

ILARIA ZUANAZZI

La conciliazione nel diritto della Chiesa  
Principi generali e applicazioni  
nella giustizia amministrativa



13

*Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni



Mucchi Editore

*Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni

13

issn 2724-4660

L'orizzonte meramente tecnicistico su cui ogni tipo di riflessione sembra oggi rischiare di appiattirsi non solo non cancella quegli interrogativi fondamentali che si confermano ineludibili per ciascuna disciplina in cui si ramifica il pensiero giuridico: ma li rivela, anzi, in tutta la loro impellenza. È dunque a tale necessità che facciamo riferimento nel cogliere e sottolineare il bisogno che si avverte di 'un'anima per il diritto', ispirandoci in modo particolare a quegli ammonimenti che Aleksandr Solženicyyn rivolgeva a studiosi e accademici dell'Università di Harvard nel 1978 e che, a distanza di decenni, mantengono intatta la loro validità. Muovendo dalla domanda «se mi chiedessero: vorrebbe proporre al suo paese, quale modello, l'Occidente così com'è oggi?, dovrei rispondere con franchezza: no, non potrei raccomandare la vostra società come ideale per la trasformazione della nostra. Data la ricchezza di crescita spirituale che in questo secolo il nostro paese ha acquistato nella sofferenza, il sistema occidentale, nel suo attuale stato di esaurimento spirituale, non presenta per noi alcuna attrattiva» – dichiarazione che si riempie di significato alla luce della vicenda personale, tanto dolorosa quanto nota, di colui che l'ha pronunciata –, l'intellettuale russo individuava infatti con profetica lucidità i sintomi e le cause di tale declino. In questo senso, ad interpellarci in modo precipuo in quanto giuristi è soprattutto l'osservazione secondo cui «in conformità ai propri obiettivi la società occidentale ha scelto la forma d'esistenza che le era più comoda e che io definirei giuridica: una 'forma d'esistenza' che tuttavia è stata assunta come fondamento esclusivo e per ciò stesso privata dell'anelito a una dimensione superiore capace di giustificarla. Con l'inevitabile, correlata conseguenza che «l'autolimitazione liberamente accettata è una cosa che non si vede quasi mai: tutti praticano per contro l'autoespansione, condotta fino all'estrema capienza delle leggi, fino a che le cornici giuridiche cominciano a scricchiolare». Sono queste le premesse da cui scaturisce quel complesso di valutazioni che trova la sua sintesi più efficace nella seguente affermazione, dalla quale intendiamo a nostra volta prendere idealmente le mosse: «No, la società non può restare in un abisso senza leggi come da noi, ma è anche derisoria la proposta di collocarsi, come qui da voi, sulla superficie tirata a specchio di un giuridismo senz'anima». Se è tale monito a costituire il principio ispiratore della presente collana di studi, quest'ultima trova nella stessa fonte anche la stella polare da seguire per cercare risposte. Essa, rinvenibile in tutti i passaggi più pregnanti del discorso, si scolpisce icasticamente nell'esortazione – che facciamo nostra – con cui si chiude: «E nessuno, sulla Terra, ha altra via d'uscita che questa: andare più in alto».

\* La traduzione italiana citata è tratta da ALEKSANDR SOLŽENICYN, *Discorso alla Harvard University, Cambridge (MA) 8 giugno 1978*, in Id., *Il respiro della coscienza. Saggi e interventi sulla vera libertà 1967-1974. Con il discorso all'Università di Harvard del 1978*, a cura di SERGIO RAPETTI, Jaca Book, Milano, 2015, pp. 219-236.

# *Un'anima per il diritto: andare più in alto*

## *Direzione*

Geraldina Boni (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

## *Comitato scientifico*

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid)

Christian Baldus (Universität Heidelberg)

Michele Belletti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

María Blanco Fernández (Universidad de Navarra)

Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Federico Casolari (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Marco Cavina (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Emmanuelle Chevreau (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Sophie Démare-Lafont (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Carlo Fantappiè (Università degli Studi Roma Tre)

Manuel Ignacio Feliú Rey (Universidad Carlos III de Madrid)

Doris Forster (Université de Genève)

Mariagiulia Giuffrè (Edge Hill University)

Esther Happacher (Universität Innsbruck)

Tanguy Le Marc'hadour (Université d'Artois)

Giovanni Luchetti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Francesco Martucci (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Raphäele Parizot (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Antonio Pérez Miras (Universidad de Granada)

Patrice Rolland (Université Paris-Est Créteil Val de Marne)

Péter Szabó (Pázmány Péter Katolikus Egyetem)

## *Comitato di redazione*

Manuel Ganarin (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Alessandro Perego (Università Cattolica del Sacro Cuore), Alberto Tomer (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)



*A Eugenia*

*A Livio*



ILARIA ZUANAZZI

La conciliazione nel diritto della Chiesa  
Principi generali e applicazioni  
nella giustizia amministrativa

Mucchi Editore

Le opere pubblicate nella Collana sono sottoposte alla procedura di revisione *double-blind peer review*, in conformità al *Codice etico e Regolamento per le pubblicazioni della Collana* consultabile all'indirizzo internet [www.muccheditore.it/animaperildiritto](http://www.muccheditore.it/animaperildiritto).

In copertina: *Bible Historiale Complétée*, Den Haag, Koninklijke Bibliotheek, The Hague, KB, 71 A 23, fol. 33r, particolare.

ISSN di collana 2724-4660

ISBN 9791281716285

© Stem Mucchi Editore Srl - 2024

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena

[info@muccheditore.it](mailto:info@muccheditore.it) [www.muccheditore.it](http://www.muccheditore.it)

[facebook.com/muccheditore](https://facebook.com/muccheditore) [twitter.com/muccheditore](https://twitter.com/muccheditore) [instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)



Creative Commons Attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0)

Attribuzione della paternità dell'opera all'Autore. Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita, la modifica e la trasformazione per produrre un'altra opera.

Versione pdf open access al sito [www.muccheditore.it/animaperildiritto](http://www.muccheditore.it/animaperildiritto)

Tipografia, impaginazione e pubblicazione digitale Stem Mucchi Editore (MO)

Prima edizione pubblicata in Italia, Mucchi, Modena, ottobre 2024

## INTRODUZIONE

Approfondire lo studio della conciliazione nel diritto della Chiesa è stato come percorrere una via ben strutturata e solida, ma sepolta dalle scorie del tempo. Alla tradizione ecclesiale del *favor conciliationis* è accaduto infatti quanto avviene su di una pista in montagna dopo un'abbondante nevicata, allorché il percorso tracciato dall'uso continuo dei passaggi precedenti diventa nascosto alla superficie, pur persistendo al fondo un cammino valido. Analogamente, la poderosa elaborazione canonistica circa i rimedi pacifici di gestione delle controversie ispirati al principio evangelico di riconciliazione è stata ridimensionata, se non occultata, dall'opera di razionalizzazione giuridica della normativa introdotta dal codice piano benedettino e proseguita con la legislazione giovanneo paolina, sino quasi a perdere la memoria del valore fondamentale dell'ideale della concordia nelle relazioni ecclesiali e del ruolo preferenziale degli strumenti consensuali per superare i dissidi.

L'attuale tendenza a promuovere l'uso dei mezzi di risoluzione dei conflitti alternativi ai processi contenziosi, in forte crescita negli ordinamenti degli Stati a partire dal secolo scorso, potrebbe fungere da stimolo per un potenziamento dei rimedi pacifici anche nel sistema ecclesiale, ma è opportuno sottolineare come non si tratti di recepire acriticamente i modelli secolari, quanto piuttosto di riscoprire un retaggio storico di dottrine, regole e usanze parzialmente dimenticato. L'analisi delle fonti più risalenti mostra, in effetti, come sin dai primi secoli e per tutta l'epoca classica fino all'età moderna, le autorità ecclesiastiche e l'intero popolo di Dio fossero consapevoli dell'importanza fondante del metodo conciliativo, basato sui precetti cristiani di benevolenza e di solidarietà, per una impostazione autentica dei rapporti tra i fedeli e per un esercizio responsabile delle funzioni di governo all'interno delle comunità ecclesiali. Lo sforzo di tradurre il monito di evitare le liti in forme giuridiche efficaci ha condotto il diritto canonico ad adattare, integrare e sviluppare gli istituti giuridici tratti dal diritto romano al fine di definire in

modo originale strumenti molteplici ed eterogenei, giudiziali o stragiudiziali, obbligatori o volontari, onerosi o gratuiti, in grado di essere utilizzati come rimedi preferenziali nei diversi ambiti di competenza della Chiesa, per rispondere alle varie esigenze di composizione equitativa degli interessi nelle differenti tipologie di controversie.

La ricchezza di questa tradizione giuridica contenuta nello *ius decretalium* viene successivamente ridotta nella disciplina normativa e soprattutto depotenziata nella portata ideale e nell'efficacia vincolante dalle codificazioni del secolo scorso. Invero, il prevalere di una concezione più autoritaristica delle relazioni inerenti all'esercizio delle funzioni di giurisdizione ha condotto a relegare i rimedi consensuali di accomodamento dei dissidi alla sfera dei rapporti tra privati e a limitare la rilevanza delle procedure conciliative al solo ambito delle contese processuali. Quantunque la legislazione vigente continui a esortare i fedeli e le autorità a risolvere pacificamente i conflitti, di fatto la ricerca della concordia non costituisce più il metodo maggiormente sollecitato e favorito nella gestione delle controversie.

Tuttavia, proprio il richiamo del principio evangelico di riconciliazione, unitamente al recupero delle precedenti elaborazioni della dottrina e delle regole del diritto e della prassi, deve stimolare a ripulire la via della conciliazione dalle residue resistenze ideologiche, così da ripristinare in pienezza il *favor conciliationis* quale *ratio* intrinseca al sistema di giustizia ecclesiale, non solo nell'uso dei rimedi processuali, ma nel modo stesso di impostare le relazioni dei fedeli tra di loro e con le autorità di governo. *De iure condito* il rimando alla tradizione e ai principi ispiratori può pertanto indurre a interpretare le norme vigenti, pur lacunose e imperfette, nel senso più adeguato a incoraggiare e agevolare un ricorso più ampio possibile agli strumenti consensuali di soluzione delle controversie. *De iure condendo*, si può auspicare un intervento del legislatore che perfezioni le previsioni esistenti, eliminando le antinomie, precisando gli istituti e adottando le disposizioni integrative dirette a predisporre gli organismi e le procedure necessarie per consentire di attuare effettivamente in forme efficaci la conciliazione. Tali riforme potrebbe-

ro essere assunte anche a livello delle Chiese particolari, nel rispetto del principio di sussidiarietà contemplato dai codici, con disposizioni complementari alla normativa universale, idonee a promuovere la ricerca della concordia nelle modalità più corrispondenti alle esigenze e alle condizioni delle singole comunità ecclesiali.

L'auspicio è che la Chiesa e il suo diritto tornino ad essere modelli virtuosi di implementazione del principio di riconciliazione nei rapporti tra i fedeli e con le autorità, non solo nella gestione delle controversie, ma come ideale di condotta ispirato al precetto fondamentale dell'amore reciproco.



PARTE PRIMA

GLI STRUMENTI CONCILIATIVI NELLA  
STORIA E NEL DIRITTO DELLA CHIESA



## CAP. I

# IL PRINCIPIO DI RICONCILIAZIONE NELLA CHIESA

### 1. *Valore teologico e soteriologico del principio di riconciliazione*

La riconciliazione riveste nella Chiesa un valore fondamentale non solo per la sua costituzione in comunità, ma per il suo essere una istituzione salvifica. Invero, prima ancora di rappresentare un ideale di organizzazione sociale o un metodo di soluzione delle controversie che conducano a promuovere una convivenza pacifica e solidale, la riconciliazione è un principio soteriologico che attiene al cuore del messaggio evangelico e costituisce un fine essenziale della missione ecclesiale<sup>1</sup>.

Il principio della riconciliazione si trova proprio al centro dell'economia divina della storia della salvezza che è stata portata a compimento dall'opera di redenzione del Messia<sup>2</sup>, in quanto attraverso l'incarnazione, morte e risurrezione di Gesù di Nazareth, Dio ha riconciliato a sé l'umanità, liberandola dall'asservimento del peccato e chiamandola a partecipare alla comunione di grazia con Lui. Così, con la rinascita spirituale in Cristo, le persone sono rese capaci di superare i limiti dell'imperfezione della natura umana e in gra-

---

<sup>1</sup> GIOVANNI PAOLO II, nell'esortazione apostolica post-sinodale *Reconciliatio et paenitentia* (del 2 dicembre 1984) evidenzia i due dinamismi della riconciliazione nel piano divino di salvezza: quale dono di Dio che «si concretizza nel mistero di Cristo redentore, riconciliatore, liberatore dell'uomo dal peccato sotto tutte le sue forme» (n. 7) e quale partecipazione della Chiesa all'opera riconciliatrice: «a tutta la comunità dei credenti, all'intera compagine della Chiesa è affidata la parola di riconciliazione, il compito cioè di fare quanto è possibile per testimoniare la riconciliazione e per attuarla nel mondo» (n. 8).

<sup>2</sup> «*Omnia autem ex Deo, qui nos reconciliavit sibi per Christum et dedit nobis ministerium reconciliationis. Quoniam quidem Deus erat in Christo mundum reconcilians sibi, non reputans illis delicta ipsorum, et posuit in nobis verbum reconciliationis. Pro Christo ergo legatione fungimur, tamquam Deo exhortante per nos. Obsecramus pro Christo, reconciliamini Deo*» (2 Cor 5, 18-20). Si veda anche Rm 5, 10-11.

do di sanare le lacerazioni che i cedimenti al male possono indurre nei rapporti con Dio, con se stessi, con gli altri e con il creato. Nel mistero pasquale cristiano, quindi, le due dimensioni della riconciliazione, quella verticale della relazione con Dio e quella orizzontale degli individui tra di loro, sono intimamente connesse<sup>3</sup>: il dono gratuito della redenzione è la fonte del rinnovamento dell'animo del credente che conduce ad assumere atteggiamenti di benevolenza nei confronti del prossimo, riuscendo in tal modo a superare e a comporre ogni eventuale divergenza; nel contempo, non si può essere in comunione autentica con Dio se non si è disponibili a cercare la conciliazione e la concordia nei rapporti con gli altri<sup>4</sup>.

La logica che presiede a questo duplice movimento di riconciliazione è la stessa binaria del precetto fondamentale che richiede di amarsi reciprocamente come si è amati da Dio<sup>5</sup>. A completamento del comandamento biblico che prescrive di amare gli altri come

---

<sup>3</sup> «È pertanto da proclamare ancora una volta la fede della Chiesa nell'atto redentivo di Cristo, nel mistero pasquale della sua morte e risurrezione, come causa della riconciliazione dell'uomo, nel suo duplice aspetto di liberazione dal peccato e di comunione di grazia con Dio. ... Lo sguardo fisso al mistero del Golgota deve farci ricordare sempre quella dimensione 'verticale' della divisione e della riconciliazione riguardante il rapporto uomo-Dio, che in una visione di fede prevale sempre sulla dimensione 'orizzontale', cioè sulla realtà della divisione e sulla necessità della riconciliazione tra gli uomini. Noi sappiamo, infatti, che una tale riconciliazione tra loro non è e non può essere che il frutto dell'atto redentivo di Cristo, morto e risorto per sconfiggere il regno del peccato, ristabilire l'alleanza con Dio e abbattere così il muro di separazione, che il peccato aveva innalzato tra gli uomini» (GIOVANNI PAOLO II, esortazione apostolica post-sinodale *Reconciliatio et pœnitentia*, cit., n. 7).

<sup>4</sup> «*Si ergo offers munus tuum ad altare et ibi recordatus fuerit quia frater tuus habet aliquid adversum te, relinque ibi munus tuum ante altare, et vade prius reconciliari fratri tuo, et tunc veniens offeres munus tuum*» (Mt 5, 23-24); «*Et cum stabitis ad orandum, dimittite si quid habetis adversus aliquem, ut et Pater vester qui in caelis est dimittat vobis peccata vestra*» (Mc 11, 25).

<sup>5</sup> «*Mandatum novum do vobis, ut diligatis invicem, sicut dilexi vos, ut et vos diligatis invicem*» (Gv 13, 34); «*Hoc est praeceptum meum, ut diligatis invicem, sicut dilexi vos*» (Gv 15, 12); «*Et hoc mandatum habemus a Deo, ut qui diligit Deum diligit et fratrem suum*» (1 Gv 4, 20); «Amore di Dio e amore del prossimo sono inseparabili, sono un unico comandamento. Entrambi però vivono dell'amore preveniente di Dio che ci ha amati per primo» (BENEDETTO XVI, lettera enciclica sull'amore umano *Deus caritas est*, 25 gennaio 2006, n. 18).

se stessi, il dettame evangelico esorta a perfezionare l'amore umano sul modello divino, ad amare il prossimo con il cuore stesso di Dio, nella prospettiva ispirata dalla fede in Cristo Gesù, una capacità resa possibile dal vivere in intima comunione con Lui<sup>6</sup>. Peraltro, la specifica ottica dell'amore divino nel contesto storico delle relazioni umane è stata rivelata dal messaggio messianico come attuazione della misericordia<sup>7</sup>, quella dimensione essenziale dell'amore che è in grado di promuovere il bene della persona anche nelle situazioni deteriorate dalla caducità della natura creata<sup>8</sup>, costituendo una forza vivificante idonea a ricreare rapporti di autentica riconciliazione.

Proprio nel quadro dell'amore misericordioso si colloca l'insegnamento evangelico sul modo di comportarsi di fronte alle offese ovvero di affrontare le discordie o contese tra fratelli. Davanti a qualsiasi tipo di conflitto, Cristo ammonisce a ricorrere a un paradigma di giustizia superiore a quello che si riduce a una applicazio-

---

<sup>6</sup> «Si rivela così possibile l'amore del prossimo nel senso enunciato dalla Bibbia, da Gesù. Esso consiste appunto nel fatto che io amo, in Dio e con Dio, anche la persona che non gradisco o neanche conosco. Questo può realizzarsi solo a partire dall'intimo incontro con Dio, un incontro che è diventato comunione di volontà arrivando a toccare il sentimento. Allora imparo a guardare quest'altra persona non più soltanto con i miei occhi e con i miei sentimenti, ma secondo la prospettiva di Gesù Cristo» (BENEDETTO XVI, lettera enciclica sull'amore umano *Deus caritas est*, cit., n. 18). Nello stesso senso, si veda anche FRANCESCO, lettera enciclica *Lumen fidei*, 29 giugno 2013, n. 21.

<sup>7</sup> «Credere nel Figlio crocifisso ... significa credere che l'amore è presente nel mondo e che questo amore è più potente di ogni genere di male in cui l'uomo, l'umanità, il mondo sono coinvolti. Credere in tale amore significa credere nella misericordia. Questa infatti è la dimensione indispensabile dell'amore, è come il suo secondo nome e, al tempo stesso, è il modo specifico della sua rivelazione ed attuazione nei confronti della realtà del male che è nel mondo» (GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Dives in misericordia*, 30 novembre 1980, n. 7).

<sup>8</sup> «Il significato vero e proprio della misericordia non consiste soltanto nello sguardo, fosse pure il più penetrante e compassionevole, rivolto verso il male morale, fisico o materiale: la misericordia si manifesta nel suo aspetto vero e proprio quando rivaluta, promuove e trae il bene da tutte le forme di male esistenti nel mondo e nell'uomo» (GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Dives in misericordia*, cit., n. 6).

ne meramente formale della legge<sup>9</sup> e che, se pure riesca a contenere i litigi e a ripristinare la certezza nei rapporti tra gli individui, non si preoccupa di sanare nella sostanza le lacerazioni nelle relazioni interpersonali e quindi non giunge a riconciliare i cuori, a ripristinare la concordia che sola può portare a una pace autentica. Il parametro di giustizia da superare è quello centrato sulla logica retributiva, emblematicamente espressa dalla 'legge del taglione'<sup>10</sup>, che stabilisce di rispondere all'offesa e di punire il colpevole con una sanzione di eguale gravità, di contrapporre cioè al male un altro male<sup>11</sup>.

Il modello evangelico di giustizia, per contro, è perfezionato dalla dimensione della misericordia<sup>12</sup> ed esige di non reagire in modo vendicativo e di non rispondere al male con altro male, alla violen-

---

<sup>9</sup> «Dico enim vobis, quia nisi abundaverit iustitia vestra plus quam scribarum et phariseorum, non intrabitis in regnum caelorum» (Mt 5, 20).

<sup>10</sup> «Audistis quia dictum est: Oculum pro oculo, et dentem pro dente. Ego autem dico vobis non resistere malo» (Mt 5, 38). Sebbene il criterio possa apparire crudele alla sensibilità moderna («vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido» [Es 21, 23-25]), la regola viene introdotta nell'antichità come un limite perequativo per frenare gli abusi ulteriori provocati dal ricorso indiscriminato alla vendetta. Sulla sua applicazione nella tradizione ebraica (Lv 24, 19-20; Dt 19, 21), si veda P. BOVATI, *Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione*, Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna, 2014, pp. 43-44. Per quanto concerne il diritto romano si rinvia all'approfondimento svolto *infra*, cap. IV, § 4.1.

<sup>11</sup> Peraltro, una rilettura critica della Sacra Scrittura, a partire dai libri dell'Antico Testamento, ritiene che la concezione della giustizia non sia ispirata alla vendetta, ma piuttosto al ripristino del diritto, alla vittoria del bene sul male, come viene illustrato da P. BOVATI, *Vie della giustizia secondo la Bibbia*, cit., pp. 9-67. In senso conforme, anche L. EUSEBI (*La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Morcelliana editrice, Brescia, 2022<sup>2</sup>, pp. 25-60) afferma che si debba superare l'interpretazione prevalente in senso retributivo dei passi biblici per sostenere invece il significato salvifico della giustizia.

<sup>12</sup> Il legame fondamentale tra giustizia e misericordia secondo la missione messianica di Gesù Cristo viene sottolineato da GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Dives in misericordia*, cit., n. 14: l'autentica misericordia è «la fonte più profonda della giustizia ... capace di restituire l'uomo a se stesso» ed è pure «la più perfetta incarnazione dell'«eguaglianza» tra gli uomini, e quindi anche l'incarnazione più perfetta della giustizia, in quanto ... l'amore e la misericordia fanno sì che gli uomini s'incontrino tra loro in quel valore che è l'uomo stesso, con la dignità che gli è propria».

za con altra violenza, innescando così un circolo vizioso che porta alla degenerazione delle relazioni umane<sup>13</sup>, ma richiede, piuttosto, di porre un argine alla violenza altrui con una reazione che non sia ispirata da passioni negative nei confronti degli altri, quali ira, sdegno o desiderio di rivalsa, bensì sia animata dalla disponibilità a promuovere sempre il bene dell'altro, anche di chi si comporti da nemico<sup>14</sup>. Si sollecita, in definitiva, ad adottare uno stile nuovo nei rapporti con gli altri che non faccia mai venire meno il rispetto dovuto alla loro dignità di persone, sia nei comportamenti esteriori, sia nelle disposizioni interiori<sup>15</sup>; un atteggiamento di benevolenza che porti a cambiare anche il modo di affrontare le eventuali divergenze, in quanto induce a non fissarsi sul proprio punto di vista e a non esigere a tutti i costi di far valere le proprie pretese, ma esorta a guardare anche al punto di vista dell'altro, a essere aperti al dialogo per poter comprendere le sue esigenze e cercare di comporre i diversi interessi con un accordo che tenda a ripristinare rapporti di vera concordia<sup>16</sup>.

