare gli ordini: [...] 2) colui che è affetto da pazzia o da altre infermità psichiche di cui al can. 1041, n. 1, fino a che l'Ordinario, consultato il perito, non avrà consentito l'esercizio del medesimo ordine" (can. 1044, § 2, 2 CIC).

Il decreto di impedimento agli ordini ha natura amministrativa, per cui viene emanato dopo un'indagine finalizzata a ricercare notizie e prove utili al riguardo, nonché, ove possibile, dopo l'audizione di coloro i cui diritti potrebbero essere lesi dallo stesso decreto (cfr. can. 50 CIC); deve essere motivato (cfr. can. 51) e notificato all'interessato (cfr. cann. 55- 56 CIC) ed è soggetto alle impugnazioni di cui ai cann. 1732-1739. Per approfondimenti al riguardo si rinvia a **C. ARRU**, *Le procedure canoniche*, cit. p. 807-830; **G. MONTINI**, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., p.196.

⁴⁹ Cfr. **J.P. BEAL**, *Per una interpretazione – applicazione dei cann. 1041, 1° e 1044, § 2, 2°*, in *Monitor Ecclesiasticus* 122 (1997), p. 123; **V. DE PAOLIS**, *Delitti contro il sesto*



vedute in merito alla tipologia di funzioni del chierico che potevano sospendersi in presenza delle condizioni previste dai canoni in questione⁵⁰.

Come già precedentemente accennato, sulla questione è intervenuta la disposizione dell'art. 19 delle Norme speciali che regolamentano i *delicta graviora* (ricomprensenti anche i crimini a sfondo sessuale commessi dai chierici), così come integrato dalle modifiche apportate da Benedetto XVI il 21 maggio 2010, e in base alla quale l'Ordinario può disporre le misure di cautela di cui al can. 1722 CIC anche durante la fase dell'indagine previa⁵¹.

Un'altra questione interpretativa sulla quale non c'è unanimità di vedute è costituita dalla possibilità di impugnazione dei provvedimenti cautelari.

Da una parte, infatti, nel silenzio del legislatore canonico dell'83, nonché avuto riguardo alla norma ove si dispone che i canoni del Codice vigente, "nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica"⁵², le misure *ex* can. 1722 CIC si ritengono non impugnabili, proprio rifacendosi alla tradizione canonica del Codice del 1917, nel quale espressamente se ne statuiva la non impugnabilità⁵³.

comandamento, in *Periodica*, LXXXII (1993), pp. 293-316). I problemi erano principalmente dovuti al fatto che tale soluzione era adottata per lo più nel caso di abusi sessuali su minori, mentre era acceso il dibattito sulla natura stessa della pedofilia, quale patologia mentale o disordine morale. Cfr. **G. MONTINI**, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., p. 196.

⁵⁰ Alcuni autori sostenevano che il ricorso al combinato disposto dei cann. 1044, § 2, 2, e 1041, 1 CIC, poteva consentire l'esclusione del chierico soltanto dalle celebrazioni liturgiche e in presenza di una gravissima patologia mentale che ne impedisse lo svolgimento (Cfr. **W.H. WOESTMAN**, *Too good to be true: a current interpretation of canons 1041, 1° and 1044, § 2, 2°*, in *Monitor ecclesiasticus*, 120 (1995), pp. 619-629); altri, al contrario, basandosi su un concetto più ampio di ministero sacerdotale, ritenevano, invece, che tale situazione investisse anche lo svolgimento della funzione pastorale del chierico e non solo quella strettamente connessa con lo svolgimento della liturgia o con l'amministrazione dei sacramenti. Cfr. **J.P. BEAL**, *Too good to be true? A response to Professor Woestman on the interpretation of canons 1041, 1° e 1044, § 2, 2°*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 121 (1996), pp. 456-460. Per una sintesi delle opposte posizioni in merito, si rinvia a **G. MONTINI**, *Provvedimenti cautelari urgenti*, cit., pp. 198- 200.

⁵¹ Al riguardo si veda la nota n. 19.

⁵² Can. 6, § 2, CIC.

⁵³ Ecco il testo del can. 1958 CIC 1917: "*Decreta de quibus in can. 1956, 1957 ferri nequeunt, nisi reo citato et comparente vel contumaci, sive post primam eius auditionem seu constitutum, sive postea in decursu processus; et contra eadem non datur iuris remedium*".



Inoltre, l'impugnabilità dei provvedimenti *ex can.* 1722 CIC viene negata in considerazione della loro natura di *provvedimenti provvisori urgenti*, contro i quali, così come si statuisce nel can. 1629 n. 4 CIC, non è ammissibile ricorrere in appello, anche se si è rilevato il fatto che tale norma ha a oggetto provvedimenti di natura giudiziale, mentre le misure analizzate si caratterizzano per avere natura amministrativa⁵⁴.