La riconciliazione può pertanto richiedere la compassione per la situazione dell'altro e la disponibilità a rinunciare alle proprie istanze, pur legittime, per andare incontro ai suoi bisogni, a condonare i debiti e a perdonare le offese<sup>17</sup>, fin tanto che non venga contraddet-

---

<sup>13</sup> *Mt* 5, 38-42.

<sup>14</sup> *Mt* 5, 43-48; *Lc* 6, 27-36; «Così, dunque, la misericordia diviene elemento indispensabile per plasmare i mutui rapporti tra gli uomini, nello spirito del più profondo rispetto di ciò che è umano e della reciproca fratellanza. È impossibile ottenere questo vincolo tra gli uomini se si vogliono regolare i mutui rapporti unicamente con la misura della giustizia» (GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Dives in misericordia*, cit., n. 14).

<sup>15</sup> *Mt* 5, 22 e 27. La misericordia evangelica richiede di prestare attenzione anche alle disposizioni interiori nei confronti degli altri, poiché la violenza che offende il rispetto dell'altro può essere posta sia con gesti, sia con parole, sia con intenzioni.

<sup>16</sup> *Mt* 5, 25.

<sup>17</sup> «*Domine quoties peccabit in me frater meus, et dimittam ei? Usque septies? Dicit illi Iesus: Non dico tibi usque septies, sed usque septuagies septies*» (*Mt* 18, 21-22). Il monito al perdono viene anche ripetuto al termine della parabola sul servitore spietato (*Mt* 18, 33-35).

to il bene dovuto alle persone. Invero, la misericordia non può essere confusa con l'indulgenza verso il male<sup>18</sup>, poiché la benevolenza verso il prossimo non deve andare a discapito dell'amore per Dio e della premura nei riguardi della stessa salute spirituale del fratello responsabile di qualche colpa. Così, se il monito a non essere attaccati ai beni terreni esorta a sopportare qualche perdita nel proprio patrimonio per venire incontro alle difficoltà dell'altro e per mantenere pacifici i rapporti reciproci<sup>19</sup>, il dovere di rispettare e testimoniare la verità non consente di cedere di fronte a situazioni che compromettano la realizzazione del piano di salvezza<sup>20</sup>. Nei confronti quindi delle condotte che pregiudicano la salute spirituale del singolo o della comunità occorre reagire con fermezza nel contrastare il male, ma bisogna comunque mantenere il rispetto verso la dignità delle persone, sollecitando una responsabile respiscenza delle proprie colpe prima di accordare il perdono con la piena reintegrazione nei rapporti di comunione<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> «*Impossibile est ut non veniant scandala; vae autem illi per quem veniunt*» (Lc 17, 1); «In nessun passo del messaggio evangelico il perdono, e neanche la misericordia come sua fonte, significano indulgenza verso il male, verso lo scandalo, verso il torto o l'oltraggio arrecato. In ogni caso, la riparazione del male e dello scandalo, il risarcimento del torto, la soddisfazione dell'oltraggio sono condizione del perdono» (GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Dives in misericordia*, cit., n. 14).

<sup>19</sup> Mt 5,40; Lc 12, 13-15.

<sup>20</sup> Nel commentare il passo del Vangelo di Giovanni in cui si racconta dello schiaffo dato a Gesù da una delle guardie nell'udienza davanti al sommo sacerdote (Gv 18, 22-23), Agostino nota come il Maestro non abbia agito secondo il precetto di porgere l'altra guancia (Mt 5, 39), ma abbia risposto all'atto ingiusto asserendo in modo fermo ma mite la verità del proprio operato (AGOSTINO, *In Iohannis Evangelium Tractatus*, 113, 4). Il brano viene commentato da J. LLOBELL, *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in *Iustitia in caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Urbaniana University press, Città del Vaticano, 2005, pp. 507-522.

<sup>21</sup> «Perdonare non vuol dire permettere che continuino a calpestare la dignità propria o altrui, o lasciare che un criminale continui a delinquere. Chi patisce ingiustizia deve difendere con forza i diritti suoi e della famiglia, proprio perché deve custodire la dignità che gli è stata data ... Ciò che conta è non farlo per alimentare un'ira che fa male all'anima della persona e all'anima del nostro popolo, o per un bisogno malsano di distruggere l'altro scatenando una trafila di vendette» (FRANCESCO, lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale, *Fratelli tutti*,

È questo il metodo della virtù evangelica della mitezza, di cui è modello esemplare lo stesso stile di comportamento di Gesù di Nazareth<sup>22</sup>. Tale sistema implica una maniera di agire che non rifugge, quando sia necessario, dal ricorrere anche a misure rigorose al fine di testimoniare la verità, quantunque risulti sempre ispirata alla logica della carità nella cura del bene delle persone, utilizzando modalità che sono dirette a cercare il dialogo piuttosto che la contrapposizione, a promuovere il convincimento invece dell'imposizione, a indurre al pentimento e alla conversione anziché procedere direttamente alla condanna<sup>23</sup>.

Per quanto concerne in specifico la composizione dei dissidi all'interno della comunità, nell'insegnamento di Cristo sono riportate parole esplicite e indicazioni precise che sono divenute le basi e i principi ispiratori per la successiva disciplina consolidata nei primi secoli di vita cristiana<sup>24</sup>. Il passo fondamentale è il brano del vange-

---

3-4 ottobre 2020, nn. 241-242); «Quanti perdonano davvero non dimenticano, ma rinunciano a essere dominati dalla stessa forza distruttiva che ha fatto loro del male» (*ivi*, n. 251).

<sup>22</sup> «*Tollite iugum meum super vos, et discite a me, quia mitis sum et humilis corde; et invenietis requiem animabus vestris*» (Mt 11, 29). Tutto l'insegnamento e il modo di comportarsi di Cristo sono improntati alla mitezza: non si impone con la forza, la sua autorità si fonda sulla verità che espone, sulla carità che diffonde, sulla condotta compassionevole, priva di durezza, aliena dal condannare, umile e sottomessa a Dio. La massima espressione della mitezza si riscontra nel cammino verso la passione, nel quale il Suo atteggiamento rispecchia la figura del servo del Signore profetizzato da Isaia, che non risponde alle offese con la violenza ma fonda la propria risposta nel testimoniare l'efficacia del piano della redenzione che si compie per Suo tramite (Mt 12, 18-21 in cui si richiamano le parole di Is 42, 2-3). Per considerazioni più ampie sulla mitezza sia consentito il rinvio a I. ZUANAZZI, *La mitezza quale paradigma della potestà di governo nella Chiesa, in Ius Ecclesiae*, 30, 2018, pp. 79-100.

<sup>23</sup> Significativo è l'episodio del confronto con l'adultera (Gv 8, 10-11), nel quale Cristo non condanna la donna, ma le ingiunge: «*vade et iam amplius noli peccare*».

<sup>24</sup> G. BARBAGLIO, «*Dic Ecclesiae*» (Mt 18, 15-17, 18). *Lettura storico-critica, in Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*, a cura di P.A. BONNET, L. LOSCHIAVO, ESI, Napoli, 2008, pp. 1-13; P. BELLINI, *Denunciatio evangelica e «denunciatio judicialis privata»*. *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1986; V. GIGLIOTTI, *Conciliazione e mediazione nel diritto della Chiesa: reviviscenza di una prassi stori-*

lo di Matteo 18, 15-17<sup>25</sup> in cui viene spiegato il modo di comportarsi nei confronti di un fratello resosi colpevole di un peccato<sup>26</sup>, secondo un metodo che si sviluppa in passaggi progressivi, prima con la *correctio* fraterna e poi con la *denunciatio* evangelica, venendo ad assumere la struttura di una procedura di riconciliazione. Il sistema richiama certamente prescrizioni o regole procedurali già presenti e operanti nella tradizione ebraica circa lo spirito e l'atteggiamento da tenere nel procedimento di rimprovero verso chi ha commesso un peccato, ma il modello evangelico si caratterizza per una prospettiva e uno scopo ben distinti. Invero, la riprovazione interpersonale del peccatore non viene sollecitata al fine di non essere accusati di incorrere nella stessa colpa<sup>27</sup>, né la denuncia davanti alla comunità

---

ca, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 91, 2018, pp. 244-262; L. LOSCHIAVO, Non est inter vos sapiens quisquam, qui possit iudicare inter fratrem suum? *Processo e giustizia nel primo cristianesimo dalle origini al vescovo Ambrogio*, in *Ravenna Capitale, Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Maggiori Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, pp. 67-71.

<sup>25</sup> «*Si autem peccaverit in te frater tuus, vade et corripe eum inter te et ipsum solum. Si te audierit, lucratus eris fratrem tuum. Si autem te non audierit, adhibe tecum adhuc unum vel duos, ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum. Quod si non audierit eos, dic ecclesiae. Si autem ecclesiam non audierit, sit tibi sicut ethnicus et publicanus*» (Mt 18, 15-17). Il discorso non si trova nel vangelo di Marco, mentre viene riportato da Luca in modo più sintetico: «*Attendite vobis: si peccaverit in te frater tuus, increpa illum, et si paenitentiam egerit, dimitte illi*» (Lc 17, 3-4). Oltre alla brevità del testo, la differenza tra le due versioni sta anche nel coinvolgimento più ampio della comunità, in quanto le due tappe ulteriori di correzione fraterna, presenti nel vangelo di Matteo, non sono riportate in quello di Luca, che si ferma al confronto e al perdono personale dell'offeso.

<sup>26</sup> L'esegesi più accreditata ritiene che l'inciso «*in te*» dell'azione peccaminosa non corrisponda al testo originale (G. BARBAGLIO, «*Dic Ecclesiae*» [Mt 18, 15-17, 18], cit., pp. 3-4). Questa lettura porta di conseguenza ad estendere la responsabilità del fedele, tenuto a intervenire anche quando l'azione malvagia non arreca un'offesa alla propria persona. In tal modo la pericope evangelica sarebbe in sintonia anche con il passo parallelo di Lv 19, 17 che impone di rimproverare il fratello per i peccati commessi.

<sup>27</sup> «Non covrai nel tuo cuore odio contro il tuo fratello; rimprovera apertamente il tuo prossimo, così non ti caricherai di un peccato per lui» (Lv 19, 17). L'intenzione che giustifica il confronto appare diversa da quella che anima il passo evangelico: qui si ingiunge di rimproverare il prossimo per non essere considerati conniventi con il suo peccato, con una attenzione quindi concentrata su se stessi,

risulta attuata per giungere a irrogare una sanzione in modo corretto e ponderato<sup>28</sup>, ma l'intera procedura è volta a correggere e a cercare di convertire chi ha sbagliato, così da «*lucrari fratrem tuum*»<sup>29</sup>. Lo scopo dell'insegnamento, in definitiva, è quello di responsabilizzare il singolo fedele, prima, e poi l'intera *ecclesia*, a prendersi cura del bene spirituale del colpevole, a impegnarsi per il suo recupero e indurlo al pentimento circa il male commesso, in modo da perdonarlo e reintegrarlo nei rapporti di comunione<sup>30</sup>.

Il procedimento si svolge appunto nella forma del dialogo che si articola e si sviluppa in tre fasi: dapprima a tu per tu tra il colpevole dell'offesa e chi l'ammonisce a pentirsi del male commesso; se non riesce questo tentativo, si può ricorrere all'aiuto e alla mediazione di altre persone per indurre il renitente alla resipiscenza<sup>31</sup>; in-

---

sul proprio bene spirituale. Nella *correctio fraterna*, invece, l'attenzione è rivolta al bene del fratello, per cercare di riportarlo sulla retta via che conduce alla salvezza.

<sup>28</sup> Alcune regole rinvenute nei testi della comunità di Qumran si ispirano al passo di *Lv* 19, 17 e dettano le prescrizioni da seguire nel procedimento di rimprovero del peccatore, tanto sotto il profilo dell'atteggiamento spirituale da tenere (non per vendetta, ma animati da amore misericordioso; non sotto l'impulso dell'ira o del rancore, ma secondo verità), quanto delle misure da adottare: prima la correzione personale, poi di fronte ai testimoni, infine la denuncia davanti all'assemblea, per giungere alla sentenza di condanna finale. Per la citazione e l'analisi dei documenti si rinvia a G. BARBAGLIO, «*Dic Ecclesiae*» (*Mt* 18, 15-17, 18), cit., pp. 7-9.

<sup>29</sup> G. BARBAGLIO, «*Dic Ecclesiae*» (*Mt* 18, 15-17, 18), cit., p. 9. Si sottolinea pertanto l'originalità del passo evangelico, che sottende una concezione della giustizia ispirata all'idea caritativa e non al criterio retributivo (L. LOSCHIAVO, *La Didascalia Apostolorum e la giustizia del vescovo prima di Costantino*, in *Daimon. Diritto Comparato delle Religioni*, numero speciale 2020, p. 139).

<sup>30</sup> Secondo P. BOVATI (*Vie della giustizia secondo la Bibbia*, cit., pp. 69-96) la procedura delineata in *Mt* 18, 15-17 rappresenta il compimento perfetto della dinamica del *rib*, un sistema di riconciliazione che non trova riscontro in procedure giudiziarie concrete, ma è sotteso ad alcuni passi biblici (*Gn* 37, 2 ss.; *Is* 1, 2-20) e corrisponde a un atteggiamento coerente con la concezione della giustizia divina e con lo stile dell'intervento di Dio nella storia della salvezza.

<sup>31</sup> L'intervento di altre persone riveste una funzione diversa da quella prevista dalla prescrizione ebraica che richiede la deposizione di due o tre testimoni per ritenere accertato un fatto (*Nm* 35, 30; *Dt* 17, 6 e 19, 15). Nel passo evangelico, infatti, la presenza di altri non ha tanto valore probatorio, quanto piuttosto di supporto morale per affiancare e rafforzare la correzione al fine di persuadere il pecca-

fine, la ricerca della riconciliazione viene portata innanzi all'assemblea, coinvolgendo l'intera comunità quale corresponsabile nel recupero del fratello<sup>32</sup>. Se il peccatore persiste nel rifiuto a convertirsi, la conclusione non è tanto una condanna di scomunica da parte della comunità, quanto piuttosto la presa d'atto della pertinacia nell'errore e dell'indisponibilità del peccatore a far parte della comunione, da cui deriva la sua auto-esclusione dai vincoli di fraternità ecclesiale, l'essere trattato non come fratello, ma come «*ethnicus et publicanus*»<sup>33</sup>. Peraltro, se la distanza dal male non riparato può essere richiesta dalla testimonianza della verità, nondimeno l'allontanamento della persona dalla comunione non deve essere intesa come una rottura definitiva, in quanto il modello dell'amore misericordioso richiede di andare sempre alla ricerca della pecorella smarrita<sup>34</sup> e di lasciare sempre aperta la via della riconciliazione a chi ha ritrovato la via di casa<sup>35</sup>.

## 2. *Lo sviluppo degli strumenti giuridici di attuazione del principio di riconciliazione*

L'insegnamento evangelico in merito al principio di riconciliazione come nuovo paradigma di giustizia su cui impostare le rela-

---

tore. Una applicazione della regola ebraica sulla testimonianza si trova invece nella procedura indicata in *1 Tm* 5, 19.

<sup>32</sup> Anche la presentazione avanti alla comunità ha la funzione principale di sostenere e dare maggiore autorevolezza al rimprovero verso il peccatore.

<sup>33</sup> La formula deriva dalla tradizione ebraica e vale a identificare chi è estraneo alla comunità del popolo eletto.

<sup>34</sup> Il passo che precede quello della *correctio fraterna* è quello della narrazione della parabola della pecorella smarrita (*Mt* 18, 12-14), mentre i brani successivi sono quelli che trattano del perdono (*Mt* 18, 21-22).

<sup>35</sup> Proprio la parabola del figlio prodigo (*Lc* 15, 11-32), nel narrare il diverso atteggiamento del padre e del fratello maggiore, aiuta a comprendere la differenza di prospettiva tra chi è disponibile a comprendere le fragilità dell'altro e a venire incontro per restaurare rapporti di autentica comunione dei cuori e chi, al contrario, non riesce a superare la logica della più rigida giustizia, restando fermo nel rivendicare le proprie pretese e negandosi all'incontro con l'altro (GIOVANNI PAOLO II, esortazione apostolica post-sinodale *Reconciliatio et paenitentia*, cit., nn. 5-6).

zioni tra fratelli viene recepito fin dall'inizio nella dottrina e nella prassi delle comunità cristiane<sup>36</sup>. Già nelle lettere apostoliche si riscontrano le prime testimonianze del ricorso al metodo dialogico della *correctio fraterna* per strutturare le procedure di ammonizione e di riprensione dei fedeli ritenuti responsabili di qualche comportamento negativo<sup>37</sup>. Ancor più, e in una prospettiva più ampia, emergono attestazioni di come il precetto della carità e della benevolenza reciproca venga affermato come stile di vita proprio del seguace di Cristo<sup>38</sup>, così da esigere comportamenti coerenti nel modo di affrontare eventuali discordie con gli altri componenti della comunità<sup>39</sup>.

In questo senso va appunto intesa la riprovazione, contenuta nella prima lettera dell'apostolo Paolo ai fedeli di Corinto, in merito all'aver liti vicendevoli sulle questioni di questo mondo e per

---

<sup>36</sup> L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico. Contributo alla dottrina canonistica dei contratti*, Edizioni Universitarie, Roma, 1942, pp. 15-31; A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros in iure canonico*, in *Apollinaris*, 10, 1937, pp. 187-190; L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., pp. 67-71; ID., *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-IV)*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 68-84; ID., *La Didascalia Apostolorum e la giustizia del vescovo prima di Costantino*, cit., pp. 140-143; K. MATTHEWS, *The Development and Future of the Administrative Tribunal*, in *Studia Canonica*, 18, 1984, pp. 16-53; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-IX)*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>37</sup> I passi testimoniano la diffusione delle procedure e lo stile comune: «*si praeoccupatus fuerit homo in aliquo delicto, vos, si spiritualis estis, huiusmodi instruite in spiritu lenitatis considerans te ipsum, ne et tu tenteris*» (Gal 6, 1); «*Rogamus autem vos, fratres, corripite inquietos, consolamini pusillanimes, suscipite infirmos, patientes estote ad omnes*» (1 Ts 5, 14); «*Quod si quis non oboedit verbo nostro per epistulam, hunc notate et ne commisceamini cum illo, ut confundatur; et nolite quasi inimicum existimare, sed corripite ut fratrem*» (2 Ts 3, 14-15); «*Haereticum hominem post unam et secundam correptionem devita sciens quia subversus est, qui eiusmodi est, et delinquit, cum sit proprio iudicio condemnatus*» (Tt 3, 10-11).

<sup>38</sup> 1 Cor 13, 4-7; Gal 6, 2; Ef 4, 1-3; Col 3, 12-15.

<sup>39</sup> Si raccomanda in particolare: «*Benedicite persecutibus vos; benedicite et nolite maledicere. ... Nolite esse prudentes apud vosmetipsos, nulli malum pro malo red dentes, providentes bona non tantum coram Deo sed etiam coram omnibus hominibus. ... Noli vinci a malo, sed vince in bono malum*» (Rm 12, 14, 17, 21); «*Videte ne quis malum pro malo alicui reddat, sed semper quod bonum est sectamini in invicem et in omnes*» (1 Ts 5, 15).

giunta dinnanzi ai tribunali dei pagani<sup>40</sup>. Il biasimo si ricollega non solo alla vergogna di portare un conflitto avanti a un giudice esterno alla comunità, e non solo allo scandalo di rendere note le ingiustizie perpetrate tra fratelli, ma soprattutto al fatto stesso del perdere dei contrasti per l'indisponibilità ad appianare lo scontro tra le opposte pretese, a rinunciare a qualcosa di proprio e a preferire di subire una ingiustizia pur di ricucire le lacerazioni nei rapporti interpersonali. Il rimprovero, quindi, viene mosso per il venir meno al dovere di conservare la comunione tra coloro che sono chiamati a essere un solo corpo. Come viene infatti ripetutamente affermato in altri passi delle lettere paoline, i cristiani non devono lasciarsi dominare dall'ira e dallo sdegno, ma sono tenuti a rinnovarsi in Cristo nello spirito della mente<sup>41</sup> e a rivestirsi di carità e di misericordia, in modo da sanare ogni dissidio con il perdono reciproco<sup>42</sup>, per conservare l'unità nella pace e nella concordia<sup>43</sup>.

L'impegno a mantenere relazioni di fraternità nella benevolenza reciproca grava su tutti i fedeli<sup>44</sup> ma viene affermato con maggiore forza e pregnanza nei confronti di coloro che assumono funzioni di guida e di direzione della comunità. Ai vescovi si chiede di essere esemplari nei comportamenti di vita cristiana, tanto sul piano personale quanto nella condotta di governo. Dal primo punto di vista, sono tenuti a non essere litigiosi ma miti, a non reagire con sprezzanza alle offese ma a essere pazienti e a correggere con dolcezza<sup>45</sup>. Ri-

---

<sup>40</sup> «*Audet aliquis vestrum habens negotium adversus alterum iudicari apud iniquos et non apud sanctos? ... Sed frater cum fratre iudicio contendit, et hoc apud infideles? Iam quidem omnino delictum est in vobis, quod iudicia habetis inter vos. Quare non magis iniuriam accipitis? Quare non magis fraudem patimini? Sed vos iniuriam facitis et fraudatis, et hoc fratribus*» (1 Cor 6, 1; 6-7).

<sup>41</sup> Ef 4, 20-24.

<sup>42</sup> Ef 4, 31-32.

<sup>43</sup> Ef 4, 1-3; Col 3, 12-15.

<sup>44</sup> «*Rogamus autem vos, fratres, ut noveritis eos qui laborant inter vos et praesunt vobis in Domino et monent vos, ... pacem habete cum eis*» (1 Ts 5, 13); «*Admone illos ... neminem blasphemare, non litigiosos esse, sed modestos, omnem ostendentes mansuetudinem ad omnes homines*» (Tt 3, 2).

<sup>45</sup> «*Oportet ergo episcopum ... non percussorem, sed modestum, non litigiosum, non cupidum*» (1 Tm 3, 3); «*Servum autem Domini non oportet litigare, sed mansue-*

guardo poi al modo di gestire i conflitti, devono cercare di favorire il reintegro nella comunione dei fratelli dissidenti, ricorrendo alla procedura di riconciliazione propria della *correctio fraterna*<sup>46</sup>.

Dal complesso delle massime sopra riportate, e soprattutto dal monito contenuto nella prima lettera ai Corinzi, la tradizione ecclesiale ha desunto due precetti specifici che hanno inciso sulla formazione successiva della normativa e della prassi delle comunità cristiane: l'uno diretto ad affidare i litigi tra fedeli a chi condivide i medesimi principi cristiani; l'altro volto a promuovere le soluzioni pacifiche<sup>47</sup>.

Il primo precetto comporta la dissuasione, intesa come un vero e proprio divieto, dal sottomettere le controversie dei santi ai tribunali degli iniqui, ossia dei pagani o comunque dei non fedeli, e la sollecitazione, per converso, a deferire la soluzione della lite a una persona di fiducia. Il primo strumento giuridico idoneo ad attuare il precetto risulta pertanto l'arbitrato volontario, diffuso tanto nella tradizione ebraica<sup>48</sup>, quanto nel diritto romano<sup>49</sup>. Dallo stesso comando scaturisce tuttavia anche l'impulso a definire, all'interno delle chiese locali, figure e sedi apposite che siano deputate alla cognizione e alla decisione dei conflitti. Il *sapiens quisquam*, indica-

---

*tum esse ad omnes, docibilem, patientem, cum modestia corripientem eos, qui resistunt veritati ...» (2 Tm 2, 24-25).*

<sup>46</sup> 1 Ts 5, 14; 2 Ts 3, 14-15; 1 Tm 3, 10-11.

<sup>47</sup> O. DILIBERTO, *Paolo di Tarso, 1 Ad Cor., VI, 1-8, e le origini della giurisdizione ecclesiastica nelle cause civili*, in *Studi Economico-Giuridici della Università di Cagliari*, 49, 1978, pp. 197-210; A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros*, cit., pp. 187-188; L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., pp. 72-74; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-V d.C.*, a cura di S. PULLIATTI, U. AGNATI, Mup editore, Parma, 2010, pp. 191-239; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 5-24.

<sup>48</sup> Anche nella comunità ebraica era prassi usuale rivolgersi al patriarca o a tribunali interni per la soluzione delle controversie. Nel Talmud di Babilonia è contenuto un precetto simile a quello paolino, che proibisce agli ebrei di rivolgersi ai tribunali esterni, pure se il diritto applicato è simile alle leggi di Israele (C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 211-212).

<sup>49</sup> Sul ricorso all'arbitrato nelle forme del diritto romano si vedano gli approfondimenti svolti *infra*, cap. IV, § 1.

to da Paolo come la persona cui affidare il giudizio della causa, secondo una interpretazione letterale del passo sarebbe potuto essere un qualunque fedele cristiano sufficientemente esperto<sup>50</sup>, ma, con la progressiva strutturazione gerarchica del governo delle comunità nel corso del II secolo, le funzioni di giurisdizione risultano concentrate nelle mani del vescovo, per cui anche la competenza a giudicare delle controversie tra fedeli viene riservata al vescovo con l'assistenza dei presbiteri<sup>51</sup>.

Questo primo precetto mantiene la propria forza obbligatoria fino a quando i giudici dei tribunali civili non siano di fede cristiana, ma con l'espandersi del cristianesimo viene progressivamente a perdere di valore, quanto meno nei riguardi di quelle cause che non sono ricondotte alla competenza esclusiva della giurisdizione ecclesiastica<sup>52</sup>. Il secondo precetto, invece, conserva intatta la sua validità, per qualsiasi tipologia di conflitto e indipendentemente dalla fede del giudice, in quanto esprime una regola fondamentale che è conseguenza diretta del principio di riconciliazione, vale a dire l'esorta-

---

<sup>50</sup> Nel suggerire di investire della decisione una qualsiasi persona saggia, l'apostolo Paolo ha presente il sistema ebraico, che consente a qualunque ebreo dotato di una certa competenza di svolgere il ruolo di giudice o di arbitro (L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., pp. 72-74). Tuttavia, G. VISMARA (*La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 5-6) sottolinea l'originalità del ruolo del sapiente cristiano rispetto all'arbitrato ebraico, in quanto non è diretto ad applicare la legge, ma a cercare la concordia.

<sup>51</sup> Il precetto paolino viene percepito nelle comunità cristiane alla stregua di una vera regola vincolante e come tale risulta messo in pratica dai fedeli. Si veda, per quanto concerne il ricorso al vescovo per risolvere le controversie, anche nelle materie temporali, J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 1998, p. 133; S. MOCHI ONORY, *Vescovi e città (secoli IV-VI)*, Bologna 1933, ristampa anastatica, Fondazione CISAM, Spoleto, 2010, p. 55; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, III, 1, a cura di P. DEL GIUDICE, Sauer & Auvermann KG, Frankfurt/Main – Libreria O. Gozzini, Firenze, 1969, pp. 27 e 103; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, pp. 8, 14-16.

<sup>52</sup> Sulla progressiva evoluzione della giurisdizione della Chiesa e sulla ripartizione di competenze tra foro ecclesiastico e foro civile, si vedano J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico*, cit., pp. 133-134, 220-222, 589-590; S. MOCHI ONORY, *Vescovi e città*, cit., pp. 287-299; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 102-126; 2, pp. 74-85.

zione a non litigare e, nel caso sia comunque sorto un dissidio, a cercare una soluzione conciliativa consensuale. Questa disposizione è quella che stimola e sollecita l'ordinamento ecclesiale a individuare e a strutturare, anche sotto il profilo giuridico, metodi di soluzione delle controversie che siano alternativi alle forme conflittuali, compresa l'elaborazione di un sistema di amministrazione della giustizia che sia finalizzato a promuovere la riconciliazione dei contendenti.

Invero, l'analisi delle fonti successive mostra come i precetti tratti dall'insegnamento evangelico e dalle lettere apostoliche siano stati costantemente e largamente richiamati alla stregua di assiomi basilari cui ispirarsi per dettare le regole di gestione dei conflitti all'interno delle comunità, tanto da poter asserire che il principio di riconciliazione abbia veramente inciso sull'intera disciplina in materia, sia come dovere dei fedeli, sia come compito delle autorità, sia come stile di composizione delle controversie.

A partire dalle prime collezioni, c.d. pseudo-apostoliche, si trovano in effetti insistenti raccomandazioni ai cristiani di promuovere la comunione nei rapporti reciproci. Già nella *Didachè* viene tratteggiato il dovere di evitare di sollevare conflitti e di prodigarsi invece a sanare eventuali discordie<sup>53</sup>, un obbligo considerato così grave da essere sanzionato con l'emarginazione dalla comunità<sup>54</sup>. L'impegno di conservare la pace e di non permanere nell'inimicizia con i fratelli risulta poi sottolineato nella posteriore *Didascalìa Apostolorum*<sup>55</sup> come una precisa responsabilità dei figli della luce, tanto nei

---

<sup>53</sup> *Didachè* (fine I secolo), IV, 3: «Non sarai causa di discordia, ma cercherai invece di mettere pace tra i contendenti»; XV, 3: «Correggetevi a vicenda, non nell'ira ma nella pace, come avete nel Vangelo» (*Didachè, Lettere di Ignazio d'Antiochia, A Diogneto*, Introduzione e commenti di A. CLERICI, Edizioni Paoline, Milano, 1998, pp. 19 e 31).

<sup>54</sup> *Didachè*, XV, 3: «A chiunque abbia offeso il prossimo nessuno parli: non abbia ad ascoltare neppure una parola da voi finché non si sia ravveduto» (*ivi*, p. 31).

<sup>55</sup> *Didascalìa Apostolorum*, II, 46, 7 (metà III secolo): «*Sic enim vult Dominus eos, qui vere ipsius sunt, nihil umquam adversus alium habere neque irasci alicui, atque eo minus homines desiderare iudicia inter se habere*» (nell'edizione di F.X. FUNK, *Didascalìa et Constitutiones Apostolorum*, I, Libreria Ferdinandi Schoeningh, Paderborn, 1905, p. 142).

confronti di Dio, in quanto sono tenuti a cooperare nella missione di salvezza<sup>56</sup>, quanto nei confronti della comunità, dato che cedere alla tentazione di provocare affronti o contese produce lacerazioni nel popolo riunito da Dio e pone colui che le genera, e si ostina a perseverare nel conflitto, in una condizione di estraneità all'aggregazione dei fedeli<sup>57</sup>. Nell'ambito di questo vincolo generale di coltivare la concordia tra fratelli si precisa, richiamando brani della Sacra Scrittura, l'obbligo specifico dei cristiani di non litigare tra loro e nell'eventualità che sorga comunque una disputa si prescrive di non permanere nell'ira, ma di perdonare e di riconciliarsi<sup>58</sup>. E ancora, sulla scorta del precetto paolino, si esorta a liberarsi dai giudizi negli affari di questo mondo<sup>59</sup> e a essere pronti, pur di salvaguardare la pace, a subire un qualche *detrimentum* «*in rebus saecularibus*» che sarebbe comunque un *incrementum* «*apud Deum*»<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> «*Ut filius luci igitur et pacis omnibus esto lux et pax cum nemine litigans, sed esto benignus erga omnes et pacificus et adiutor Dei, ut multiplicentur, qui salvantur; nam haec est voluntas Domini Dei. Qui autem inimicitiam ac lites et controversias et iudicia amant, hi Dei inimici sunt*» (*Didascalica Apostolorum*, II, 54, 4-5, cit., p. 154).

<sup>57</sup> «*Qui litem agit vel inimicus est proximi sui, minuit populum Dei: nam aut accusatum eiciens ex ecclesia minuit eam et facit, ut Deus animam hominis amittat, quae vivebat; aut per litem eicit et removet se ipsum ex ecclesia, et sic iterum adversus Deum peccat ... Noli igitur perpetuo excitare lites aut controversias aut procacitatem aut inimicitiam aut iudicia, ne quem dispergas ab ecclesia, quia virtute Domini Dei congregavimus e cunctis gentibus et e cunctis linguis et adduximus in ecclesiam ...*» (*Didascalica Apostolorum*, II, 56, 2-3, cit., pp. 156-158). Non solo chi provoca ingiustamente il conflitto, con un'accusa mendace, ma anche chi si compiace delle liti «*etiamsi intro est in ecclesia, alienus est ecclesiae et familiaris inimici, cui servit in ipso operanti, et evertit ac conterit ecclesiam; hic ergo, si intus manet, dedecori est ecclesiae propter blasphemias suas et propter multam seditionem*» (*ivi*, II, 43, 3, cit., p. 136).

<sup>58</sup> «*... primo, non decere hominem irasci, quia dixit Dominus: Omnis, qui irascitur fratri suo, reus erit iudicio. Et secundo, si evenerit, ut exoriatur aliqua ira operante inimico, continuo eodem die eos oportet placari et reconciliari et inter se pacem habere*» (*Didascalica Apostolorum*, II, 53, 1-2, cit., p. 150).

<sup>59</sup> «*Pulchra est sane Christiano haec laus cum nemine habere negotium malum; si vero operante inimico alicui exoriatur tentatio eique fit iudicium, studeat ab eo liberari, etiamsi aliquid detrimenti passurus sit*» (*Didascalica Apostolorum*, II, 45, 1, cit., pp. 138-140).

<sup>60</sup> «*Paratus igitur sis detrimentum facere, ac maxime stude pacem habere; nam si quid detrimenti capis in rebus saecularibus pacis causa, apud Deum tibi incrementum*

A riguardo della funzione pastorale dei vescovi, inoltre, sono evidenziati i compiti che loro spettano, quale guida della comunità, nel promuovere rapporti di comunione. Anzitutto, devono porsi a modello dello stile di pace, nel reggere il popolo di Dio con mansuetudine e pazienza<sup>61</sup> e nel coltivare la concordia anche nelle relazioni gerarchiche<sup>62</sup>. Inoltre, devono ammonire i fedeli a non scontrarsi con gli altri fratelli e prodigarsi per riconciliare coloro che sono in conflitto<sup>63</sup>. Infine, qualora non si riesca a sanare in modo consensuale le divergenze, ai vescovi spetta il compito di giudicare sulle controversie e di individuare in forma autorevole la soluzione che possa comporre le diverse istanze e consentire a colui che risulta colpevole di qualche offesa di essere reintegrato nella comunità, al termine di un percorso penitenziale<sup>64</sup>.

Come si può notare, dalle fonti dei primi secoli emerge lo spazio dedicato alla riconciliazione e le strategie e i metodi che possono essere adottati per assicurare la prosecuzione di rapporti pacifici tra

---

*fit, utpote Deum timentis et iuxta mandatum eius viventis» (Didascalia Apostolorum, II, 46, 2, cit., p. 140).*

<sup>61</sup> «*Vos autem episcopi nolite esse duri neque tyranni neque iracundi neque asperi in populum Dei manibus vestris traditum, ... et congregate credentes cum magna mansuetudine et longanimitate et patientia et sine ira et per doctrinam et orationem tanquam ministri regni aeterni» (Didascalia Apostolorum, II, 57, 1, cit., p. 158).*

<sup>62</sup> Nei rapporti con i diaconi: «*si vos ambo unanimes estis, per concordiam vestram etiam in ecclesia pax est» (Didascalia Apostolorum, II, 44, 4, cit., p. 138).*

<sup>63</sup> Oltre al dovere generico di prodigarsi, con l'insegnamento e le azioni pastorali, per riportare rapporti pacifici nella comunità, si prevedono obblighi specifici di compiere azioni di riconciliazione in determinati contesti. Così, richiamando il dettato evangelico che richiede di fare pace con il fratello prima di offrire il proprio dono all'altare (*Mt 5, 23-24*), si prescrive al vescovo, prima della preghiera nell'assemblea, di accertare che nessuno sia in lite con qualcuno e, nel caso si riscontri qualche dissidio, di indurre i litiganti a riappacificarsi: «*Propterea ergo, episcopi, ut munera vestra et orationes accepta sint, cum statis in ecclesia oraturi, diaconus alta voce dicat: Adeste aliquis adversus proximum suum aliquid habens? Si vero reperiantur, qui iudicium ac litem inter se habent, supplicare debes et pacem facere inter eos» (Didascalia Apostolorum, II, 54, 1, cit., pp. 152-154).* Un altro obbligo specifico è stabilito, come si esamina *infra* (cap. II, § 1), in sede di giudizio (II, 53, 1-2, *ivi*, p. 150).

<sup>64</sup> «*... docete et castigat eos et pacem facite inter eos, quia dixit Dominus: Beati pacifici. Et scito decere episcopum cum presbyteris iudicare caute» (Didascalia Apostolorum, II, 46, 5-6, cit., pp. 140-142).*

i fedeli, pure quando insorgano conflitti. La via primaria da percorrere è quella della ricerca di un accordo spontaneo che renda compatibili le rispettive pretese, anche ricorrendo a reciproche rinunce e concessioni. Se le parti non riescono da sole a trovare una soluzione che riceva il consenso di tutti, possono essere aiutate a trovare una proposta conciliativa dall'azione mediatrice di altri fedeli o dall'intervento dello stesso vescovo. Qualora tuttavia non ci sia la disponibilità dei litiganti ad accordarsi su di una composizione consensuale, la ricerca di una soluzione adattiva può essere deferita per volontà comune alla decisione di un soggetto imparziale scelto dalle stesse parti, ovvero, se neppure si riesce a definire il compromesso per individuare questo soggetto, la questione viene rimessa al giudizio del vescovo. Peraltro, anche nelle ipotesi in cui si ricorra alla via contenziosa, l'azione del vescovo nel corso del processo deve sempre tendere a sollecitare e favorire la riappacificazione dei contendenti.

Risultano così individuati nella sostanza già dagli albori di vita delle comunità cristiane gli istituti diretti ad attuare il principio di riconciliazione nell'ordinamento della Chiesa e che saranno progressivamente disciplinati giuridicamente in modo sempre più preciso nei secoli successivi: la transazione, il compromesso arbitrale e la conciliazione in giudizio.

## CAP. II

### LA CONCILIAZIONE IN GIUDIZIO

1. «Pacem facite inter eos»<sup>1</sup>: *la funzione di pacificazione nell'esercizio del giudizio*

Le massime che nella Sacra Scrittura sollecitano a ricercare la composizione delle controversie all'interno della comunità cristiana, non solo stimolano e giustificano il riconoscimento al vescovo della funzione di giudicare le questioni che riguardano i fedeli, tanto in ambito disciplinare e penale, quanto in ambito contenzioso, ma inducono altresì a impostare la struttura stessa del giudizio in modo da renderla preordinata a ricercare il risanamento del conflitto e la ricostituzione di rapporti di benevolenza.

In effetti la prima documentazione scritta delle regole da seguire nello svolgimento dei giudizi davanti al vescovo<sup>2</sup> delinea una procedura che, pur attingendo a forme processuali desunte nella prassi dai modelli in uso nella tradizione ebraica e nel diritto romano<sup>3</sup>, tuttavia nel quadro normativo complessivo appare caratterizzata da

---

<sup>1</sup> *Didascalia Apostolorum*, II, 46, 5, cit., p. 140.

<sup>2</sup> La prima testimonianza di una disciplina sufficientemente strutturata si trova delineata nella *Didascalia Apostolorum*, II, 45-53, cit., pp. 140-152. Si ritiene peraltro che le disposizioni contenute in questa fonte rispecchino una prassi diffusa e condivisa che la stessa *Didascalia*, per il favore ottenuto, abbia contribuito ad espandere. Molti dei suoi insegnamenti, poi, vengono ripetuti nelle *Constitutiones Apostolorum* (380 circa) (L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., pp. 80 e 92-94; ID., *La Didascalia Apostolorum e la giustizia del vescovo prima di Costantino*, cit., pp. 144-155; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 14-15, 132).

<sup>3</sup> Si discute in dottrina in merito a quali siano state le influenze culturali prevalenti, ma sembra che si possa propendere per una origine mista della procedura in epoca precostantiniana, nel senso che i vescovi, nell'esercizio della propria autonomia, si siano avvalsi delle forme processuali vigenti nei fori e negli ordinamenti civili dei territori dove vivevano le loro comunità (L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., pp. 77-79; A. RECCHIA, *L'esercizio della potestà giudiziaria da parte del vescovo nella storia: punti nodali*, in *La riforma del processo canonico per*

un impianto specifico e peculiare, quale risulta funzionale al fine principale dell'azione del vescovo che deve tendere, in coerenza ai precetti evangelici, a sanare i conflitti all'interno della comunità, cercando di comporre le controversie tra i singoli e di sollecitare la conversione e il reintegro nella comunione del colpevole di offese<sup>4</sup>. Tutta la struttura e la disciplina della procedura, pertanto, sono preordinate a consentire e a favorire la realizzazione di questi obiettivi: le udienze si tengono il lunedì, così da permettere, se una delle parti non abbia accettato la decisione, di avere il tempo per ricomporre comunque il dissidio prima del sabato successivo e di consentire quindi ai contendenti di partecipare al rito domenicale con gli animi riconciliati<sup>5</sup>; anteriormente all'inizio dell'udienza il vescovo deve esortare alla riconciliazione il fedele peccatore o i fratelli litiganti<sup>6</sup> e se questo tentativo preventivo non riesca, anche nelle fasi successive del giudizio, in ogni momento della procedura, il vescovo è tenuto a interrompere l'*iter* contenzioso ogniqualvolta intraveda la possibilità di una soluzione conciliativa<sup>7</sup>; proprio per rendere possibile la conciliazione si prescrive la presenza obbligatoria di tutte le

---

la dichiarazione di nullità del matrimonio, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Glossa, Milano, 2018, pp. 28-29).

<sup>4</sup> «*Sin autem ... sibi invicem irati et inimici facti sunt ... pacem facite inter eos*» (*Didascalia Apostolorum*, II, 46, 5, cit., p. 140).

<sup>5</sup> *Didascalia Apostolorum*, II, 47, 1, cit., p. 142. L. LOSCHIAVO (Non est inter vos sapiens quisquam, p. 82, nota 35) sottolinea l'originalità di questa disposizione, che non risulta avere alcun precedente nelle norme della tradizione ebraica o del diritto romano, ma che potrebbe trovare fondamento testuale nei passi evangelici di *Mt* 5, 23-24 e *Mc* 11, 25.

<sup>6</sup> «*Cum advenerint igitur duae personae et ambae adstiterint simul in iudicio, sicut scriptura dicit, iudicium ac litem inter se habentes, recte eis auditis verbum suffragii et operam date, ut eos in caritate conservetis priusquam sententia in eos evadat*» (*Didascalia Apostolorum*, II, 47, 2, cit., p. 142).

<sup>7</sup> «*Itaque vobis cordi sit, episcopi, non festinos esse sedendi in tribunali celeriter, ne cogamini aliquem condemnare; sed priusquam veniunt et ante tribunal stant, admonete eos et pacem facite inter eos, quibus est iudicium invicem ac lis*» (*Didascalia Apostolorum*, II, 53, 1, cit., p. 150).

parti nel giudizio e chi si sottrae alla convocazione, e quindi alla ricerca di una soluzione condivisa, viene emarginato dalla comunità<sup>8</sup>.

La funzione fondamentale di condurre a un'opera di pacificazione attribuisce all'azione dei vescovi una inevitabile flessibilità, in quanto non sono costretti all'osservanza di rigidi formalismi procedurali, ma, nel rispetto della struttura accusatoria del giudizio, restano sostanzialmente liberi di valutare quale sia il percorso migliore da seguire, adattando le regole alle circostanze del caso concreto. Di volta in volta, pertanto, possono arrivare a conciliare le parti e a risolvere la controversia con una composizione amichevole, oppure, se l'attività di mediazione non abbia avuto esito positivo, porre termine alla lite con una decisione autoritativa. Tuttavia la pronuncia finale, anche quando accerta la responsabilità di chi abbia trasgredito alla disciplina o abbia leso un interesse altrui, deve essere sempre ispirata al principio di riconciliazione, per cui non si limita a stabilire il torto e la ragione sulla base dello stretto diritto, ma provvede al bene di ciascuno secondo lo spirito di carità e di misericordia, promuovendo un cammino di pentimento e di conversione che possa condurre a sanare le lacerazioni e a reintegrare pienamente il colpevole nella comunità<sup>9</sup>.

Per questo si può ritenere che nella risoluzione dei conflitti il vescovo, in coerenza al carattere complesso del suo servizio pastorale, possa assolvere competenze molteplici, a seconda delle esigenze concrete della singola causa, ora come conciliatore, ora come arbitro amichevole, ora come giudice<sup>10</sup>. È la stessa funzione giudiziale

---

<sup>8</sup> «Propterea cum sedetis iudicaturi, adveniant et adsent ambae personae simul; non enim fratres eos appellamus, donec pax inter eos facta fuerit» (*Didascalia Apostolorum*, II, 49, 1, cit., p. 144).

<sup>9</sup> «Iudicetis igitur secundum magnitudinem delicti cuiuscumque cum misericordia multa, et inclinemini paulisper, ut vivificetis sine acceptione personae magis quam ut perdatis eos condemnantes, qui iudicantur» (*Didascalia Apostolorum*, II, 48, 1, cit., pp. 142-144).

<sup>10</sup> L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., p. 77. Questo ruolo flessibile di giudice-arbitro presenta aspetti di similitudine con la figura del *iudex privatus* nel processo romano, sia nelle *legis actiones*, sia nel processo *per formulas*: dopo che il pretore ha fissato la formula *in iure (datio actionis)* e le parti l'han-

del vescovo che viene intesa e realizzata in modalità elastiche e multiformi.