Al contrario, l'orientamento che ne ritiene possibile l'impugnazione, sottintendendone la natura amministrativa, ritiene che le misure cautelari di cui al canone 1722 CIC possano seguire la via di impugnazione prevista per gli atti amministrativi singolari: ossia il c.d. ricorso gerarchico (cfr. cann. 1734s. CIC) e, all'esito, l'eventuale impugnazione presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica⁵⁵, anche in analogia con quanto si evidenzia in tema di misure cautelari applicate nei casi di *delicta graviora*⁵⁶.

5 - Funzione cautelare e diritto canonico

⁵⁴ Cfr. C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale*, cit., p. 158.

⁵⁵ Cfr. V. DE PAOLIS, *Sanzioni penali, rimedi penali e penitenze*, cit., p. 200.

⁵⁶ Si veda in merito L. ORTAGLIO, *L'indagine previa nei casi di delicta graviora*, cit., p. 104. Tuttavia, in tali casi, se ciò è possibile certamente in riferimento a misure cautelari disposte con decreto dell'Ordinario, nel caso in cui il provvedimento cautelare sia invece emanato con decreto del Presidente di turno (così come consente l'art. 19 delle Norme speciali) si dovrebbe ipotizzare l'impugnazione del decreto al Collegio giudicante, così come avviene per i decreti aventi natura giudiziale. In ogni caso però laddove la Congregazione per la Dottrina della Fede avochi a sé il giudizio a seguito di segnalazione dell'Ordinario (cfr. art. 16 delle Norme speciali), o svolga il processo già a partire dall'indagine previa (cfr. art. 17 Norme speciali) ci troveremo di fronte a un Tribunale speciale, costituito da una Congregazione della Curia Romana (di natura amministrativa), che giudica applicando le norme del processo penale giudiziale (cfr. art. 21 Norme speciali) e che ha, in ogni caso, competenza a trattare il grado di appello del processo riguardante tali delitti (cfr. art. 20 Norme speciali), il quale in prima istanza può essersi svolto dinanzi a un organo avente natura giudiziale (Tribunale ecclesiastico diocesano). La difficoltà dell'individuazione di un chiaro e definito riparto delle competenze tra l'autorità amministrativa e quella giudiziale, soprattutto in riferimento al processo, è ricondotta alla "permeabilità dei comparti della giurisdizione e dell'amministrazione, in un ordinamento che, al di là del dato meramente formale della separazione e della concentrazione di potere, bada piuttosto alle garanzie dei valori umani impreteferibili": S. BERLINGÒ, *Il diritto al processo*, cit., p. 341.

Sull'amministrativizzazione del processo penale, anche avuto riguardo alle cause trattate dalle Congregazioni della Curia Romana, si veda, invece J. LLOBELL, *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede*, in *Archivio Giuridico*, vol. CCXXXII, fasc. 3-2012, pp. 293-357.



La difficoltà di soluzione delle questioni dottrinali richiamate, costituisce un'ulteriore conseguenza e conferma della peculiarità dei provvedimenti analizzati: ossia il fatto di essere disposti con decreto dall'Ordinario (o anche dal giudice nel caso di *delicta graviora*) nel corso di un'azione penale giudiziale (ma anche durante la fase dell'indagine previa per i *delicta graviora*), con lo scopo di garantire non solo esigenze strettamente processuali, ma anche il fine tipico dell'ordinamento canonico (*salus animarum*), e ciò avuto riguardo sia alla salvezza dell'autore del delitto nei cui confronti si applicano, ma pure di quella di tutti gli altri fedeli.

Da ciò potremmo dedurre che la cifra precipua, l'elemento tipico emergente dallo studio delle misure cautelari *ex can. 1722 CIC*, sembra essere costituito dalla commistione e da un continuo rimando tra la funzione amministrativa (cui i provvedimenti devono ricondursi in base alla loro natura) e l'attività giudiziaria (il tempo del loro svolgersi) che, nella previsione della norma esaminata, si concretizza in un'ingerenza dell'autorità amministrativa nel corso di una vicenda tipicamente giudiziale.

Infatti, l'analisi effettuata (lontana da qualsiasi pretesa di esaustività) ha mostrato che i provvedimenti di cui al can. 1722 CIC:

- 1) in quanto disposti dall'Ordinario, hanno natura amministrativa;
- 2) sembrano giustificarsi in base all'esistenza di un particolare rapporto di subordinazione tra i soggetti dalle stesse interessati;
- 3) accanto alla tutela di esigenze cautelari identificabili con il buon andamento del processo, si preoccupano di garantire gli interessi tipici dell'ordinamento canonico, individuabili nella tutela della *salus animarum* dei fedeli tutti, come pure delle funzioni di insegnare, santificare e governare⁵⁷.