Lo stile informale ed equitativo del giudizio, tuttavia, non incide sulla natura autoritativa della potestà esercitata dal vescovo nei confronti dei fedeli. Non pare quindi riguardare il valore del giudizio all'interno dell'ordinamento della Chiesa la discussione sorta in dottrina circa la natura giurisdizionale o arbitrale del riconoscimento civile dell'*episcopalis audientia*, che attiene più precisamente ai rapporti con il diritto imperiale romano<sup>11</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che nell'ambito delle comunità cristiane i vescovi assolvano già in epoca precostantiniana il compito di decidere sulle controversie in forza di una autentica potestà giudiziale e non come espressione di un arbitrato assunto sulla base di un compromesso tra le parti. Invero, i fedeli sono tenuti a rivolgersi al giudizio del vescovo e ad obbedire alla relativa pronuncia, tanto nelle materie di rilevanza comunitaria, sulle quali la Chiesa afferma progressivamente la sua competenza esclusiva rispetto all'autorità civile, quanto per le controversie tra interessi privati, in virtù del precetto paolino che vieta di rivolgersi ai tribunali pagani<sup>12</sup>.

---

no accettata (*litis contestatio*), viene concordato tra le stesse parti, d'accordo con il magistrato, il nome del privato cittadino che deve decidere nel merito della lite. In età repubblicana questo ruolo viene designato come *iudex* o come *arbiter*, quando occorrono speciali competenze tecniche o nei *iudicia bonae fidei* o nelle *actiones arbitrariae*. In età classica non si distingue più sotto il profilo terminologico tra *iudex* e *arbiter* e si parla genericamente di *iudex*.

<sup>11</sup> P.G. CARON, *I tribunali della Chiesa nel diritto del tardo impero*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, XI, ESI, Napoli, 1996, pp. 245-263; F. GIAMMARRESI, *Alcune caratteristiche del processo episcopale nel diritto romano e loro valorizzazione nella riforma dei processi di nullità matrimoniale*, in *Apollinaris*, 93, 2020, pp. 111-120; S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo come forma alternativa di risoluzione delle controversie*, in *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi*, a cura di F. BOTTA, F. CORDOPATRI, ESI, Napoli, 2017, pp. 247-282; A. RECCHIA, *L'esercizio della potestà giudiziaria da parte del vescovo nella storia*, cit., pp. 30-33; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 191-239; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 38-91.

<sup>12</sup> J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico*, cit., pp. 133-134; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 8-38.

La natura giudiziale della potestà del vescovo nei confronti dei fedeli per l'ordinamento della Chiesa permane pure quando con le costituzioni dell'imperatore Costantino del 318 d.C. l'*episcopalis audientia* viene riconosciuta dall'ordinamento romano come sede di amministrazione della giustizia per tutti coloro, anche non cristiani, che l'abbiano scelta<sup>13</sup>. In rapporto a questo istituto, appunto, sono sorti tra gli interpreti dei dubbi che concernono il suo possibile inquadramento, in base alla regolamentazione prevista dal diritto imperiale, come istanza di giurisdizione elettiva concorrente a quella ordinaria, ovvero come forma di *arbitrium* volontario. La differenza essenziale tra l'una e l'altra modalità consiste nel fondamento della competenza a decidere e della forza esecutiva del provvedimento finale, che, per quanto concerne l'*arbitrium*, si basa sulla volontà negoziale delle parti, espressa formalmente nel patto denominato *compromissum*, di attribuire la decisione sulla questione controversa, anziché al giudice ordinario precostituito, a una o più persone scelte liberamente, con l'obbligo contestuale di rispettare quanto dalle stesse definito<sup>14</sup>. Diversamente, per le competenze istituzionali di giurisdizione, l'obbligo di sottostare al giudizio e l'efficacia del provvedimento finale sono fissate dal diritto precostituito.

---

<sup>13</sup> La prima costituzione è contenuta nel *Codex Theodosianus*, 1. 27. 1. L'istituto viene poi richiamato e precisato, quasi come in una forma di interpretazione autentica, in una successiva costituzione del 333 (riportata nella raccolta delle *constitutiones Sirmondianae*, 1). Dal complesso delle disposizioni date dalle due costituzioni si evince che le parti possono decidere di sottoporre al vescovo la decisione su controversie di diversa natura («*Omnes itaque causae, quae vel praetorio iure vel civili tractantur*»); la sentenza del vescovo non può essere contestata e diviene immediatamente esecutiva («[causae] *episcoporum sententiis terminatae perpetuo stabilitatis iure firmentur, nec liceat ulterius retractari negotium*»); anche se sia già iniziato un giudizio avanti al giudice ordinario, in qualunque fase del processo, una delle parti, nonostante l'opposizione dell'altra («*etiamsi alia pars refragatur*»), può scegliere di trasferire la causa al vescovo; il giudice ordinario deve quindi sospendere immediatamente il processo fino a quando il vescovo non abbia pronunciato la sentenza.

<sup>14</sup> A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, I, Letouzey et Ané, Paris, 1935, coll. 862-863; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 192-209.

In considerazione della disciplina peculiare prevista dalle costituzioni di Costantino per l'*episcopalis audientia*, che consente di devolvere il giudizio al vescovo anche per volontà unilaterale di una sola parte e stabilisce l'inappellabilità della relativa sentenza, da eseguire a cura dei magistrati imperiali, la dottrina prevalente ritiene che almeno all'origine l'intenzione dell'imperatore sia stata di riconoscere al giudizio episcopale la natura di attività giurisdizionale<sup>15</sup>. Tale riconoscimento si colloca nel più ampio contesto di una progressiva attribuzione agli stessi presuli di una serie di funzioni civili in sede locale, da parte della legislazione imperiale, a partire dal IV secolo<sup>16</sup>. Un trattamento di prestigio e di riguardo nei confronti delle autorità ecclesiastiche che si può giustificare in considerazione della generale stima goduta dai vescovi anche nella società civile, per l'esempio da loro offerto di rispetto delle virtù cristiane, che costituisce una garanzia di rettitudine e di affidabilità nell'esercizio dei compiti di governo.

Per quanto concerne in specifico la giurisdizione, le costituzioni di Costantino intervengono a regolare una situazione già di fatto consolidata. Ormai da tempo, infatti, i cristiani ricorrono al giudizio del vescovo per risolvere le loro controversie, sia per adempiere al precetto paolino, sia anche per evitare di sottostare ai tribunali civili, data la grave crisi che affligge le magistrature imperiali a causa della corruzione dei giudici, della lunghezza delle procedure e dell'onerosità delle spese processuali<sup>17</sup>. Con il riconoscimento civile della giurisdizione episcopale, pertanto, si giunge a corrispondere alle istanze delle comunità ecclesiali<sup>18</sup>, da un lato, e a risanare l'am-

---

<sup>15</sup> L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam*, cit., p. 76; S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., p. 262; A. RECCHIA, *L'esercizio della potestà giudiziaria da parte del vescovo nella storia*, cit., p. 33; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 214-215.

<sup>16</sup> S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., pp. 249-250.

<sup>17</sup> S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., p. 271; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., p. 45.

<sup>18</sup> La devoluzione all'*episcopalis audientia* sulla base della richiesta pure di uno solo dei litiganti, consente al cristiano di sottrarsi al tribunale civile anche nelle liti con i pagani.

ministrazione della giustizia, dall'altro, con l'istituzionalizzazione di un foro alternativo che si caratterizza per capacità equitative, procedure informali e brevi, piena gratuità.

Il regime di favore delineato da Costantino viene in seguito ridimensionato dai suoi successori che introducono alcune restrizioni, sia prescrivendo la necessità del consenso di tutti i contendenti per rimettere la causa al giudizio del vescovo<sup>19</sup>, sia limitando la possibilità di ricorrere all'*episcopalis audientia* alle sole cause civili<sup>20</sup>. Questo orientamento restrittivo risulta motivato dall'intento di circoscrivere l'esorbitanza dei ricorsi al tribunale del vescovo e, nel contempo, a rivalutare le magistrature imperiali<sup>21</sup>. Del resto, come si è detto, alla fine del IV secolo si è anche attenuata la forza del primo precetto paolino<sup>22</sup>, dal momento che si riscontra una maggiore presenza di cristiani tra i giudici dei tribunali civili.

In conseguenza di queste modifiche, l'interpretazione prevalente ritiene che l'*episcopalis audientia* sia venuta ad assumere un carattere più simile all'*arbitrium*<sup>23</sup>. Si tratta comunque di un arbitrato anomalo, dato che, almeno all'inizio, il deferimento agli arbitri non

---

<sup>19</sup> Le costituzioni emanate dall'imperatore Arcadio nel 398 per l'Oriente (*Codex Iustinianus*, 1.4.7) e dall'imperatore Onorio nel 408 per l'Occidente (*Codex Theodosianus*, 1.27.2) prescrivono come condizione per accedere alla giustizia del vescovo il consenso di tutti i litiganti, senza peraltro richiedere che sia espresso con un formale *compromissum*. Il requisito di un previo consenso manifestato con atto negoziale viene introdotto nel 452 dalla *novella* 35 dell'imperatore Valentiniano III, che trova applicazione solo in Occidente. Poco dopo, nel 460, l'imperatore Maggioriano rimuove la necessità del *compromissum* per le controversie fra chierici. Resta fermo, tuttavia, il regime speciale dell'esecutività della decisione, equiparata alla sentenza del prefetto del pretorio, quindi inappellabile ed immediatamente esecutiva attraverso l'opera dei funzionari imperiali.

<sup>20</sup> «*in civili dumtaxat negotio*» (C. 1.4.7).

<sup>21</sup> S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., p. 276.

<sup>22</sup> Si veda *supra*, cap. I, § 2.

<sup>23</sup> Esplicita è la formulazione della costituzione in C. 1.4.7 nel precisare che la procedura si svolge «*arbitri more*». Di contro alla tesi maggioritaria, G. VISMARA (*La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 85-94) ritiene che le riforme non abbiano modificato la natura giurisdizionale dell'*episcopalis audientia*, ma abbiano unicamente introdotto la condizione del consenso comune delle parti, senza alterare la restante disciplina dell'istituto.

viene espresso sulla base di un formale *compromissum*, né l'efficacia della decisione viene determinata dalla scelta delle parti, ma risulta preconfigurata dalla legge<sup>24</sup>. Sembra chiaro nondimeno l'obiettivo della volontà riformatrice di distinguere l'attività giudicante del vescovo da quella dei tribunali civili.

Una conferma e una consolidazione a questo orientamento si possono trovare in ulteriori provvedimenti assunti nello stesso periodo di tempo dagli imperatori romani, i quali, da un lato, seguono la medesima impostazione nei rapporti con altre giurisdizioni religiose, mentre, dall'altro, accentuano la divisione di competenze tra foro secolare e foro confessionale. Si ricorda, in particolare, una costituzione contemporanea alla riforma dell'*episcopalis audientia* che viene a cambiare il precedente atteggiamento liberale nei confronti dei tribunali delle comunità ebraiche, volto a consentire di ricorrere in qualsiasi materia alla giurisdizione del patriarca sulla base del comune consenso delle parti<sup>25</sup>. Per contro, il nuovo provvedimento introduce disposizioni più restrittive, in quanto impone agli ebrei di sottostare alle leggi e ai tribunali imperiali nelle questioni civili, per cui in tale ambito si riconosce la facoltà di deferire la cognizione ad altri soggetti solo in virtù di un formale compromesso, «*ad similitudinem arbitrorum*»<sup>26</sup>. Con la stessa costituzione di Arcadio, peraltro, si conferma la pertinenza alla giurisdizione del patriarca delle cause in materia di religione, mentre una successiva costituzione di Onorio stabilisce una medesima regola di ripartizione di competenza nei confronti dei vescovi a riguardo delle cause di natura spirituale<sup>27</sup>. Appare quindi evidente l'orientamento uniforme delle cancel-

---

<sup>24</sup> S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., pp. 280-281.

<sup>25</sup> Lo storico Giuseppe Flavio nell'opera *Antichità giudaiche* (19, 5, 2) riporta la notizia di due editti dell'imperatore Claudio che concedono agli ebrei di vivere secondo il loro diritto (S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., pp. 254-255; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., p. 4).

<sup>26</sup> La costituzione viene emanata da Arcadio nel 398 nell'ambito orientale (*Codex Theodosianus* 2.1.10). Secondo il testo normativo, le decisioni arbitrali sono dotate di esecutorietà e possono essere eseguite dai funzionari provinciali.

<sup>27</sup> «*Quotiens de religione agitur, episcopus convenit agitare*» (costituzione di Onorio del 399 nell'ambito occidentale, *Codex Theodosianus*, 16.11.1).

lerie delle due parti dell'Impero romano che intendono, da un lato, riservare un trattamento analogo alle istanze decisionali interne ai gruppi religiosi, ma, dall'altro, vengono a limitare le loro attribuzioni e a mantenere separato il foro religioso dall'apparato istituzionale dei tribunali civili<sup>28</sup>.

Nondimeno, ciò che interessa ai fini del presente studio è rilevare come, indipendentemente dal regime del riconoscimento previsto dal diritto imperiale, l'*episcopale iudicium* abbia conservato una identità costante, con una struttura flessibile, preordinata a ricercare prima di tutto il risanamento dei conflitti. Invero, anche quando la funzione giudiziale diviene civilmente rilevante i vescovi continuano a impostare il loro compito di cognizione delle controversie come un'attività diretta principalmente a promuovere la conciliazione tra le parti, seguendo regole procedurali sufficientemente elastiche e informali<sup>29</sup> da consentire di assumere nel caso concreto il ruolo più adeguato per promuovere una composizione pacifica della lite e da favorire la ricerca di una soluzione che risponda alle esigenze delle persone coinvolte, temperando il rigore del diritto con l'equità ispirata alla carità cristiana<sup>30</sup>.

Lo stile di risoluzione equitativa, con procedure semplici e la finalità di promuovere un accomodamento bonario, contraddistingue la giustizia del foro ecclesiastico rispetto a quella delle magistrature tardo-imperiali, esercitata nelle forme della *cognitio extra ordinem*, più rigidamente orientata a procedere in maniera autoritativa e a decidere secondo la *veritas rei*<sup>31</sup>. Appunto questo carattere conci-

---

<sup>28</sup> S. PULIATTI, *La giurisdizione del vescovo*, cit., pp. 278-280; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 223-224.

<sup>29</sup> Come ricordato, le *Constitutiones apostolicae* del 380 dettano le istruzioni ai vescovi per lo svolgimento della loro missione pastorale, riportando sostanzialmente le indicazioni già contenute nella *Didascalia Apostolorum*.

<sup>30</sup> La mitigazione del diritto con l'equità viene consentita e sollecitata da una costituzione del 314 dell'imperatore Costantino: «*Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*» (C. 3.1.8).

<sup>31</sup> L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 79-82. La procedura nei giudizi ecclesiastici segue fondamentalmente il processo accusatorio romano, ma è molto più informa-

liativo, unitamente alla considerazione rivolta all'opera pacificatrice svolta dai vescovi e al loro ruolo di difensori delle categorie più deboli della popolazione, favorisce il successo e la diffusione del giudizio episcopale come mezzo di attuazione e di tutela dei diritti alternativo ai tribunali civili. Una buona accoglienza che può trovare giustificazione anche alla luce delle ricerche storiografiche che hanno evidenziato il largo impiego degli strumenti di risoluzione delle controversie al di fuori delle strutture della giustizia ordinaria, tanto nell'epoca del tardo Impero, quanto ancor più nell'alto medioevo<sup>32</sup>. Le cause delineate per spiegare quest'ampio ricorso alle vie pregiudiziali o stragiudiziali rispetto alla giurisdizione ordinaria possono essere ricondotte alle condizioni contingenti vissute in quelle epoche storiche, l'una di decadenza istituzionale, l'altra di transizione tra sistemi politici e ordinamenti giuridici: in entrambe, pur con le varianti connesse alle peculiarità di ciascuna, si riscontra una situazione di generale diffidenza nella capacità dei tribunali di garantire la giustizia, tanto da far ritenere preferibile, o quanto meno più sicuro, ricercare un compromesso negoziato con l'altra parte, ovvero, nell'impossibilità di trovare un accordo, rimettersi nelle mani di persone di fiducia per definire un ragionevole accomodamento<sup>33</sup>. All'interno di un siffatto contesto si può peraltro sottolineare la specificità della funzione propria dei giudizi dei vescovi.

Così, tra il IV e il VI secolo, si rileva uno stato di crisi delle magistrature imperiali, sia per le procedure, divenute lunghe, defatiganti

---

le e più semplice (CH. LEFEBVRE, voce *Procédure*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, VII, Letouzey et Ané, Paris, 1965, col. 282).

<sup>32</sup> Il fenomeno era già stato anticipato da studi giuridici: G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, F. Cacucci, Bari, 1951; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 27-29; S. MOCHI ONORY, *Vescovi e città (secoli IV-VI)*, cit., pp. 58-70. Successivamente l'analisi viene approfondita in prospettiva empirica, con l'analisi di documenti della pratica concreta: P.J. GEARY, *Extra-judicial means of conflict resolution*, in *La giustizia nell'alto medioevo, secoli V-VIII*, I, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto, 1995, pp. 569-601.

<sup>33</sup> In proposito si parla di giustizia 'negoziata', perché la composizione del conflitto si fonda sull'accordo tra le parti, oppure di giustizia 'fiduciaria', quando la soluzione alla controversia viene deferita alla decisione di persone scelte dalle parti.

e dispendiose, sia per la preoccupante presenza di giudici impreparati e corrotti, prони ai *potentes*<sup>34</sup>. Per contro, i vescovi si dimostrano maggiormente rispettosi delle esigenze di giudicare in modo onesto e corretto<sup>35</sup>, con procedimenti più semplici, facilmente accessibili, economici e celeri. Inoltre il fine di promuovere la conciliazione, cercando di comporre i diversi interessi secondo criteri di equità che possono andare oltre l'applicazione dello stretto diritto, consente di giungere a soluzioni che rispondono meglio ai bisogni effettivi delle persone coinvolte, soprattutto in una realtà giuridico-sociale contrassegnata da profondi mutamenti, cosicché le regole normative si presentano incerte o inadeguate. Si espande, pertanto, l'uso di richiedere l'intervento del vescovo, sia nelle materie in cui è riconosciuta la competenza del foro ecclesiastico, in rapporto alle quali il procedimento si svolge nelle forme di un giudizio speciale, sia nelle altre materie, in merito alle quali la procedura si instaura per volontà delle parti e nelle forme dell'arbitrato.

Ma al di là di queste cause generali che favoriscono il ricorso ai rimedi stragiudiziali, non sembra che si debba sottovalutare la rilevanza della motivazione specifica che induce i fedeli a richiedere l'opera conciliativa dei vescovi, ossia l'osservanza del monito evangelico a evitare le liti, che nella traduzione del precetto paolino conduce, da un lato, ad affermare un vero e proprio dovere per coloro che non riescono ad accordarsi tra loro di rivolgersi al giudizio del vescovo, e, dall'altro, a strutturare il procedimento giudiziale in mo-

---

<sup>34</sup> In questo senso è la testimonianza dell'AMBROSIASIER che rileva come i pubblici funzionari tendano a interpretare le leggi *cum adulatione*, mentre nella Chiesa vi è una maggiore osservanza della legge («*in ecclesia magis lex est, ubi dominus legis timetur*») per cui è meglio «*apud Dei ministros agere causam: facilius enim ... sententiam legis veram promunt*» (*Commentaria in epistolam Beati Pauli Ad Corinthios Primam*, c. VI, in J.P. MIGNÉ, *Patrologia Latina* [PL], 17, col. 222).

<sup>35</sup> «*Bonus enim iudex nihil ex arbitrio suo facit, et domesticae proposito voluntatis, sed iuxta leges et iura pronuntiat, scitis iuris obtemperat, non indulget propriae voluntati, nihil paratum et meditatatum domo defert, sed sicut audit, ita iudicat et sicut se habet negotii natura decernit. ... et ideo iudicium meum verum, quia non voluntati meae indulgeo, sed aequitati*» (AMBROGIO, *Expositio Psalmi 118*, 20, 36-37, in PL, 15, coll. 1194-1195).

do da promuovere la ricerca della concordia tra le parti. Appunto la consapevolezza di adempiere a una regola di condotta vincolante induce i pastori delle comunità cristiane a incrementare l'impegno nel persuadere e sollecitare, se non persino a ordinare e a imporre, pure con la minaccia di sanzioni spirituali, la composizione pacifica dei conflitti. Da questa preferenza della Chiesa per la concordia deriva un impulso rafforzato affinché i fedeli si rivolgano al vescovo per cercare di raggiungere, in forma stragiudiziale o giudiziale, una soluzione conciliativa.

## 2. *Testimonianze patristiche della prassi ecclesiale di conciliazione*

La sostanziale fedeltà del giudizio del vescovo a una procedura conciliativa viene documentata nel corso dei secoli dalle testimonianze autorevoli dei vescovi che si sono dedicati con particolare zelo all'assolvimento del compito gravoso, ma pur necessario, di rispondere alle domande di giustizia<sup>36</sup>.

Risulta particolarmente perspicua l'opera di Aurelio Ambrogio, vescovo di Milano, in quanto, com'è noto, essendo stato funzionario imperiale prima di divenire pastore<sup>37</sup>, ha acquisito una solida competenza in ambito giuridico, tanto da comporre un trattato sui doveri degli ecclesiastici che comprende anche le regole da osservare nell'esercizio della funzione giudicante<sup>38</sup>. La sua intensa attività di

---

<sup>36</sup> Si vedano le testimonianze relative all'attività di Aurelio Ambrogio, vescovo di Milano (AMBROGIO, *Epistola 32* [= *Epistola 21*, in *PL*, 16, coll. 1002-1007]; AGOSTINO, *Confessiones*, 6, 3, 3, in *PL*, 32, col. 720) e di Aurelio Agostino vescovo di Ippona (AGOSTINO, *Enarratio in Psalmum 118*, 24, 3-4, in *PL*, 37, col. 1570; *De opere monachorum*, 29, 37, in *PL*, 40, col. 576). Entrambi i presuli esprimono insofferenza non solo per il grande afflusso di cause che trattano questioni relative a beni terreni, ma anche per l'inutilità del loro impegno a risolvere le controversie, in quanto i contendenti insoddisfatti instaurano nuove cause.

<sup>37</sup> «*Ego enim raptus de tribunalibus atque administrationis infulis ad sacerdotium*» (AMBROGIO, *De officiis*, 1, 4, in *PL*, 16, coll. 24-25).

<sup>38</sup> Nell'ambito delle qualità da ricercare nella persona buona, si ricorda la propensione alla conciliazione: «*Decet igitur hospitalem esse, benignum, iustum, non alieni cupidum; immo de suo iure cedentem potius aliqua, si fuerit lacessitus, quam*

giudice si colloca nel quadro delle prime costituzioni costantiniane, quando i vescovi possono essere scelti dalle parti per risolvere questioni rilevanti di diritto civile, applicando le leggi dell'Impero, pur temperate dall'equità.

Per comprendere lo spirito e lo stile con cui Ambrogio affronta questo ruolo, può essere interessante esaminare il caso, raccontato nel suo epistolario, della lite tra due fratelli, dei quali uno risulta persino essere un vescovo<sup>39</sup>. La controversia era già stata sottoposta alla cognizione del prefetto del pretorio, ma prima che venga emanata la sentenza, le due parti, singolarmente quantunque in modo convergente, chiedono di sospendere il processo e di devolvere la decisione sulla questione al vescovo di Milano. Ricordando il precepto paolino, Ambrogio riferisce di aver recepito la cognizione «*ita tamen ut compositionis essem arbiter*»<sup>40</sup>, al fine cioè di giungere a una composizione delle diverse istanze che conduca a una piena riappacificazione dei fratelli. Il presule, infatti, si è reso conto che una decisione fondata sulle mere ragioni di diritto sarebbe riuscita a porre termine alla causa giudiziale, ma, essendo gli animi esacerbati dal lungo conflitto, avrebbe comunque lasciato strascichi di rancore e di insoddisfazione in chi sia risultato sconfitto: a favore di chiunque si fosse data la sentenza, non sarebbe stata sanata sostanzialmente la controversia<sup>41</sup>. Per questo Ambrogio preferisce svolgere una attività di conciliazione tra le opposte istanze, per giungere a una soluzio-

---

*aliena iura pulsantem, fugitatem litium, abhorrentem a iurgiis, redimentem concordiam et tranquillitatis gratiam*» (*De officiis ministrorum*, 2, 106, in *PL*, 16, col. 131). Sull'attività di giudice di Aurelio Ambrogio, si vedano L. LOSCHIAVO, *L'età del passaggio*, cit., pp. 93-103; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, cit., pp. 59-76.

<sup>39</sup> *Epistola 24* (= *Epistola 82*, in *PL*, 16, coll. 1275-1279). La lettera è indirizzata allo stesso vescovo Marcello, che è parte nella causa. Questi, infatti, ha donato un fondo alla propria Chiesa, onerato peraltro da un usufrutto vitalizio a favore della sorella, e il fratello Leto, *vir consularis*, contesta la regolarità della disposizione.

<sup>40</sup> *Ep.* 24, 2.

<sup>41</sup> «*Videbam enim quod si pro tuis iudicarem partibus, posset ille non adquiescere, si pro illo ferretur sententia, oboediret tua et sanctae sororis defensio. Erat ergo iniqua decernendi condicio*» (*Ep.* 24, 2).

ne che travalica la mera applicazione dello stretto diritto e detta una nuova regolamentazione dei rapporti tra le parti, in modo da riuscire a ottenere il consenso di tutti<sup>42</sup>. Quantunque la decisione sia resa nella forma della sentenza, tuttavia il suo contenuto presuppone il previo accomodamento con cui i fratelli hanno acconsentito a recedere, almeno in parte, dalle rispettive pretese, così da poter giungere a dettare una composizione della lite che consente di sancire la loro piena riconciliazione<sup>43</sup>.

L'uso del termine *arbiter* per indicare il ruolo assunto da Ambrogio nel comporre le diverse istanze non contraddice la natura giurisdizionale della sua azione, ma, conformemente a quanto sottolineato sopra in merito alla poliedricità della funzione giudiziale del vescovo, conferma l'interpretazione flessibile che viene data alle sue competenze. Il vescovo, infatti, può valutare quali siano le modalità migliori non solo per risolvere la controversia ma anche per sanare il conflitto tra i litiganti, cosicché può decidere, a seconda delle circostanze del caso concreto, se cercare attraverso un'opportuna mediazione di giungere a un accordo conciliativo, ovvero di dettare autoritativamente la pronuncia finale.

Successivamente, all'epoca di Agostino<sup>44</sup> la situazione appare mutata quanto al contesto socio-giuridico, sia per le intervenute ri-

---

<sup>42</sup> «... malui iurgium compositione caedere quam pronuntiatione acerbare, ... Itaque omnium conspirante adsensu placuit ... Vicistis ergo omnes» (Ep. 24, 4, 7 e 9). La soluzione consiste nell'assegnare il fondo a Leto, con l'onere di devolvere una prestazione annua alla sorella.

<sup>43</sup> L'atto che pone fine alla lite non è peraltro un accordo negoziale tra le parti, ma la sentenza che conclude la trattazione della causa: «Apostolico igitur carattere cognitio decursa est». Nondimeno, il coinvolgimento delle parti nella ricerca di una soluzione condivisa, soprattutto del vescovo Marcello che l'ha proposta, fa dire ad Ambrogio che la decisione promana quasi da due arbitri: «Christo igitur auctore et duobus arbitris sacerdotibus, te, qui forma prior dedisti, me, qui sententia prompsi, facta pax non claudicabit, quando tanta fidei convenerunt suffragia, ut perfidia non possit sine poena» (Ep. 24, 11).

<sup>44</sup> Sull'attività giudiziaria di Agostino, si vedano S. TOSCANO, *Casi di ordinaria giustizia nelle epistole Divjak di Agostino*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XI, cit., pp. 541-563; A.A. CASI, *La giustizia in S. Agostino. Itinerari agostiniani del quartus fluvius dell'Eden*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 65-112.

forme all'istituto dell'*episcopalis audientia*, sia per il consolidamento del cristianesimo all'interno dell'Impero romano e delle stesse strutture istituzionali. I vescovi sono ancora chiamati a giudicare numerose controversie, ma ormai i tribunali risultano composti anche da giudici cristiani e viene a risultare sempre meno cogente il primo dei due precetti dedotti dal monito paolino nella prima lettera ai Corinzi. In effetti, richiamando il divieto di sottoporre la causa «*apud iniustos, et non apud sanctos*», Agostino non contrappone più il giudice pagano al giudice cristiano, bensì il *iudex* (inteso come giudice imperiale) all'*episcopus*<sup>45</sup>, il processo *in foro* al processo *in ecclesia*<sup>46</sup>. Come dimostra l'ampia casistica delle cause documentate in gran numero nel suo epistolario, l'*episcopale iudicium* conserva tuttavia uno stile di ampia elasticità nelle regole da seguire, pur nel quadro del diritto imperiale molto ben conosciuto dallo stesso Agostino, per cercare la soluzione più adeguata a promuovere le esigenze delle parti.

Così, nella causa intentata dall'ebreo Licinio contro un tale Vittore, probabilmente un ecclesiastico se non un vescovo, Agostino, dopo aver ricevuto l'atto di accusa, vuole cercare di evitare di emanare una sentenza di condanna che avrebbe comportato sanzioni gravi nei confronti del convenuto, oltre che lo scandalo conseguente alla divulgazione di un comportamento riprovevole, e pertanto scrive allo stesso Vittore esortandolo, se riconosce giusta l'accusa, a restituire quanto da lui detenuto senza un giusto titolo<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> «*Videte quale illi crimen obiecerint, quia non apud episcopos agere voluit de locis, sed apud iudicem*» (*Enarratio in psalmum 36*, 2, 20, in *PL*, 36, col. 379).

<sup>46</sup> «*[P]raecepit apostolus, ut saecularia iudicia si inter se habuerint christiani, ea non in foro sed in ecclesia fiant*» (*Epistola 24\* Domino eximio meritoque honorabili ac desiderantissimo filio Eustochio*, 1, in *Corpus Ecclesiasticorum latinorum* [CSEL], 88, *Sancti Aureli Augustini opera, Epistolae ex duobus codicibus nuper in lucem prolatae*, a cura di J. DIVJAK, Hoelder-Pichler-Tempsky, Vindobonae, 1981, p. 126).

<sup>47</sup> «*Melius est autem, ut a tuo carissimo fratre commonitus facias quod iustum est, quam ut ista causa veniat ad episcopale iudicium*» (*Epistola 8\*, Commonitorium sancto fratri Victori*, 1, in *CSEL*, 88, p. 42). Vittore era accusato da Licinio di ingiusto spoglio di alcuni campi e di *iniuriae* nei riguardi della madre.

Un altro caso significativo riguarda il giudizio contro un certo Antonino, monaco e vescovo, responsabile di gravi reati a danno delle proprietà di alcuni abitanti della sua diocesi. A margine del processo principale, che si era concluso con una sentenza di condanna, era sorta una questione collaterale in merito al pregiudizio subito da un altro soggetto e Agostino, per evitare che si aggravasse la situazione del colpevole con la presentazione dell'ennesima querela, riesce a intercedere affinché la causa venga decisa, non in giudizio, ma con un arbitrato<sup>48</sup>.

Infine, è interessante ricordare anche la controversia, raccontata in un sermone, circa l'eredità di un padre, il presbitero Ianuario, che vede contrapposti il figlio e la figlia minorenni, entrambi entrati in monastero. Agostino afferma di essere molto rattristato dalla contesa e si propone di adoperarsi per riconciliare i due fratelli, prima ascoltando le loro ragioni come un padre amorevole e poi assumendo la decisione più adeguata per comporre la lite<sup>49</sup>.

3. «Ad pacem magis quam ad iudicium cohortentur»<sup>50</sup>: *il rafforzamento dell'obbligatorietà del monito di favorire la composizione della lite*

Il principio di riconciliazione ispira anche i pronunciamenti dei concili dei vescovi che dal IV secolo in poi vengono celebrati con sempre maggiore frequenza, sia a livello universale sia nelle sedi lo-

---

<sup>48</sup> «... apud quem hominem ego ipse intercessi, ne in nostro iudicio libello et querela sua gravaret episcopum. Atque ita inter illos privata disceptatione causa finita est ...» (Epistola 20\* Dominae religiosissimae et reverentissimae ac praestantissimae filiae Fabiolae, 31, in CSEL, 88, p. 111).

<sup>49</sup> «Deinde litem dimisit inter filios suos, in qua laboro. ... Et ista contentio quale malum est? Sed si pueri ipsi servi Dei sunt, litem hanc inter illos cito finimus. Audio illos ut pater, et forte melius quam pater ipsorum. Videbo quid sit iuris, sicut Deus voluerit, cum paucis fratribus fidelibus honoratis, Deo propitio, de numero vestro, id est, de plebe ista. Audio inter illos causam; et sicut Dominus donaverit, finio» (Sermo ad populum 355, De vita et moribus clericorum suorum, 3, in PL, 39, col. 1571).

<sup>50</sup> Statuta Ecclesiae antiqua, c. 54, attribuito al IV concilio di Cartagine, c. 26, in D. XC, c. 7.

cali, e che richiamano i due precetti del monito paolino, ossia di evitare di presentare le cause ai tribunali secolari e di prodigarsi a comporre le liti comunque sorte, dettando indicazioni pratiche per adattarli al mutare delle condizioni politico-giuridiche e per garantirne l'osservanza all'interno del popolo di Dio<sup>51</sup>. Le disposizioni sinodali hanno inciso notevolmente sullo sviluppo della disciplina, in quanto sono state riprodotte nelle collezioni successive fino alla *Concordia* di Graziano.

Per quanto concerne il divieto di accedere al foro civile, viene riportato il canone attribuito al quarto concilio di Cartagine che vieta al *catholicus*, a pena di scomunica, di sottoporsi al giudizio «*alterius fidei iudicis*»<sup>52</sup>. Con la progressiva definizione delle cause ritenute dalla Chiesa riservate alla propria giurisdizione, la disposizione si traduce più puntualmente nell'obbligo di rivolgersi all'autorità ecclesiastica<sup>53</sup>, un dovere che viene ribadito con maggiore coerenza nei confronti dei chierici in ordine a qualsiasi tipologia di causa, pure nei *negotia civilia*<sup>54</sup>, mentre per i laici assume un valore meno

---

<sup>51</sup> Una panoramica dei pronunciamenti conciliari si ritrova in K. MATTHEWS, *The Development and Future of the Administrative Tribunal*, in *Studia Canonica*, 18, 1984, pp. 38-51.

<sup>52</sup> «*Catholicus, qui causam suam, sive iustam sive iniustam, ad iudicium alterius fidei iudicis provocat, excommunicetur*». La norma è contenuta e attribuita al IV concilio di Cartagine (a. 398) negli *Statuta Ecclesiae antiqua* (c. 30), una collezione di 102 canoni compilata in Gallia nella seconda metà del V secolo, riportata nella *collectio Hispana* o *Isidoriana* e in altre collezioni successive. Questa specifica norma si ritrova citata nel *Decretum Gratiani*, C.II, qu. 6, c. 32.

<sup>53</sup> Il potere di giudicare era riconosciuto non solo al vescovo per le controversie sorte nella propria diocesi, ma anche ai concili dei vescovi, per le cause riguardanti gli stessi vescovi o l'appello delle decisioni episcopali, e al romano pontefice come suprema istanza.

<sup>54</sup> La proibizione di adire il foro secolare viene prevista nel c. 9 del III concilio di Cartagine (a. 254) per «*quisquis episcoporum, presbiterorum et diaconorum, seu clericorum*», con sanzioni personali e patrimoniali a carico dei trasgressori (riportato in C.XI, qu. 1, c. 43). L'obbligo di presentare la causa al vescovo viene ribadito nel c. 9 del concilio di Calcedonia (a. 451): «*Si clericus adversus clericum habet negotium, non relinquat suum episcopum et ad saecularia iudicia concurrat, sed prius negotium agitetur apud episcopum proprium*» (riportato in C. XI, qu. 1, c. 46). Analoghe prescrizioni sono ripetute dai pontefici Leone Magno (ep. 90, in C. XI, qu. 1, c. 34) e Gregorio Magno (ep. 54, in C. XI, qu. 1, c. 38).

stringente, essendo tenuti ad adire i tribunali ecclesiastici solo nelle questioni in materia di religione, sia dottrinali che disciplinari, di competenza della Chiesa<sup>55</sup>. Le modalità formali con cui tale dovere viene attuato, peraltro, dipendono anche dalle prescrizioni degli ordinamenti secolari vigenti nei diversi territori: se la legislazione civile ammette in determinate materie il *privilegium fori ecclesiastici*, risulta possibile rivolgersi all'autorità del vescovo come giudice speciale<sup>56</sup>; se, al contrario, la legislazione secolare non prevede alcun riconoscimento della giurisdizione del vescovo, ovvero di fatto la ripartizione di competenze non viene rispettata<sup>57</sup>, allora per poter ottenere una pronuncia efficace anche sul piano civile è necessario investire il presule del potere di giudicare in forza di un arbitrato commesso dalle parti<sup>58</sup>. Altrimenti, il rispetto della decisione del vescovo viene rimessa alla spontanea adesione dei fedeli, ovve-

---

<sup>55</sup> Così prescrive Gregorio Magno per chiunque (laico o chierico) voglia promuovere una causa contro un chierico (*ep.* 32, in C. XI, qu. 1, c. 39).

<sup>56</sup> L'istituto dell'*episcopalis audientia* si è ulteriormente evoluto e modificato a seguito delle *novellae* di Giustiniano che, da un lato, hanno riconosciuto il *privilegium fori* ai chierici e ai religiosi per tutte le cause che li riguardano (*nov.* 83 del 539) e, dall'altro, attribuiscono ai vescovi una funzione generale di vigilanza sul corretto esercizio dell'ufficio di rendere giustizia da parte dei giudici imperiali, che comprende anche competenze di giurisdizione congiunta tra magistrato e vescovo, oltre che poteri di cognizione in appello delle sentenze dei giudici provinciali (*nov.* 86 dello stesso anno). Con la *novella* 123 (del 546) si ribadisce e si riordina in forma organica un sistema di collaborazione tra Chiesa e Impero in ambito giurisdizionale, che equipara sostanzialmente la posizione dei giudici ecclesiastici a quella dei giudici secolari.

<sup>57</sup> Come annota G. SALVIOLI (*Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 107-110) nei territori italiani soggetti al regime bizantino, che pure *de iure* riconosce il foro ecclesiastico, spesso di fatto non si tiene conto della competenza del vescovo e per questo il papa Gregorio Magno incita a ricorrere all'arbitrato piuttosto che al tribunale secolare: si vedano in questo senso le *epistolae* III, 60 e VII, 27 (in *Gregorii I papae Registrum epistolarum*, in *Monumenta Germaniae Historica* [MGH], a cura di P. EWALD, L. HARTMANN, Berolini-Weidmann, München, 1891, *tomus* I, *Libri I-VII*), rispettivamente MGH, I, p. 219 e MGH, I, pp. 472-474.

<sup>58</sup> Si vedano le diverse legislazioni che si susseguono nei territori italiani sotto il dominio degli Ostrogoti, dei Longobardi e dei Franchi, riportate in G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 105-107; 111-126.

ro alla forza coercitiva delle misure spirituali utilizzabili dall'autorità ecclesiastica.

A riguardo invece del dovere di giungere a soluzioni concordate e pacifiche, ricorre costantemente il precetto di seguire vie alternative alle forme contenziose, in modo da favorire la composizione della lite. In particolare, si ammoniscono i vescovi affinché si impegnino assiduamente per indurre i fedeli, sia chierici che laici, a preferire la pace piuttosto che litigare in giudizio<sup>59</sup>. Al fine di convincere i *dissidentes* a raggiungere la concordia, i pastori possono avvalersi di ogni mezzo ritenuto idoneo, sia la persuasione con argomenti ragionevoli sia l'imposizione con misure autoritative («*vel ratione, vel potestate*»)<sup>60</sup>. Nei confronti di coloro che si ostinano a respingere ogni tentativo di conciliazione, sono previste diverse sanzioni, non esclusa l'emarginazione dalla comunione<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> «*Studendum est episcopis, ut dissidentes fratres, sive clericos, sive laicos, ad pacem magis quam ad iudicium cohortentur*» (*Statuta Ecclesiae antiqua*, c. 54, attribuito al IV concilio di Cartagine, c. 26, in D. XC, c. 7).

<sup>60</sup> Con riguardo specifico ai chierici: «*Discordantes clericos episcopus vel ratione, vel potestate ad concordiam trahat; inhobedientes sinodus per audientiam damnet*» (IV concilio di Cartagine, c. 59 in D. XC, c. 1). Sulla interpretazione successiva della facoltà di disporre forme coercitive per sancire la concordia tra le parti, si veda *infra*, cap. II, § 6.

<sup>61</sup> «... *quicumque odio aut longinqua inter se lite dissenserint, et ad pacem revocari diuturna nequiverint obstinatione, a sacerdotibus civitatis primitus arguantur. Qui si inimicitias deponere pernitiosa intentione noluerint, de ecclesiae cetu iustissima excommunicatione pellantur*» (concilio di Agde, del 506, c. 31, in D. XC, c. 9 [A cetu alienentur fidelium, qui ad concordiam redire contemnunt]). La scomunica della scomunica viene ripetuta anche in una decretale di papa Vittore (forse un falso tratto dalle Decretali Pseudo-Isidoriane) (D. XC, c. 12). Ulteriori sanzioni nei confronti dei litigiosi sono imposte dai decreti conciliari contenuti nella stessa *Distinctio* XC: non sono accolte le loro offerte (c. 2), né i doni per i poveri (c. 8); i monaci sono soggetti a penitenza (c. 5). Ancora, una decretale del papa Fabiano stabilisce la punizione «*acerrimis maceretis remediis*» (D. XC, c. 10), cui la *Glossa* offre successivamente la seguente interpretazione: «*idest poenis excommunicationis*» (v. *inediis*). Infine, Gregorio Magno prevede nei *Moralia* l'inidoneità al sacerdozio del *litigiosus* (D. XLVI): l'indicazione viene ripresa da Graziano anche in un altro *dictum*: «*Litigiosus quoque prohibetur ordinari, quia qui sua potestate discordantes ad concordiam debet attrahere, qui oblationes dissidentium prohibetur recipere, nequaquam litigandi facilitate alias ad discidium debet provocare*» (D. XC, I pars).

La ricerca della concordia continua inoltre a connotare la struttura del giudizio ecclesiale. Quantunque il precetto di evitare le liti richieda anzitutto di sanare i conflitti prima e al di fuori dell'avvio di un processo, qualora si addivenga comunque alla presentazione di una causa in giudizio si demanda al giudice di svolgere un'opportuna funzione di interposizione tra le parti per convincere i renitenti ad assumere comportamenti equi e per riconciliare i contendenti<sup>62</sup>. Il tentativo di composizione tra le diverse posizioni deve essere intrapreso fin dalla fase preliminare del giudizio e solo nel caso di un suo esito negativo si dà inizio al processo, ma resta comunque aperta la possibilità, in qualsiasi altro momento, di porre termine alla lite con la pacificazione<sup>63</sup>. Proprio in ragione dell'obiettivo primario di promuovere la conciliazione tra le parti, permane un'essenziale flessibilità nell'operato del vescovo-giudice, che può valutare discrezionalmente quale sia il modo migliore per perseguire la via della concordia e convincere le parti ad aderire ad un accomodamento equitativo.

Di questo permanente tratto dell'azione del giudice si ritrova un'autorevole testimonianza nelle istruzioni che il pontefice Gregorio Magno detta per trattare le cause che gli sono sottoposte dalle parti o dalle stesse autorità ecclesiastiche<sup>64</sup>. Anche Gregorio, al pa-

---

<sup>62</sup> In merito ai giudizi nei confronti dei vescovi che si svolgono davanti ai sinodi, si sottolinea la funzione di riconciliazione: «*Dissidentes episcopos, si non timor Dei, sinodus reconciliet*» (IV concilio di Cartagine, c. 25, in D. XC, c. 6 [*Dissidentes episcopi ad concordiam redire cogantur*]). In particolare, a proposito del riesame di una ingiusta sentenza di scomunica emanata da un vescovo, si prevede che i vicini vescovi della medesima provincia lo ammoniscano per cercare di convincerlo a modificare la sua decisione (concilio di Agde, c. 3, in C. XI, qu. 3, c. 8).

<sup>63</sup> CH. LEFEBVRE, *Procédure*, cit., pp. 282-283; ID., *De iudicio reddendo in Ecclesia* (*Lineamenta historica*), in *Monitor ecclesiasticus*, 101, 1976, pp. 223 e 226.

<sup>64</sup> Numerose lettere contenute nel *Registrum Epistolarum* di Gregorio Magno (in *Monumenta Germaniae Historica* [MGH], cit., *tomus I* [*Libri I-VII*], 1891; *tomus II* [*Libri VIII-XIV*], 1899) si riferiscono a casi giudiziari che sono sorti nelle diocesi delle quali il vescovo di Roma è metropolita o primate e che vengono devolute al papa come istanza di appello. Nelle *epistolae* Gregorio impartisce alle autorità investite del compito di giudicare (vescovi, *defensores* del patrimonio di S. Pietro se la causa riguarda i beni di quel patrimonio, o anche funzionari imperiali) le indicazioni circa il modo di procedere e i criteri e le regole da seguire nell'imposta-

ri di Ambrogio e di Agostino, si lamenta del gran numero di *terrena negotia*, ossia di controversie connesse alle questioni patrimoniali tra privati, che continuano a gravare sui vescovi e lo distolgono dalle cure pastorali<sup>65</sup>, ma di fatto non si sottrae alle incombenze di giudizio, in quanto è consapevole, anche per la sua passata esperienza di prefetto del pretorio, dell'importanza di questa funzione e della responsabilità di rendere una decisione secondo giustizia<sup>66</sup>.