Alla luce di tali considerazioni, una lettura e interpretazione della funzione cautelare nel diritto canonico sembra vedere quest'ultima subire una sorta di attrazione nella sfera di esercizio della potestà amministrativo- esecutiva, il cui organo di vertice è l'Ordinario.

Tale caratteristica (insieme alla intersezione fra la funzione amministrativa e quella giudiziale sopra menzionata), in realtà rimanda alla peculiare strutturazione-distinzione-distribuzione della potestà di governo nella Chiesa, a sua volta derivante dall'origine divina dell'ordinamento canonico e dallo scopo per il quale lo stesso risulta

⁵⁷ Certamente, una tutela attuata in via "cautelativa", non solo dovrà perseguire il fine della *salus animarum*, ma dovrà avere cura di fungere da scudo di garanzia delle funzioni sopramenzionate, mediante le quali è reso possibile il cammino della comunità e del singolo individuo verso la salvezza.



costituito: proiettare la comunità che è chiamato a regolamentare verso il raggiungimento di un fine che la trascende (*salus animarum*).

Nell'ordinamento della Chiesa, infatti - a differenza che negli ordinamenti secolari, ove in modo più netto la potestà di governo si ripartisce fra organi diversificati e riconducibili alle tre funzioni tipiche dello stato di diritto -, il governo della comunità ecclesiale e le corrispondenti funzioni in cui lo stesso trova esplicazione, risultano concentrate nelle mani di un solo soggetto, il quale, nel territorio di sua competenza, è titolare della potestà legislativa, giudiziaria, ed esecutiva, seppur esercitate in via vicaria: il Vescovo⁵⁸.

Quest'ultimo, pertanto, svolgendo a tutto campo una funzione di controllo, vigilanza e protezione (= dal gr. *episcopè*, appunto) non solo dal punto di vista sacramentale-liturgico, ma anche giuridico, può considerarsi quasi come elemento di sintesi di tutto il sistema ordinamentale canonico, soprattutto avuto riguardo al potere attribuitogli di intervenire nella vita dei fedeli per *correggerla* in vista del raggiungimento del fine ultimo dell'ordinamento⁵⁹, in particolare nelle sue vesti di Ordinario, quale organo di vertice della funzione amministrativo-esecutiva, preposta proprio al raggiungimento della *salus animarum*.

⁵⁸ "La potestà di giurisdizione o regime nella Chiesa ha un carattere personale e unitario perciò non esistono tre poteri distinti tra loro né tre organizzazioni separate, ma il c. 135, § 1 CIC stabilisce una distinzione di funzioni: legislativa, esecutiva e giudiziaria. Queste tre funzioni hanno un rapporto di moderazione che permette di affermare nella Chiesa il principio di legalità e l'esclusione dell'arbitrarietà", così **M.J. ARROBA CONDE**, *Introduzione al processo canonico*, cit., pp. 32- 33.

Sull'accentramento delle funzioni di governo nel diritto canonico e sulle conseguenze pratiche, evidenziate dalla specificità di alcune procedure a tutela dei diritti dei fedeli, si veda **S. BERLINGÒ**, *Il diritto al processo*, cit., p. 341, ove si rileva che, proprio per tale caratteristica: "appare difficile stabilire, facendo riferimento al solo profilo dell'Autorità agente, quale delle correlate funzioni venga in effetti esercitata"; pertanto, può ben accadere che nell'esercizio delle funzioni di governo il potere legislativo legifera, ma a volte amministra e a volte giudica; i giudici giudicano, ma a volte amministrano (si pensi alla potestà di tipo disciplinare loro attribuita all'interno dei tribunali) e l'amministrazione amministra, ma a volte anche legifera e giudica. Cfr. **F. PÉREZ-MADRID**, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 390.

⁵⁹ Il Codice di diritto canonico nel can. 392 CIC puntualizza il ruolo centrale del Vescovo all'interno del sistema, statuendo che egli "§ 1. Poiché deve difendere l'unità della Chiesa universale, il Vescovo è tenuto a promuovere la disciplina comune a tutta la Chiesa e perciò a urgere l'osservanza di tutte le leggi ecclesiastiche. § 2. Vigili che non si insinuino abusi nella disciplina ecclesiastica, soprattutto nel ministero della parola, nella celebrazione dei sacramenti e dei sacramentali, nel culto di Dio e dei Santi e nell'amministrazione dei beni".