Nelle questioni giudiziarie trattate nelle lettere si ritrovano diversi casi nei quali il pontefice incarica il suo delegato di cercare una soluzione conciliativa per porre fine alla contesa ed evitare di proseguire nel giudizio. In particolare, nelle cause in cui sono implicati chierici o religiosi, ovvero in quelle che coinvolgono gli interessi patrimoniali della Chiesa, Gregorio raccomanda di procedere con *ecclesiastica moderazione* («*nihil cum scandalo, nihil cum forali strepitu*»)<sup>67</sup>, impartendo la direttiva di seguire, come strategia preferenziale, la via della *concordia*, ossia della composizione consensua-

---

re la decisione. Sull'attività di giudice di Gregorio Magno, si vedano: G. ARNALDI, *Gregorio Magno e la giustizia*, in *La giustizia nell'alto medioevo. Secoli V-VIII*, I, cit., pp. 57-101; A. PADOA SCHIOPPA, *Gregorio Magno giudice*, in *Studi Medievali*, 51, 2010, pp. 581-610; A. RICCIARDI, «*Alter regatur ab altero*». Autorità, potere e giustizia in Gregorio Magno, in *Accademia delle Scienze di Torino, Atti Sc. Mor.*, 149, 2015, pp. 109-136.

<sup>65</sup> In una *epistola* afferma: «*sub colore episcopatus ad saeculum sum reductus*» (*Registrum*, I, 5, *MGH*, I, p. 5), per intendere che le incombenze civili che viene chiamato a svolgere come vescovo sono analoghe a quelle che trattava nel passato quando rivestiva la carica di prefetto dell'Urbe. Nella *Regula pastoralis* rivolta ai vescovi, Gregorio sollecita i *rectores* a delegare la trattazione di tali affari ai subordinati per potersi dedicare alle questioni più alte: «*A subditis ergo inferiora gerenda sunt, a rectoribus summa cogitanda ... Qua autem mente animarum praesul honore pastoralis inter ceteros utitur, si in terrenis negotiis quae reprehendere in aliis debuit, et ipse versatur?*» (*Regulae pastoralis liber*, II, 7, in *PL*, 77, coll. 39-40).

<sup>66</sup> Tanto dalla *Regula pastoralis* quanto dalle lettere emerge la rilevanza data da Gregorio all'impegno di rendere giustizia, che per il pontefice richiede di seguire alcuni principi fondamentali: l'accertamento della verità dei fatti, il rispetto delle norme, l'imparzialità nel riconoscere a ciascuno ciò che gli spetta, il superamento delle rigidità del diritto con il ricorso all'*equitas*, alla *benignitas* e alla *misericordia* (A. PADOA SCHIOPPA, *Gregorio Magno giudice*, cit., p. 586).

<sup>67</sup> *Registrum*, III, 57 in *MGH*, I, p. 217; si veda anche la lettera in *Registrum*, III, 3: «*et grave nobis est cum publico litigare*» (*MGH*, I, p. 161).

le, pure a costo di subire qualche perdita nei beni economici, dato che, secondo l'insegnamento dell'Apostolo, sarebbe comunque un guadagno<sup>68</sup>. In altre cause, invece, nelle quali il pontefice, sulla base della narrazione dei fatti, si è convinto dell'ingiustizia dell'offesa, la conciliazione da tentare prima di introdurre il giudizio consiste nell'esortare o ammonire il responsabile a restituire il maltolto<sup>69</sup>. Al fine di assecondare le esigenze dei più bisognosi, poi, il pontefice dispone di mitigare lo stretto diritto e di cercare soluzioni equitative ispirate alla misericordia e alla benevolenza, derogando all'osservanza di singole norme dispensabili nel caso concreto<sup>70</sup> o moderando una sentenza di condanna<sup>71</sup>.

4. «Episcopus discordantes ... debet ad concordiam revocare»<sup>72</sup>:  
*l'impegno per la pace del vescovo*

Il ruolo di pacificatore del vescovo viene riconosciuto e valorizzato ancora nel periodo delle monarchie germaniche (VI-XI secolo), tanto nell'ambito delle forme stragiudiziali di composizione dei conflitti, quanto nel quadro dei rapporti di collaborazione istituzionale tra autorità secolari e autorità ecclesiastiche.

---

<sup>68</sup> «... scimus nosmetipsos iuvante Domino a causarum litigijs ecclesiastica moderatione compescere, atque secundum illum apostolicum sensum rapinam bonorum nostrorum cum gaudio sustinere» (*Registrum*, III, 57, in *MGH*, I, p. 217). Altri esempi di patteggiamenti o accomodamenti sono contenuti nelle *epistolae* raccolte in *Registrum*, IX, 109 (*MGH*, II, p. 115); IX, 130 (*MGH*, II, p. 130); IX, 191 (*MGH*, II, p. 181); IX, 206 (*MGH*, II, p. 194).

<sup>69</sup> *Registrum*, IX, 86 (*MGH*, II, p. 100); XIII, 49 (*MGH*, II, pp. 413-414).

<sup>70</sup> *Registrum*, IX, 48: «temperanda tamen interdum censura districtio est, ubi misericordiae respectus invitat»; e ancora: «melius est in dubiis non districtioem exequi sed ad benignas potius partes inflecti» (*MGH*, II, p. 75). Si veda pure la lettera in *Registrum*, IX, 15 (*MGH*, II, p. 51).

<sup>71</sup> *Registrum*, IX, 3 (*MGH*, II, p. 42); V, 57: «Quia tamen plus misericordiae quam districtae nos convenit operam dare iustitiae» (*MGH*, I, p. 361).

<sup>72</sup> *Glossa ad D. XC*, c. 7, v. *Studendum*: «Dicitur hic episcopus discordantes clericos vel laicos debet ad concordiam revocare, potius quam ad iudicium vocare».

Dal primo punto di vista si ricorda, come già anticipato<sup>73</sup>, che pure nell'alto medioevo viene riscontrato un uso esteso dei rimedi di risoluzione delle controversie al di fuori delle corti e delle procedure giudiziali, per il concorso di una serie di fattori legati alla peculiare situazione storica. Si tratta infatti di un'epoca in cui domina una endemica insicurezza, per l'imperversare di soprusi e di violenze, mentre, d'altro canto, la mancanza di un ordinamento giuridico organico e unitario, sostenuto da un forte e stabile potere politico, rende difficile l'affermazione della giustizia per la mancanza di certezza e di effettività delle regole del diritto, da un lato, e, dall'altro, per la carenza o embrionalità degli organi giudiziari, composti da rappresentanti regi non sempre preparati, con funzionamento salutare e irregolare. In un simile contesto di precarietà delle strutture giurisdizionali, una valutazione realistica delle possibilità concrete di tutela può indurre a ritenere preferibile trattare con l'altra parte un accomodamento bonario e in via equitativa, avvalendosi anche della mediazione di persone di fiducia e rinunciando magari a parte delle rispettive pretese, pur di conseguire una qualche soddisfazione dei propri interessi<sup>74</sup>. Il ricorso ai tribunali viene invece lasciato come *extrema ratio*, quando non risulti possibile gestire in altro modo la controversia, ma anche dopo che sia stata introdotta una causa in giudizio le parti possono comunque continuare a ricercare un com-

---

<sup>73</sup> Si veda quanto detto *supra*, cap. II, § 1. L'uso diffuso delle pratiche di conciliazione nell'alto medioevo viene sottolineato da G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., pp. 41-53; P.J. GEARY, *Extra-judicial means*, cit., pp. 569-601; A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti nei territori italiani nell'età medievale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 29-30, 35-40; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 214-217, 313-315, 347-349; C. STORTI, *Judging and settling disputes in the Middle Ages*, in *Vergentis*, 6, 2018, pp. 19-44.

<sup>74</sup> Emblematica di un simile orientamento appare la frase che il vescovo Abbo di Metz rivolge nei primi anni del VII secolo a Desiderio di Cahors per cercare di convincerlo a usare la propria influenza su di una tale Bobila per indurla a stipulare un accordo di compromesso: «*Quia melius est aliquid cum alio compartire quam solus nihil habere*» (in *Epistulae S. Desiderii Cadurcensis*, a cura di D. NORBERG, Almqvist & Wiksell, Stoccolma, 1961, p. 63). La vicenda è citata e commentata da P.J. GEARY, *Extra-judicial means*, cit., pp. 589-591.

promesso con un atto di concordia che viene di conseguenza a porre termine alla lite<sup>75</sup>.

È opportuno peraltro rilevare come questi rimedi negoziali o fiduciari, invalsi e diffusi nella pratica, non si pongono in contrasto o in antagonismo con le misure giudiziali, ma vengono a integrare un sistema complesso di tutela dei diritti, nel quale interagiscono diverse vie di risoluzione delle controversie tra loro alternative o complementari, al fine di raggiungere lo scopo ultimo condiviso che non è l'affermazione di una regola di giustizia astratta, ma più pragmaticamente la sanazione del conflitto e la pacificazione dei contendenti<sup>76</sup>. In quest'epoca di frequenti scontri, per un verso, e di inadeguatezza delle strutture politico-giuridiche, per l'altro, il fine della pace costituisce l'ideale sociale più alto da perseguire per il bene comune<sup>77</sup>.

Al consolidamento di un siffatto sistema di compresenza di strumenti molteplici di gestione dei conflitti hanno contribuito le condizioni particolari dell'amministrazione della giustizia nell'alto medioevo che vedono, da un lato, la sovrapposizione delle giurisdizioni tra una pluralità di tribunali, con la conseguente attribuzione alle parti della possibilità di valutare quale sia la strada più conveniente da seguire per la tutela dei propri interessi, e, dall'altro, la tradizione dei popoli germanici che concepisce il processo giudiziario alla stre-

---

<sup>75</sup> La frequenza di tale pratica viene attestata anche dagli interventi legislativi che cercano di proibirla: si veda in proposito la *Lex Romana Visigothorum*, II, 2, 10, *De his, qui negotia sua iure principali iudicialiter incipiunt et postea inter se citra iudicium pacificare praesumunt et ad convenientiam redire*: «Solent enim plerique, postquam suarum intentionum iurgia principali adpetunt examine finienda, quandoque resoluti licentia legalem fugiendo iacturam ad convenientie finem deducere, quam regis auditibus protulerant causam» (MGH, *Leges nationum Germanicarum*, I, *Leges Visigothorum*, Impensis bibliopolii Hahniani, Hannover-Lipsia, 1902, p. 87). Come ricorda P.J. GEARY (*Extra-judicial means*, cit., pp. 582-583), disposizioni simili sono adottate anche dai Franchi e dai Bavari.

<sup>76</sup> P.J. GEARY, *Extra-judicial means*, cit., p. 572. Sulle diverse modalità di questi accordi di pace si vedano le riflessioni svolte successivamente a riguardo delle concordie in giudizio (cap. II, §§ 5-6), delle composizioni consensuali nella forma della transazione o della *compositio amicabile* (cap. III, §§ 2-3), ovvero del *pactum de crimine* (cap. III, § 5), o ancora dell'arbitrato (cap. IV).

<sup>77</sup> Nell'ideale della pace si riscontra una convergenza tra l'aspirazione sociale alla sicurezza e il precetto evangelico sulla concordia.

gua di un procedimento di pacificazione e che riconosce ai contendenti un ruolo attivo nella definizione del giudizio, a partire dalla scelta di sottomettersi o meno alla decisione del tribunale<sup>78</sup>.

Nell'ambito di un tale uso diffuso dei mezzi di composizione pacifica delle controversie, un ruolo di peculiare rilevanza viene a rivestire la funzione conciliatrice dei vescovi, in virtù sia del ministero pastorale che li impegna a prodigarsi per mantenere la concordia, sia della globale posizione di autorevolezza che i presuli hanno raggiunto nelle monarchie germaniche anche nell'amministrazione della giustizia<sup>79</sup>. L'intervento dei vescovi come mediatori o come arbitri, per risolvere le liti in via amichevole e in forma equitativa, risulta pertanto sollecitato con frequenza, preferito rispetto ad altre figure e apprezzato per la correttezza dell'operato<sup>80</sup>.

Il prestigio e la rilevanza dell'interposizione del vescovo per promuovere la pace sono affermate anche formalmente dalle legislazioni civili, le quali, se pure non riconoscano ancora in pienezza o comunque non in modo univoco e certo la competenza del foro ecclesiastico, nondimeno prevedono con modalità diverse la partecipazione dei vescovi nei giudizi che interessano la Chiesa, nel quadro di una cooperazione integrata tra tribunali secolari e tribunali ec-

---

<sup>78</sup> A. CAMPITELLI, voce *Processo civile (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 36, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 90-91; G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., pp. 42-46; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 214-216. Sul ruolo delle parti e la funzione del giudizio in epoca medioevale, si vedano le precisazioni svolte *infra*, in questo capitolo, § 5.

<sup>79</sup> Quanto seriamente i vescovi abbiano svolto il loro ruolo di promozione della pace nell'alto medioevo viene testimoniato, come rileva P.J. GEARY (*Extra-judicial means*, cit., pp. 596-598), dai testi agiografici e in particolare dalla documentazione dell'opera di Gregorio vescovo di Tours.

<sup>80</sup> Il favore accordato all'opera conciliativa del vescovo è sostenuto sia dalla costante sollecitudine per la promozione di soluzioni pacifiche attuata sin dalle origini dall'autorità ecclesiastica, sia dalla semplicità e accessibilità del rito, privo di rigide formalità, proprio per incentivare il raggiungimento della concordia. Si vedano in merito le precisazioni di A. CAMPITELLI (*Accertamento e tutela dei diritti*, cit., pp. 30-35) anche in riferimento all'evoluzione dell'*episcopalis audientia* all'epoca di Giustiniano.

clesiastici<sup>81</sup>. In particolare, nel regno dei Franchi si giunge a stabilire la competenza del foro ecclesiastico per le cause che coinvolgono le persone dei chierici e dei religiosi<sup>82</sup>, mentre per le altre cause che pur riguardano beni o soggetti ecclesiali ma sono giudicate dal tribunale secolare si prevede l'esperimento di una fase preliminare di conciliazione avanti al vescovo e solo se questa non riesce ad avere successo si può procedere a introdurre la lite in giudizio<sup>83</sup>. Qualora la controversia contrapponga un laico a un chierico, poi, si dispone che il vescovo e il *comes* compongano insieme il collegio giudicante e decidano in accordo la causa<sup>84</sup>.

Il ruolo di pacificatore del vescovo mantiene la sua importanza e continua ad essere sollecitato anche in epoca successiva, come emer-

---

<sup>81</sup> Così, in Italia, nel regno degli Ostrogoti, ancora prima dell'editto di Atalarico che riconosce la competenza del tribunale del vescovo per i giudizi sui chierici, nelle cause dei laici contro i chierici è d'uso, per deferenza verso l'autorità ecclesiastica, informare il vescovo perché possa cercare di comporre la lite, come testimonia una lettera scritta da Cassiodoro per conto del re Teodorico al vescovo Pietro (F.M.A. CASSIODORO, *Variarum libri duodecim*, III, 37, in [www.documenta-catholicaomnia.eu/04z/z\\_0484-0585\\_\\_Cassiodorus\\_\\_Variarum\\_Libri\\_Duodecim\\_\\_LT.doc.html](http://www.documenta-catholicaomnia.eu/04z/z_0484-0585__Cassiodorus__Variarum_Libri_Duodecim__LT.doc.html)). E ancora, nel regno dei Longobardi, sebbene non sia riconosciuto il foro ecclesiastico, i vescovi ricoprono ruoli di prestigio e siedono nei tribunali civili o esercitano poteri giudiziari per mandato regio e secondo i riti procedurali longobardi, quando la causa interessa la Chiesa per le persone o i beni coinvolti (G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 105 e 111-112).

<sup>82</sup> Nel ricordare il capitolare promulgato da Carlomagno a Mantova nel 787 e le altre disposizioni successive che proibiscono ai chierici e ai monaci di rivolgersi ai tribunali secolari nelle cause *de personis suis*, G. SALVIOLI (*Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 113-116; 122-124) annota come le prescrizioni non vengano sempre rispettate, anche per l'incertezza del dettato normativo, per cui le cause sono portate indifferentemente avanti ai tribunali secolari. Solo in epoca successiva risultano definite con certezza le materie di competenza esclusiva del tribunale ecclesiastico (G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., p. 125 e 2, pp. 75-85).

<sup>83</sup> In merito si può vedere il capitolare di Mantova del 787: «*Si vero talis aliqua inter eos contentio orta fuerit qua per se pacificare aut non velint aut non possint*» (II, c. 1, in MGH, *Capitularia Regum Francorum*, tomus I, Impensis bibliopolii Hahniani, Hannover, 1883, p. 196). Per ulteriori fonti, si rinvia a G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 113-115.

<sup>84</sup> Capitolare di Francoforte del 794, c. 30: «*episcopus et comes simul conveniant et unanimiter inter eos causam diffiniant secundum rectitudinem*» (in MGH, *Capitularia Regum Francorum*, I, cit., p. 77).

ge da una decretale del pontefice Innocenzo II che richiama i presuli alla loro grave responsabilità di prodigarsi assiduamente «*ad pacem firmiter tenendam*», prestandosi anche un vicendevole aiuto e consiglio<sup>85</sup>. Nei commenti dottrinali alle fonti elaborate in precedenza e riportate nel *Decretum* di Graziano si persevera a sottolineare il compito basilare e insostituibile dei vescovi di promuovere la pace nella comunità, cercando in tutti i modi possibili di sanare le contese e di evitare l'inasprimento dei conflitti con l'avvio di un processo contenzioso<sup>86</sup>. L'attenzione prevalente, pertanto, è diretta a favorire la composizione della lite prima e al di fuori del giudizio, riconoscendo un ruolo attivo di mediatori e di facilitatori ai pastori della Chiesa, mentre l'introduzione della causa in giudizio resta l'*extrema ratio*, quando non risulti possibile giungere in qualsiasi altro modo a una concordia<sup>87</sup>.

5. «Iudex ad concordiam laborare debet»<sup>88</sup>: *il ruolo di interposizione del giudice*

Se le parti litiganti non riescono a pervenire ad un accordo, o spontaneamente o con la mediazione del vescovo, ma presentano

---

<sup>85</sup> «*Praecipimus, ut episcopi, ad solum Deum et salutem populi habentes respectum, omni tepiditate seposita, ad pacem firmiter tenendam mutuuum sibi consilium et auxilium prebeant, neque hoc alicuius amore vel odio praetermittant. Quod si quis in hoc Dei opere tepidus fuerit inventus, damnum propriae dignitatis incurrat*» (D. XC, c. 11, *Episcopi ad pacem firmiter tenendam vicissim sibi consilium et auxilium prestant*). La glossa v. *Praecipimus. Casus*, precisa la sanzione per coloro che non adempiano a questo impegno: «*et qui hoc non fecerit, deponatur*».

<sup>86</sup> Si vedano i commenti raccolti nella *Glossa ordinaria*: «*Dicitur hic episcopus discordantes clericos vel laicos debet ad concordiam revocare, potius quam ad iudicium vocare*» (ad D. XC, c. 7, v. *Studendum. Casus*); «*si quis habet discordiam cum aliquo, debet moneri, ut ad pacem redeat; et si contempserit, debet excommunicari*» (ad D. XC, c. 9, v. *Placuit etiam*); «*ad pacem firmiter tenendam et observandam debent episcopi sibi mutuuum auxilium exhibere: et qui hoc non fecerit, deponatur*» (ad D. XC, c. 11, v. *Praecipimus. Casus*).

<sup>87</sup> Sulle modalità possibili della composizione *extra iudicialis* si veda *infra* in merito alla *transactio* e alla *compositio amicabile* (cap. III) e all'arbitrato (cap. IV).

<sup>88</sup> *Glossa ad D. XC, c. 1, v. Discordantes*.

la causa in giudizio, il compito irrinunciabile di cercare un pacifico accomodamento ricade sulle autorità investite della funzione giudicante<sup>89</sup>. Nella progressiva regolamentazione del processo nella Chiesa, come si è visto<sup>90</sup>, fin dalle origini la struttura del giudizio è stata ordinata in modo da prevedere l'esperienza da parte del vescovo di un tentativo preliminare di conciliazione tra le parti e la possibilità di giungere anche nelle fasi ulteriori ad un accordo che ponga fine pacificamente alla lite. Nell'evoluzione successiva ai secoli VII-VIII l'impianto fondamentale del processo avanti ai tribunali ecclesiastici resta il rito accusatorio della tradizione romanistica, ma viene adattato alle usanze locali e integrato con elementi tratti dal diritto delle popolazioni germaniche<sup>91</sup>. Il *favor conciliationis* continua comunque a caratterizzare l'amministrazione della giustizia nella Chiesa, dal momento che viene sempre esperita in via preliminare un'attività tendente a riappacificare le parti e l'intero giudizio mantiene uno stile informale e paterno, diretto più a trovare una soluzione accomodante al conflitto piuttosto che ad accertare rigorosamente la fondatezza delle rivendicazioni reciproche<sup>92</sup>.

Del resto, l'ordinazione del processo alla ricerca di un compromesso idoneo a riappacificare le parti del conflitto corrisponde pure alla peculiare concezione del ricorso al tribunale che si afferma nell'alto medioevo sulla scorta della tradizione dei popoli germanici, anche sulla base delle condizioni delle strutture giudiziarie dell'epoca, che non assicurano una sicura ed efficace tutela dei diritti<sup>93</sup>. Secondo tale visione, la lite costituisce un affare privato tra le parti, tanto che i contendenti possono scegliere se ricorrere a forme di au-

---

<sup>89</sup> L'organizzazione più complessa dei tribunali ecclesiastici conduce ad affiancare al vescovo, giudice ordinario, altre figure di collaboratori che coadiuvano nell'esercizio della potestà giudiziale: dal IX secolo l'arcidiacono e successivamente, dal XII-XIII secolo il vicario giudiziale o ufficiale (J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico*, cit., pp. 223, 587-589).

<sup>90</sup> Si veda l'analisi svolta *supra*, cap. II, § 1.

<sup>91</sup> CH. LEFEBVRE, voce *Procédure*, cit., coll. 283-285; Id., *De iudicio reddendo in Ecclesia*, cit., pp. 225-228.

<sup>92</sup> CH. LEFEBVRE, *De iudicio reddendo in Ecclesia*, cit., p. 226.

<sup>93</sup> Si vedano le osservazioni svolte *supra*, cap. II, § 3.

totutela<sup>94</sup>, oppure sottomettersi volontariamente alla decisione del giudice per cercare una soluzione pacifica alla controversia<sup>95</sup>. Il presupposto della libera adesione degli interessati all'intervento del tribunale si ripercuote sulla struttura del giudizio<sup>96</sup>, in quanto l'accusatore e il convenuto conservano una posizione attiva nel proporre le istanze dirette a far valere i propri diritti, mentre il giudice mantiene un ruolo più recettivo<sup>97</sup>, essendo preposto a dirigere il regolare svolgimento della procedura e a formalizzare con il *placitum* finale l'esito del contraddittorio tra le parti<sup>98</sup> e le relative conseguenze.

<sup>94</sup> Sul passaggio dalla vendetta alla *compositio* nelle cause criminali si rinvia agli approfondimenti esposti *infra* nel cap. III, § 5.

<sup>95</sup> A. CAMPITELLI, voce *Processo civile (diritto intermedio)*, cit., pp. 90-91; EAD., *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., pp. 35-60; G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., pp. 42-46. L'accettazione volontaria del processo si evince dalle *cautiones* scambiate tra le parti, con le quali si vincolano a rispettare l'esito del giudizio e ad adempiere le obbligazioni conseguenti. Come rileva la dottrina (A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., p. 36; G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., p. 42), in questa rinnovata concezione del processo, le *cautiones* non hanno più una funzione solo accessoria e sussidiaria, ma assumono un ruolo centrale di fondamento del rapporto processuale.

<sup>96</sup> Si osserva, peraltro, come le forme processuali possano variare non solo per le differenti consuetudini e prassi locali (A. CAMPITELLI, voce *Processo civile (diritto intermedio)*, cit., p. 89), ma anche per la situazione di incertezza del diritto: «non è facile rintracciare regole costanti e di rigida osservanza» (G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., p. 46). Si tratta, come si è annotato per il processo canonico, di un'epoca di transizione o trasformazione, nella quale la tradizione romanistica viene volgarizzata e integrata con gli usi delle popolazioni germaniche.

<sup>97</sup> Non si può ritenere che il ruolo del giudice sia interamente passivo, dal momento che possiede una certa discrezionalità nel decidere a quale parte addossare l'onere della prova, da cui far dipendere la soluzione della controversia (A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., p. 37; G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., p. 45).

<sup>98</sup> Il *placitum* può limitarsi a stabilire i termini dell'esperimento probatorio, ossia il tipo di prova da esibire e la parte tenuta a fornirla, oltre alle conseguenze da trarsi a seguito della sua effettiva realizzazione, assumendo pertanto la natura di una 'sentenza di prova' (G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., p. 43). In alcuni casi, invece, l'assunzione della prova non è rinviata a una fase successiva a cura delle sole parti, ma viene eseguita davanti al giudice e la decisione finale proclama le risultanze dell'esperimento probatorio. Sulle diverse forme che può assumere la sentenza, anche per le varie tradizioni locali, si veda pure A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., p. 59.

ze che i contendenti si obbligano a rispettare con la stipulazione di una *cartula securitatis*<sup>99</sup>.

Peraltro, in questo periodo di insicurezza giuridica il ricorso al tribunale viene richiesto per esercitare funzioni più estese delle sole definizioni delle controversie, per sollecitare anche forme di verifica e di conferma che conferiscano certezza ai rapporti giuridici, potendo così essere interpellato per validare documenti o titoli di proprietà, ovvero accertare situazioni di fatto giuridicamente rilevanti, pure quando non vi sia alcuna contestazione<sup>100</sup>. Si tratta dunque di procedure a carattere volontario, che si basano su di un precedente accordo tra le parti e che generalmente si concludono in forma del tutto pacifica.

Nelle cause in cui sussiste un reale contrasto tra le parti, poi, il processo riveste in pieno la sua funzione di strumento di pacificazione sociale e il giudice assume il ruolo di compositore, chiamato più a ristabilire la concordia che a decidere la controversia secondo un diritto spesso incerto<sup>101</sup>. Se una parte si arrende alle ragioni dell'altra o si raggiunge un compromesso tra le rispettive pretese, la *lis* si considera *pacificata* e si redige una *securitas* o *carta compositio-nis* che sancisce la sanazione del conflitto e regola i rapporti di reciproco debito e credito tra i contendenti<sup>102</sup>. Per rafforzare e nel contempo assicurare l'esatto compimento di quanto è stato promesso, data l'assenza di effettivi poteri di esecuzione da parte degli orga-

---

<sup>99</sup> La *securitas*, che secondo G. CASSANDRO (*La tutela dei diritti nell'alto medio-evo*, cit., p. 44) costituisce la vera conclusione della controversia, viene redatta generalmente nella forma di una dichiarazione del soccombente verso il vincitore e giunge a regolare i rapporti tra le parti in base agli esiti del processo.

<sup>100</sup> A. CAMPITELLI, voce *Processo civile (diritto intermedio)*, cit., p. 90; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 313-315. Nelle carte processuali tra l'VIII e il IX secolo si trova la documentazione di quelli che la storiografia chiama 'processi apparenti', in quanto privi di effettivo contraddittorio, che riguardano generalmente la tutela dei diritti di proprietà e di possesso (A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., pp. 43-51).

<sup>101</sup> Proprio per poter assolvere alla funzione di pacificazione, per instaurare il processo si ritiene necessaria la presenza di entrambe le parti (A. CAMPITELLI, voce *Processo civile [diritto intermedio]*, cit., p. 91).

<sup>102</sup> G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., p. 315.

ni giudiziari, si impone al debitore di designare nel ruolo di garante, ossia di fideiussore che assume in solido l'obbligo di adempiere, una persona stimata che goda della fiducia di entrambe le parti, tanto che spesso viene nominato lo stesso mediatore che ha favorito la composizione dell'accordo<sup>103</sup>.

Quantunque la materia litigiosa e la scelta del rito processuale sia generalmente nella disponibilità delle parti, nondimeno in un'epoca travagliata da continue lotte e violenze l'interesse superiore alla pace sociale può richiedere anche di imporre autoritativamente una composizione che ponga fine alle ostilità. In tal senso, alcuni capitolari franchi dispongono che per impedire il ricorso alla vendetta privata si possa costringere alla conciliazione la parte renitente all'accordo spontaneo, prevedendo la comminazione di gravi sanzioni nei casi di disobbedienza<sup>104</sup>. Si viene così a confermare la concezione funzionale sull'uso del processo, quale strumento diretto principalmente a sedare i conflitti, tanto da prevedere il potere dei magistrati di ricorrere alla *compositio* forzata come mezzo necessario per

---

<sup>103</sup> A questa figura di *fideiussor-mediator*, che costituisce una rielaborazione dell'istituto romanistico della *fideiussio*, viene affidata di fatto l'esecuzione della soluzione della controversia (A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., pp. 40-41). Una forma specifica di questo ruolo di garante-esecutore si consolida nei territori longobardi con l'istituto della *wadiatio*, analizzato diffusamente da G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, cit., pp. 59-192.

<sup>104</sup> Un capitolare di Carlo Magno prevede che: «*faidosus distringatur ad pacem etiamsi noluerint*» (Kar. 20 = Lomb. I, 40, 2). Successivamente Ludovico il Pio (Lud. 18 = Lomb. I, 9, 32) riprende nella sostanza la disposizione e la integra con la previsione della sanzione dell'esilio per coloro che persistono nel rifiuto di pacificarsi. Si vedano le citazioni in D. BUCCOMINO, *Studi sulla transazione penale nell'opera di Alberto da Gandino e Angelo Gambigioni. Prime indagini sulla composizione amichevole delle liti nell'età del diritto comune*, Aracne Editrice, Canterano (RM), 2020, p. 90; G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 88-89; F. TREGIARI, voce *Transazione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 44, Giuffrè, Milano, 1992, p. 792. La previsione di un simile potere impositivo del giudice, presente anche in alcuni passi della compilazione giustiniana, ha suscitato nei secoli successivi un animato dibattito dottrinale circa la cosiddetta transazione imperata, al quale hanno partecipato anche i canonisti, dando un contributo peculiare e significativo. Per gli approfondimenti in merito all'applicazione di questo potere nell'ordinamento della Chiesa, si rinvia *infra* al cap. II, § 6 e al cap. III, § 4.2.

mantenere la pace, secondo un atteggiamento pragmatico che mira a trovare la soluzione più conveniente, anche al di là di una stretta applicazione del diritto<sup>105</sup>.

In questo contesto di incertezza giuridica e di multipolare organizzazione dei tribunali, che lascia alle parti il compito di scegliere la sede processuale più idonea e di attuare il comportamento processuale in grado di produrre gli effetti voluti, si può comprendere che la scelta della giurisdizione del vescovo sia apprezzata e favorita come la più affidabile, dal momento che i tribunali ecclesiastici possiedono una competenza riconosciuta sul territorio e seguono una procedura chiara e sicura, agevole e facilmente accessibile<sup>106</sup>. Il foro canonico offre pertanto maggiori garanzie di efficienza, tanto sotto il profilo della perizia nel funzionamento, in sintonia con gli usi e le consuetudini locali, quanto e soprattutto per la capacità di promuovere il raggiungimento di una composizione conciliativa che supera il conflitto con un accomodamento equitativo e ridona certezza ai rapporti tra le parti contendenti.

La struttura del giudizio canonico ordinata alla conciliazione rimane come carattere tipico della giustizia ecclesiale anche nel progressivo perfezionamento della disciplina del processo avvenuta in epoca classica, in virtù sia dell'opera di razionalizzazione e sistematizzazione delle regole procedurali promossa dagli *ordines iudicarii* della rinata *scientia iuris*<sup>107</sup>, sia delle innovazioni disposte dalle decretali pontificie per rendere più funzionale il processo *iuris ordi-*

---

<sup>105</sup> Il potere dei giudici di imporre in modo coercitivo «an adjudicated compromise» viene ricordato anche da P.J. GEARY, *Extra-judicial means*, cit., p. 571.

<sup>106</sup> A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti*, cit., pp. 41-42.

<sup>107</sup> La riflessione dottrinale conduce a impostare in modo nuovo l'ordo processuale, dal momento che non si limita a descrivere con precisione i diversi momenti e le varie fasi del processo, ma li compone all'interno di un sistema dal profilo logico unitario, quale successione ordinata di atti verso un fine prefissato. Pur avendo una impostazione teorica, queste trattazioni hanno esercitato una incidenza rilevante tanto sull'applicazione pratica quanto sull'attività normativa. La condivisione, poi, di principi e di regole tra canonisti e civilisti ha promosso l'impiego delle medesime opere nell'uno e nell'altro foro. Per approfondimenti si rinvia a A. STICKLER, voce *Ordines iudicarii*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, VII, cit., coll. 1132-1143. Sul tema si vedano anche: A. CAMPITELLI, *Accertamento e tute-*

*ne servato* o per introdurre nuove forme procedurali<sup>108</sup>. Anche nella rinnovata composizione unitaria del processo di diritto comune, denominato romano-canonico, resta rilevante, come elemento specifico derivato dalla tradizione canonistica, il compito del giudice di promuovere la conciliazione delle parti fin dai momenti iniziali del giudizio<sup>109</sup>. In effetti, nel commentare le disposizioni delle fonti precedenti che prescrivono l'impegno del vescovo di prodigarsi per riappacificare i contendenti, la dottrina considera l'incombenza di ricercare la concordia come propria della funzione di chi sia investito del potere di decidere una causa, anche quando non sia titolare dell'ufficio di vescovo a capo di una chiesa particolare<sup>110</sup>.

Questa responsabilità del giudice non risulta in realtà trattata espressamente, ma viene richiamata e presupposta come un aspetto essenziale della procedura giudiziale nelle disposizioni contenute nel *Liber Extra*. La fonte cui si fa principalmente riferimento è la decretale *Ex parte* di Onorio III, nella quale si delinea il potere del vescovo di interpersi tra le parti «*ad componendum*» e nella rubrica apposta in premessa si estende la competenza a qualsiasi giudice, precisando come non solo «*Iudex potest*» ma persino «*debet se inter-*

---

*la dei diritti*, cit., pp. 67-76; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 2, cit., pp. 157-160.

<sup>108</sup> Com'è noto, oltre al processo *iuris ordine servato*, denominato processo romano-canonico, si sviluppano altre forme procedurali *iuris ordine non servato* tra la fine del XII e la metà del XIII secolo (*denunciatio* e *inquisitio*) e l'inizio del XIV secolo (*processus summarius*). Per l'analisi si rinvia a CH. LEFEBVRE, voce *Procédure*, cit., coll. 286-296; ID., *De iudicio reddendo in Ecclesia*, cit., pp. 228-233.

<sup>109</sup> Nell'esaminare distintamente i diversi elementi che confluiscono nell'elaborazione della procedura canonica *iuris ordine servato*, desunti sia dal diritto romano, sia da quello germanico, sia dalla tradizione risalente della Chiesa, CH. LEFEBVRE (voce *Procédure*, cit., col. 293) annovera nell'apporto propriamente canonistico il *favor conciliationis*. Pure G. SALVIOLI (*Storia della procedura civile e criminale*, 2, cit., p. 155) rileva come il favore accordato alla conciliazione sia una caratteristica specifica che il diritto canonico ha impresso al rito del giudizio, superando in tal modo il diritto romano, e contribuendo così a diffondere questo approccio anche nelle giurisdizioni secolari che hanno utilizzato il processo canonico come modello comune.

<sup>110</sup> In questo senso si veda la *glossa ad D. XC, c. 1, v. Discordantes*: «*Nam iudex ad concordiam laborare debet ... et litigantes reconciliare*».

*ponere pro transactione inter partes facienda*»<sup>111</sup>. Il profilo di doverosità della funzione e la collocazione nella fase preliminare del giudizio vengono evidenziati e sottolineati nella *glossa*: «*Nota quod iudex primo ad componendum debet laborare*»<sup>112</sup>.

Eguali notazioni si ritrovano anche nel commento a una decretale di Alessandro III che prescrive di esaminare insieme tutte le domande presentate sia dall'attore che dal convenuto: «*concordia vel iudicio utriusque negotium terminetis*»<sup>113</sup>. L'uso della locuzione «*concordia vel iudicio terminare*» o «*finire*» per indicare la conclusione della procedura ricorre in realtà anche in altre decretali, quasi alla stregua di una formula di rito<sup>114</sup>, così da far ritenere che la composizione pacifica della causa per opera del giudice non solo sia considerata un metodo ordinario, e non straordinario, per porre fine alla lite, ma che sia anche alquanto diffusa nella prassi<sup>115</sup>.

Il compito del giudice di interporsi «*ad componendum*» è considerato doveroso sempre, in tutte le tipologie di cause, tanto «*si agatur civiliter*» quanto «*etiam si criminaliter agatur*»<sup>116</sup>, e persino «*etiam invitis partibus*»<sup>117</sup>. Nell'ambito della procedura del processo romano-canonico il momento in cui si può raggiungere più facilmente la *concordia* è quello della *litis contestatio*, nel quale le parti definiscono le rispettive *petitiones*, ma resta sempre aperta la possi-

---

<sup>111</sup> X, I, 36, c. 11. La decretale *Ex parte* tratta, come si vede *infra* (cap. III, § 3), delle materie che possono essere oggetto di composizione consensuale.

<sup>112</sup> Di seguito, si ribadisce: «*Sic enim iudex prius debet concordare partes quae ad iudicium venire*» (*ad X*, I, 36, c. 11, v. *Ad componendum*).

<sup>113</sup> X, II, 4, *De mutuis petitionibus*, c. 1. Alla voce *concordia* si afferma: «*Est hic arg. Quod iudex primo si potest debet partes reducere ad concordiam*».

<sup>114</sup> X, I, 43, c. 6; X, II, 28, c. 20; X, III, 21, c. 5; X, V, 3, c. 15.

<sup>115</sup> L'origine canonistica della formula che pone l'alternativa tra «*concordia vel iudicio*» per porre termine alla lite viene sottolineata anche da G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 79.

<sup>116</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, liber II, particula I, *De praeparatoriis iudiciorum*, n. 7. Sulla possibilità della composizione in ambito penale, si veda *infra* (cap. III, § 4).

<sup>117</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, liber I, particula I, *De officio omnium iudicum*, n. 16. Sul potere coattivo del giudice nell'imporsi alla volontà delle parti, si veda l'approfondimento nel prossimo § 6.

bilità di pervenire ad una composizione anche nelle fasi successive, fino a quando la lite resta pendente<sup>118</sup>. Presupposto essenziale per aversi la *litis contestatio* sono le dichiarazioni delle parti che manifestano un *animus litigandi* (*vel procedendi in iudicium*), ossia la volontà di contrapporsi l'una all'altra, con la *narratio* dell'attore e la *responsio* del convenuto<sup>119</sup>. Pertanto, se il convenuto non contesta le affermazioni dell'attore, oppure se entrambe le parti, pur esprimendo le proprie ragioni, si dimostrano disponibili a trovare un compromesso, il giudice cerca di accordarle con una composizione amichevole, oppure detta direttamente il testo della *concordia* che pone fine alla lite.

Dalla pratica giudiziaria i commentatori traggono riflessioni utili per delineare le condizioni per il corretto esercizio del dovere del giudice di interporre per *suadere partibus e inducere ad componendum*. In particolare lo *Speculator* ritiene che nelle cause in cui «*ab initio ... ignota sunt iura partium*» il giudice «*laborare debet pro compositione*»<sup>120</sup>. Invece, solleva un interrogativo circa la situazione

<sup>118</sup> La lite viene considerata finita quando la sentenza non può più essere appellata: «*lite finita: quod esse potest per sententiam, a qua non est appellatum*» (*glossa ad Clem. II, 5, c. 2, v. Postquam*). La dottrina comune viene compendiata da F.X. SCHMALZGRUEBER: «*vel ante contestationem vel post contestationem litis, in quacumque litis parte, donec sententia transierit in rem iudicatam; nam eo usque adhuc dubius et incertus est eventus litis*» (*Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium, tomus primus, pars altera, tit. XXXVI, § II, n. 13*).

<sup>119</sup> «*... in litis contestatione requiruntur animus et verba. Animus, scilicet ut intendat quis litem contestari ... Verba, scilicet quod dicat verba apta ad hoc*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, liber II, particula II, n. 16).

<sup>120</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, liber II, particula I, n. 7. Nella *Additio* aggiunge alcune considerazioni sulle condizioni che rendono più conveniente il ricorso alla composizione: «*Est etiam advertendum, quod caeteris paribus magis procedit compositio actore vincente, quam reo. Prima enim sententia requirit executionem, secunda non, nisi forsitan in expensis, et quandoque nec in illis propter iustam causam litigandi. Quia ergo executio posset impediri de facto, vel multum tardari per binas appellationes, posset vincenti expedire compositio. Caeteris paribus dicitur quia si actor succumbens, litigiosus et pecuniosus est, et per appellationes fatigaturus est reum absolutum, et maxime cum pro ipso facit aliqua aequitas: puta fama, vel semiplena probatio, vel plena, in qua succumbit ex defectu solemnitatis*».

opposta, nella quale «*iam est in causa conclusum et iudex videt esse ius clarum*», ma lascia la risposta aperta all'ulteriore discussione<sup>121</sup>.

La questione viene ripresa e approfondita dalla dottrina successiva e trasportata dal piano della convenienza processuale a quello della liceità morale e della deontologia giuridica. L'evoluzione della riflessione viene probabilmente influenzata dal contemporaneo dibattito che è insorto tra i civilisti circa i poteri del giudice di incidere sulla composizione della lite e che conduce gradualmente a teorizzare delle limitazioni alle sue facoltà di interposizione, per la progressiva attrazione della possibilità di accomodare le rispettive pretese al potere di disposizione delle parti sull'oggetto della controversia<sup>122</sup>. L'influsso di questa diversa impostazione emerge dalla risposta data da Giovanni d'Andrea al dubbio di Guglielmo Durante, nella quale si restringe l'ambito di intervento del giudice per rispettare i diritti delle parti<sup>123</sup>. Ma risulta ancora più evidente nei commenti che distinguono tra le cause che possono essere o non essere transigibili, ossia disponibili dalle parti, per riconoscere o meno i poteri di composizione del giudice.

Già Guido da Baysio, nel commentare il canone del *Decretum* che impone il dovere di promuovere la concordia, aveva precisato: «*in his autem sive civilibus sive criminalibus in quibus compositio sive dispensatio locum non habet, iudex partem suam ad componendum interponere non debet*»<sup>124</sup>. Richiamando il parere dell'*Archidiaconus*, anche Antonio de Butrio ritiene che nelle cause «*in quibus non po-*

---

<sup>121</sup> «... *numquid illum inducet ad componendum? Hoc curiosis relinquimus disputandum*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, liber II, particula I, n. 8).

<sup>122</sup> La discussione, sviluppata a seguito della sottolineatura del fondamento consensuale della *transactio*, condiziona anche la questione della *concordia imperata*, come si esamina *infra*, cap. II, § 6.

<sup>123</sup> GIOVANNI D'ANDREA, nel caso prospettato dallo *Speculator*, precisa: «*nisi aliquae circumstantiae suadeant abstinere debet a tali compositione, quasi ex quo sibi liquet de causa, non debet reducere ad compositionem, ne videat de iure unius dare alteri sine causa, quod non licet, cum iudex debeat reddere unicuique quod suum est*» (passo citato da NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. XI, *Ex parte*, n. 7).

<sup>124</sup> GUIDO DA BAYSIO, *Rosarium decretorum*, D. XC, c. *Studendum* (citato da G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 107).

*test transigi, iudex non debet laborare ad concordiam*<sup>125</sup>, mentre in quelle ritenute disponibili («*In privatis iuribus aliorum*») il giudice può intercedere *cum bona conscientia* se ricorre una buona causa per promuovere una migliore giustizia<sup>126</sup>. Anzi, laddove vi siano ragioni per considerare lecita l'interposizione del giudice, questi «*peccat mortaliter discordantes non revocando ad concordiam*»<sup>127</sup>.

L'accento sulla necessità che ricorrano determinate circostanze di fatto per ritenere possibile, se non doverosa, l'azione del giudice volta a «*reducere partes ad componendum*» viene sottolineato dall'opera di Niccolò dei Tedeschi, il quale, dopo essersi posto la domanda: «*numquid indistincte possit iudex cum bona conscientia partes reducere ad compositionem?*»<sup>128</sup> richiama nella risposta le situazioni già prospettate da Guglielmo Durante e da Giovanni D'Andrea, concludendo con una sintesi che assume il tono di una regola generale, per cui «*ex circumstantiis posset hoc facere*»<sup>129</sup>. La subordinazione alla sussistenza di peculiari circostanze attenua e rende meno assolu-

<sup>125</sup> ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 24: «*Dic in criminibus, et causis in quibus non potest transigi*»: nelle stesse cause, di conseguenza, per Antonio da Butrio il giudice non può neppure *compellere ad concordiam*. I due aspetti devono essere tenuti distinti, anche se spesso le trattazioni sono confuse. Sulla questione specifica del potere del giudice non solo di *se interponere* ma anche di *compellere* si veda *infra*, cap. II, § 6.

<sup>126</sup> ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 25. La riflessione di Antonio de Butrio, centrata sulla liceità morale dell'interposizione del giudice, riconduce a una questione di giustizia le indicazioni date da Giovanni d'Andrea che, sulla scorta del dubbio dello *Speculator*, richiede la sussistenza di «*aliae circumstantiae*» per giustificare l'intervento del giudice.

<sup>127</sup> ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 25.

<sup>128</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum, secunda pars*, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. XI, *Ex parte*, n. 7.

<sup>129</sup> Pare significativo notare come, riprendendo la tesi dello *Speculator*, dove questi usa il verbo *debet*, il Panormitano usa *potest*: «*de hoc Speculator ... , ubi concludit quod si iura partium sunt ignota, hoc potest, ut hic. Si vero iam sunt clara, ut quia conclusum est in causa, et sic iudici liquet pro qua parte debeat ferre sententiam, dubitavit Speculator et relinquit hoc disputationi*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum, secunda pars*, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. XI, *Ex parte*, n. 7).

to l'impegno del giudice di prodigarsi *ad concordiam*, non essendo più tenuto a intervenire sempre e comunque, ma solo quando sia ritenuto opportuno<sup>130</sup>. Peraltro, nonostante la qualificazione formale in termini di possibilità e non di doverosità, sotto il profilo sostanziale non viene meno la gravosità della responsabilità del giudice nell'interporre il proprio ufficio per convincere le parti a riconciliarsi, quanto meno nelle situazioni nelle quali si intraveda la concreta esperibilità, tanto che l'eventuale negligenza viene considerata un motivo di peccato mortale: «*neglegentia in revocando discordes ad concordiam, sit peccatum mortale in praelato*»<sup>131</sup>.