E proprio il carattere unificante del fine dell'ordinamento, consente di spiegare la peculiare modalità di reazione al delitto prevista nel diritto penale canonico, che vede in prima linea l'Ordinario, piuttosto che l'autorità giudiziaria propriamente detta: se, infatti, la *salus animarum* è il fine del sistema, allora la tutela dei beni a essa funzionali viene demandata a proprio al soggetto che, nell'esercizio della sua funzione, persegue in via più diretta il suo raggiungimento: l'Ordinario. Quest'ultimo, pertanto, ben può dirsi anche il titolare di una *funzione cautelare* da attuarsi in via preventiva per la difesa degli interessi fondamentali in un ordinamento caratterizzato da una natura essenzialmente amministrativa⁶⁰, la quale deve intendersi non tanto come

“prevalenza del dato oggettivo su quello soggettivo, della dimensione pubblicistica su quella privatistica, quanto (come) un indirizzo volto a perseguire la tutela delle esigenze di ogni persona nel loro nucleo essenziale e nel modo più semplice e tempestivo possibile, secondo una prospettiva di reciproca tendenziale conversione non solo del bene di tutti nel bene del soggetto, ma anche e soprattutto, secondo il modello evangelico della pecora smarrita (Mt 18, 12), del bene del singolo nel bene della comunità”⁶¹.

Ulteriore riprova di ciò potrebbe rinvenirsi, a livello formale, nella concentrazione delle variegate branche del diritto canonico in un'unica fonte codicistica a carattere universale, nella quale il diritto amministrativo inteso in senso stretto si trova collocato proprio in posizione primaria, ossia nel Libro I intitolato alle “Norme generali”⁶².

⁶⁰ Cfr. P. GHERRI, *Corresponsabilità e diritto*, cit. p. 246. In merito, infatti si è affermato che “la maggior parte delle norme canoniche sono di diritto amministrativo: così come le norme che regolano i mezzi personali di cui si serve la Chiesa per realizzare i suoi fini (persone, uffici e organizzazione), l'attività intraecclesiale, i *munera docendi e santificandi* [...], i beni temporali, e le norme relative ai servizi, quelle disciplinari e anche quelle penali” E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, EUNSA, Pamplona, 1988, pp. 14-15.

⁶¹ Così S. BERLINGÒ, *Il diritto al processo*, cit., pp. 341-342.

⁶² La riduzione a unità operata dal Codice di diritto canonico trova un riscontro anche nella sua genesi storica da collegarsi alla scelta di tecnica legislativa attuata già al tempo della precedente codificazione, quando, sull'esempio del fenomeno delle codificazioni civili, già a partire dal Concilio Ecumenico Vaticano I, comincia a farsi strada nella Chiesa l'idea di riordinare la gran mole di fonti di variegata provenienza, stratificatesi nel corso dei secoli nel *Corpus Iuris Canonici*, in un'unica fonte codicistica (Cfr. L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 82 s.); la sintesi in un'unica fonte normativa a carattere universale, consente quasi di visualizzare, dal punto di vista giuridico, il cammino della *Ecclesia Communio* verso la realtà ultraterrena, come se tale sintesi non fosse altro che la *fioritura giuridica* della funzione essenziale della Chiesa



A partire da tali considerazioni, pertanto, potrebbe aprirsi (e, successivamente trovare sviluppo), un'ulteriore prospettiva di approfondimento sul tema della funzione cautelare nel diritto canonico: se, infatti, il centro di unificazione dell'intero ordinamento è costituito dal fine della salvezza dell'anima, perseguito in modo specifico dalla attività amministrativo-esecutiva di cui è titolare l'Ordinario; e se tale unità è ravvisabile anche a livello formale (incarnata dalla fonte normativa a carattere universale che la sancisce), allora si potrebbe ipotizzare la ricorrenza di ulteriori istituti cui potere attribuire carattere cautelare, rinvenibili in altri rami dell'ordinamento canonico (perciò non legati all'esercizio dell'azione penale, né connessi allo svolgimento di una vicenda processuale), la cui specificità potrebbe individuarsi proprio in un'attivazione in via preventiva dell'Ordinario a tutela dei fini dell'ordinamento.

(l'annuncio del Vangelo, cfr. can. 747 CIC), secondo un percorso che, muovendosi quasi per gradi, parte dalla regolamentazione dell'attività ritenuta primaria (attività amministrativa, Libro I, Norme generali) e si conclude con l'attività sussidiaria (attività giudiziaria, Libro VII, I processi), culminando nell'affermazione contenuta nel canone posto a chiusura del Codice che ribadisce il fine ultimo dell'ordinamento: "*salus animarum, [quae] in Ecclesia semper suprema lex esse debet*" (can. 1752 CIC).