Nelle interpretazioni successive diviene ormai dottrina comune distinguere tra le diverse situazioni di fatto, per riconoscere ordinariamente al giudice la facoltà (*'potest'*) di attivarsi per persuadere i litiganti a raggiungere una composizione pacifica quando lo ritiene opportuno, mentre si intravede il dovere (*'debet'*) di adoperarsi per la loro riappacificazione solo in presenza di determinate condizioni: «*praesertim si causa sit valde ardua, ne lites cum magis partium sumptibus protrahantur*»<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> La distinzione tra una condizione di 'dovere' e una di 'potere' nell'ambito delle competenze del giudice *ad compositionem* si ritrova anche nei passi dedicati a esaminare la facoltà di *compellere ad pacem* (*Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 1): sulla questione si veda il prossimo § 6.

<sup>131</sup> FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 5, *Fallit tertio*. Il decretalista configura due situazioni: il vescovo che non scomunica i *dissidentes* (richiamando il passo di D. XC, c. 9) e il prelado che non riconcilia i litigiosi (richiamando il passo di X, V, 39, c. 47).

<sup>132</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera, tit. XXXVI, § 2, n. 14: «*Iudicem quidem partibus litigantibus suadere posse, imo aliquando, si ita res exigat, debere, ut transigant, praesertim si causa sit valde ardua, ne lites cum magnis partium sumptibus protrahantur*».

6. «Ad componendum coegit invitum»<sup>133</sup>: la *concordia* ‘imperata’ auctoritate iudicis

L’attuazione del precetto evangelico di evitare le liti ha ispirato nei primi secoli, come si è visto, un complesso di disposizioni che sanciscono la possibilità per il vescovo, e poi per estensione al giudice nell’ambito del processo, non solo di persuadere le parti a raggiungere la *concordia* vicendevole, ma anche di costringere i contendenti ad accettare un compromesso bonario, ricorrendo a varie forme di pressioni e sanzioni<sup>134</sup>. Tali poteri coercitivi trovano una giustificazione ideale non solo nell’esigenza condivisa dalla comunità civile di conservare la pace sociale, ma soprattutto in ragioni inerenti alla missione salvifica della Chiesa, ossia la *ratio peccati vitandi* e la *ratio salutis animarum promovendi*. La prassi implementata sulla base di tali prescrizioni ha condotto a consentire al giudice non solo di *reducere partes ad componendum*, ma anche di imporre autoritativamente una *concordia*, a prescindere o contro la volontà delle parti<sup>135</sup>. In questa estensione dei poteri del giudice si può intravedere una corrispondenza con un certo modo di concepire il ruolo dell’autorità preposta alla gestione delle controversie che nell’epoca antica e in quella altomedioevale si riscontra anche nell’esperienza giuridica secolare, segnatamente nelle fonti normative che riconoscono al giudice la facoltà di comporre in forma imperativa la controversia per impedire una degenerazione del conflitto<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> X, I, 6, c. 16 *Cum inter R. seniore*m.

<sup>134</sup> «*In summa hoc sciendum, quod quilibet praelatus et maxime episcopus prius de plano et absque coactione, postmodum autem iurisdictione et potestate debet discordantes ad concordiam revocare*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis decretalium, de treuga et pace*, n. 3). Il testo è ripetuto alla lettera da ENRICO DA SUSA nella *Summa aurea, De treuga et pace, Quid operatur*, n. 6.

<sup>135</sup> Come ricorre nel caso ricordato in una decretale di Innocenzo III (X, I, 6, c. 16 *Cum inter R. seniore*m), in cui il pontefice Celestino III ha messo fine a una controversia sull’elezione dell’abate di un monastero, costringendo le parti a sottostare a un accomodamento: «*Coelestinus praedecessor noster praedictum R. seniore*m, *sententiam cum instantia postulantem, ad componendum coegit invitum*».

<sup>136</sup> Si vedano i capitolari franchi citati *supra* (cap. II, § 5, nota 104). La dottrina *utriusque iuris* richiama anche le precedenti previsioni del diritto romano, citan-

La consonanza con i principi fondanti l'economia salvifica della Chiesa, da un lato, e con una mentalità diffusa e comunemente accettata circa l'ordinazione del processo alla pace, dall'altro, può spiegare la constatazione che le prime riflessioni dottrinali svolte sulle fonti canonistiche in epoca classica non abbiano sollevato perplessità nel commentare le disposizioni che prevedono poteri coercitivi *ad componendum* e li riconoscano non solo al vescovo ma anche al giudice. Si ricorda in particolare la *glossa ad D. XC*, c. 1, nella quale la formula «*vel ratione, vel potestate ad concordiam trahat*», che nel canone conciliare è riferita al vescovo, dal commentatore viene estesa al *iudex* che «*ad concordiam laborare debet*», prevedendo due modalità di procedere: «*Ratione, id est, amicabile compositione extra iudicium, et de plano*»<sup>137</sup>, ovvero *potestate* «*scilicet coercionem*»<sup>138</sup>. A sostegno e conferma delle interpretazioni, la *glossa* riporta, accanto ai rimandi alle fonti canonistiche, la citazione dei testi civilistici del diritto romano tratti dalla compilazione giustiniana che prevedono appunto poteri di imposizione coattiva del compromesso<sup>139</sup>. I dubbi sollevati in merito ai limiti della competenza del giudice («*si*

---

do le fonti raccolte nella compilazione giustiniana, in particolare: D. 7.1.13.3 *de usufructu* (l. *si cuius rei § aequissimum*), ove si stabilisce il potere del pretore di «*iurisdictione sua controversiam componere*» per evitare che le parti giungano *ad arma et rixam*; D. 12.1.21 *de rebus creditis* (l. *quidam*), in cui si riconosce il potere di *compellere* l'attore a transigere, sul presupposto che al suo *officium* «*pertineat lites diminueret*». Il tema del potere imperativo del giudice *ad componendum* viene affrontato anche da L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, cit., pp. 139-147; G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., pp. 77-118.

<sup>137</sup> *Glossa ad D. XC*, c. 1, v. *Discordantes*.

<sup>138</sup> *Glossa ad D. XC*, c. 1, v. *vel potestate*. Espressioni analoghe si trovano anche in UGUCCIO DA PISA: «*ratione, idest amicabile compositione extra iudicium. Potestate, iudiciaria, idest ordine iudicario*» (*Summa super decreto, ad D. XC*, c. 1 *Discordantes*). Lo stesso decretista sottolinea, a commento del c. *placuit* (D. XC, c. 9, v. *pellantur*) il potere di costringere chi si ostina a rifiutare proposte di riconciliazione ricorrendo alla scomunica: «*idest anathematizantur*».

<sup>139</sup> Oltre ai passi citati nella nota precedente (nota 136), ricorrono in questo o in altri commenti della dottrina: D. 1.18.13 *de officio praesidis* (l. *congruit*); D. 3.2.6.4 *de his qui notantur infamia* (l. *furti, § qui iussu*); D. 39.1.1.9 *de operis novi nunciacione* (l. *hoc edicto, § et post*); C. 7.45.7 *de sententiis et interlocutionibus* (l. *ex stipulatione*). Nella *glossa ad D. XC*, c. 9, v. *Excommunicatione*, si riporta come argomento specifico l'esempio del giudice secolare e la dottrina dei *legistae*: «*videtur*

*potest*») non riguardano tanto la facoltà di esercitare poteri coercitivi sulle parti, quanto piuttosto la possibilità di giungere a una composizione nelle cause criminali, per il timore che i crimini restino impuniti<sup>140</sup>.

In seguito, tuttavia, viene sollevata anche nella dottrina canonistica la discussione in ordine alla potestà del giudice di costringere le parti *ad componendum*, che già aveva stimolato opinioni differenti nel dibattito tra i civilisti<sup>141</sup>. All'emergere di tale questione si può intravedere la progressiva elaborazione da parte dei Glossatori della disciplina della transazione come figura specifica di contratto che ne sottolinea il fondamento consensuale<sup>142</sup>, cosicché si viene a contestare l'ammissibilità di una composizione a contenuto transattivo che non derivi dalla volontà delle parti<sup>143</sup>. Quantunque la canonistica affronti il medesimo tema problematico e riprenda largamente le tesi dei civilisti, nondimeno l'impostazione delle argomentazioni rispecchia la specificità dei principi che informano l'ordinamento della Chiesa e l'esercizio del suo potere di giurisdizione, così da giungere a soluzioni diverse e del tutto peculiari<sup>144</sup>.

---

*tamen, quod primo iudex secularis coget eos ad concordiam» e al v. coget si annota a margine: «vide legistas l. quidam aestimaverunt».*

<sup>140</sup> *Glossae ad D. XC, c. 1, v. Discordantes; ad D. XC, c. 7, v. coerceant; ad X, I, 36, c. 11, v. Ad componendum.* Sulla questione specifica riguardante la possibilità di transigere nelle cause criminali, si veda l'approfondimento svolto *infra* (cap. III, § 5).

<sup>141</sup> Il confronto sul tema della *concordia imperata* precede e poi affianca la riflessione relativa alla questione connessa dei poteri di interposizione del giudice per promuovere la concordia, esaminata *supra*, nel paragrafo precedente (cap. II, § 5). Negli autori le due problematiche vengono trattate generalmente insieme o in via successiva, ma le esposizioni risultano spesso confuse, in quanto non vengono chiaramente distinte le diverse estensioni dei poteri del giudice, ossia se l'intervento sia *ad interponendum* o *ad compellendum*.

<sup>142</sup> Sulla transazione come negozio giuridico si vedano gli approfondimenti svolti nel prossimo capitolo (cap. III).

<sup>143</sup> Sulle alterne interpretazioni della dottrina civilistica, si rinvia a G. D'AMÉLIO, *Indagini sulla transazione*, cit., pp. 77-118.

<sup>144</sup> La differente visione dell'interpretazione dei canonisti rispetto all'orientamento dei civilisti viene rispecchiata da RICCARDO ANGLICO, il quale, in uno dei suoi *Generalia*, raccoglie e mette a confronto le fonti canoniche e quelle civili, per

I primi accenni si trovano nella spiegazione data da Innocenzo IV al passo della decretale *Cum inter R. seniore* di Innocenzo III<sup>145</sup>. Il pontefice canonista legittima i poteri impositivi esercitati da Celestino III secondo tre ordini di ragioni: il primo sostanziale, il secondo formale e il terzo di fatto. Il primo argomento rileva come la costrizione all'accomodamento abbia inteso rimediare a una situazione che altrimenti avrebbe portato a una sentenza ingiusta, data l'impossibilità della prova<sup>146</sup>. Il secondo argomento, invece, considera che il papa abbia potuto assumere una tale decisione in forza della sua *plenitudo potestatis*<sup>147</sup>. Infine, nella prospettiva della situazione di fatto, si osserva come il soggetto che ha subito l'imposizione sia stato «*invitum ab initio*», ma poi successivamente abbia aderito volontariamente all'esecuzione della *compositio*. Le argomentazioni di Innocenzo IV si trovano riprese da altri decretalisti<sup>148</sup>, in particolare da Enrico da Susa, il quale richiama la motivazione sostanziale che giustifica la costrizione «*ad maius periculum evitandum*»<sup>149</sup> e precisa, per evitare fraintendimenti, la natura del provvedimento di Celestino III: «*non fuit transactio sed ordinatio ex officio papae*

---

giungere alla *solutio*: «*Invitos ad concordantiam compelli et discordes*» (manoscritto citato da G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 86).

<sup>145</sup> INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, ad X, I, 6, c. 16 *Cum inter R. seniore*. Sulla decretale si veda anche l'illustrazione nella nota precedente (nota 135).

<sup>146</sup> «*Cum inter R. invitum quia devictum instantia precum, vel propter mala, quae sciebat de eo, et probari non poterant*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, ad X, I, 6, c. 16 *Cum inter R. seniore*).

<sup>147</sup> «*Quia non licerent alii, nisi Papae ex plenitudine potestatis*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, ad X, I, 6, c. 16 *Cum inter R. seniore*).

<sup>148</sup> *Glossa ad X, I, 6, c. 16, v. coegit*: «*Et fecit hoc forte Papa pro bono pacis*». GIOVANNI D'ANDREA, *In quinque Decretalium libros novella commentaria*, I, tit. 6, cap. 16, *Cum inter R.*, n. 2, v. *Coegit invitum*: «... *secundum Innocentium hoc facit papa, propter mala, quae sciebat de illo, quae probari non poterant, quod eo casu non licuisset alteri, quam papae*». I poteri *ex plenitudine potestatis* sono riconosciuti anche nella *glossa ad X, I, 6, c. 34, v. favere*: «*vel potest cogere partes ad concordiam*».

<sup>149</sup> ENRICO DA SUSA, *In primum Decretalium librum commentaria*, ad X, I, 6, c. 16, v. *Coegit invitum*, n. 3.

*facta*<sup>150</sup>, quindi una disposizione autoritativa che prescinde dalla volontà delle parti.

Una riflessione interessante concerne appunto il profilo degli effetti della concordia imperata sulla volontà delle parti. Nel caso specifico, Innocenzo IV ritiene che colui che ha subito l'imposizione da *invitus* sia poi divenuto *voluntarius*, nel senso che abbia eseguito quanto disposto. Quello che pare il rilievo di un fatto concretamente avvenuto diviene nei commenti successivi una valutazione giuridica: «*Et sic factus est volens, quia coacta voluntas est voluntas*»<sup>151</sup>. L'affermazione di equivalenza tra la volontà coatta dell'*invitus* e la spontanea adesione del *voluntarius* sotto il profilo della legittimità della composizione disposta dal giudice è probabilmente il segno di una mentalità comune che accetta una pratica giudiziaria come ordinaria e pacifica. In effetti si riconosce al giudice un potere alquanto discrezionale nei modi di interporre per porre fine al conflitto, compresi comandi e sanzioni *invitis partibus*<sup>152</sup>. Queste modalità, che possono apparire al confine tra metodi conciliativi e aggiudicativi, consentono comunque di conseguire il fine di sanazione dei conflitti e di riappacificazione dei contendenti, in quanto corrispondono alla concezione dominante dell'*officium iudicis*.

La dottrina successiva riprende il tema della concordia imperata e lo affronta in modo più ampio, non solo a riguardo del caso specifico, ma all'interno della questione più generale dei poteri di interposizione del giudice. In particolare, come si è visto, Antonio de Butrio imposta la trattazione sulla base della distinzione tra le diverse tipologie di cause, transigibili o non transigibili. Quantunque si affermi che in quelle «*in quibus non potest transigi*» il giudice non

<sup>150</sup> ENRICO DA SUSA, *In primum Decretalium librum commentaria, ad X, I, 6, c. 16, v. Consentiret*, n. 8.

<sup>151</sup> *Glossa ad X, I, 6, c. 16, v. Invitus*. Egualmente l'Ostiense: «*Et notat quod coacta voluntas, voluntas est*» (ENRICO DA SUSA, *In primum Decretalium librum commentaria, ad X, I, 6, c. 16, v. Consentiret*, n. 8).

<sup>152</sup> GUGLIELMO DURANTE offre una panoramica dei casi e delle modalità in cui il giudice «*interponitur, etiam invitis partibus*», giungendo alla conclusione: «*Quod etiam invitis omnibus officium iudicis interponatur, probatur*» (*Speculum iudiciale*, lib. I, partic. I, *De officium omnium iudicum, Additio*, n. 16).

«*possit compellere ad concordiam*»<sup>153</sup>, viene fatta salva l'eccezione prospettata da Innocenzo IV in merito al potere dell'autorità suprema, romano pontefice o principe, ma si apporta una precisazione che ne ridimensiona le competenze e le inquadra nell'ambito del principio generale della disponibilità. Infatti, si sottolinea che l'eccezione vale solo nelle cause «*in quibus habent liberam administrationem*»<sup>154</sup>, ossia le autorità possano disporre della materia oggetto della transazione, pur in deroga alle norme comuni, e possano pertanto anche costringere alla concordia<sup>155</sup>. Riguardo invece alle cause in «*privatis iuribus*», per le quali Antonio de Butrio ammette il potere di interposizione del giudice, non si ritiene «*quod de iure compellere possint ad concordiam, nisi causa subsit*»<sup>156</sup>. Quindi pure in queste cause risulta possibile la *compulsio in invitos*, anche se devono ricorrere peculiari ragioni atte a giustificare una costrizione per favorire una soluzione giusta<sup>157</sup>.

Una impostazione ancora più ampia alla questione viene offerta dalla riflessione dell'*Abbas Siculus*, il quale tratta il tema nell'ambito del commento al titolo delle Decretali *De treuga et pace*, chiedendo-

---

<sup>153</sup> ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 24 (X, II, 4, c. 1).

<sup>154</sup> La sostituzione del termine «*libera administratio*» al posto di *plenitudo potestatis* richiama la riflessione dottrinale in merito ai presupposti di legittimazione alla stipulazione della transazione, che richiedono la libera disponibilità sull'oggetto dell'accordo (sulla questione si vedano gli approfondimenti svolti *infra*, nel capitolo III, § 4).

<sup>155</sup> Nelle fonti citate sono comprese la decretale *Cum inter R.* (X, I, 6, c. 16) e la decretale *Venerabilem* di Innocenzo III (X, I, 6, c. 34) sull'elezione dell'imperatore, in riferimento alla quale nella *glossa*, v. *favere* si riconosce il potere coercitivo: «*vel potest cogere partes ad concordiam*».

<sup>156</sup> ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 25.

<sup>157</sup> «*Posset autem comminari sententiam, vel alium terrorem inferre, ut eos inducat ad concordiam*» (ANTONIO DE BUTRIO, *Super secundo libro Decretalium, ad c. ex literis*, X, II, *de mutuis petitionibus*, n. 25). Dalle circostanze richiamate da Antonio de Butrio si può ricondurre la *bona causa* idonea a motivare l'imposizione all'esigenza generale di favorire una soluzione giusta. Sono prospettate espressamente due situazioni: il lungo protrarsi della lite («*si diu litigaverunt*») e l'impossibilità di accertare la verità con le prove disponibili («*si in veritate foveret iustitiam, licet deficeret in probatione*») (*ibidem*).

si «*an et quando [iudex] possit cogere partes ad pacem vel concordiam tam in civilibus quam in criminalibus*»<sup>158</sup>. Sulla base delle *auctoritates* desunte dal *Decretum*, Niccolò dei Tedeschi riconosce come regola generale che il giudice possa esercitare poteri impositivi<sup>159</sup>, ma subito appresso, richiamando la dottrina civilistica di Bartolo, aggiunge alcune precisazioni che conducono a individuare una diversa estensione dei poteri a seconda della tipologia delle cause<sup>160</sup>. La ragione che giustifica un trattamento differenziato, peraltro, non è più la disponibilità dell'oggetto della lite, bensì la *ratio publicae utilitatis*: così in nome di questa esigenza si afferma il potere di *compellere ad pacem*, oltre che nei *publica dissidia*, anche nelle *causae criminales*<sup>161</sup>. Ma oltre a queste ragioni il canonista puntualizza come il precetto di preservare la pace, corollario del precetto di carità<sup>162</sup>, possa legittimare il giudice a costringere le parti a comporre il dissidio qualora ricorrano particolari circostanze che giustifichino un simile intervento in tutte le tipologie di cause, tanto quelle criminali quanto quelle civili: tale situazione viene configurata nell'ipotesi in cui «*lis magno tempore duraverit et est ita intricata, quae de facili extirpare non potest: nam tunc iudex potest compellere ad concordiam licet non sit civilis*». Si giunge così a evidenziare una impostazione peculiare della questione rispetto alla dottrina civilistica orientata a

<sup>158</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, n. 1.

<sup>159</sup> «*Dico quod sic tam secularis respectu subditorum quam ecclesiasticus respectu clericorum ratione peccati*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, n. 1). A sostegno dell'affermazione cita le fonti canonistiche: D. XC, c. 9 e c. 10.

<sup>160</sup> Si distingue tra «*discordia inter civitatem et civitatem*», nelle quali «*superior debet interponere partes suas*», e «*discordia inter privatos*», nell'ambito delle quali si distingue ulteriormente tra *causa criminalis* e *causa civilis* (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, n. 1).

<sup>161</sup> Il Panormitano riporta in proposito la tesi di Bartolo: «*iudex potest compellere ad pacem ratione publicae utilitatis. Si vero causa est civilis, tunc potest monere ad concordiam non autem compellere*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, n. 1).

<sup>162</sup> «*... nam rumpere pacem venit contra preceptum charitatis: quia pax nihil aliud est quam charitas*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXIV, n. 1).

far prevalere la volontà delle parti per configurare la possibilità di una composizione, in quanto in nome di un interesse superiore si riconoscono al giudice poteri più incisivi diretti a imporre un compromesso equitativo quando i contendenti non siano riusciti a superare il conflitto e non vi sia un modo più sollecito e adeguato per giungere a una soluzione che ripristini la pace.

Nei *Commentaria* di Felino Sandeo si trova una ricostruzione organica della questione che riporta le diverse tesi, con ampie citazioni della dottrina canonistica e civilistica<sup>163</sup>. Risulta interessante ripercorrere questa trattazione, in quanto consente di mettere in luce gli apporti specifici della dottrina canonistica che in deroga a una presunta regola generale orientata a interdire i poteri coercitivi del giudice<sup>164</sup>, riconosce in realtà una serie molteplice di eccezioni, motivate da ragioni diverse, così da giungere a consentire ampie possibilità di *compellere ad concordiam* in tutte le tipologie di cause.

Una prima possibilità è data dalle cause che pregiudicano l'interesse pubblico, in quanto turbano la pace sociale: la *ratio publicae utilitatis* può giustificare l'intervento del giudice sia nelle cause criminali<sup>165</sup>, sia in quelle civili<sup>166</sup>. A questa *ratio* possono essere ricondotte anche le ulteriori situazioni, individuate nell'ambito delle

---

<sup>163</sup> FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*.

<sup>164</sup> «Regulariter non possunt partes litigantes compelli per iudicem ad concordiam» (FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 1). Come canonista si richiama principalmente l'*Abbas*, mentre tra i civilisti sono ricordati soprattutto Bartolo e Baldo. Da notare la diversità dei termini usati nelle diverse interpretazioni: mentre i civilisti parlano di *transigere* e *compromittere in arbitros* (atti che presuppongono la volontà delle parti), i canonisti parlano di *concordia* e *compositio* che possono prescindere dalla volontà delle parti quando vengono imposte dal giudice.

<sup>165</sup> Seguendo la tesi di Antonio de Butrio, Felino precisa che si deve trattare di una causa «in qua non possit cadere transactio ... secus si potest cadere transactio» (FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 2, *Fallit primo*). Sulla possibilità di transigere nelle cause criminali, si veda *infra* (cap. III, § 5).

<sup>166</sup> «Considera tamen quod non multum differt causa criminalis a civili: eam etiam in criminali, in qua potest transigi, non sit compulsio, nisi dubitetur de turbatione reipublicae; et certe quando hoc est, potest fieri compulsio etiam in civilibus, ut

cause tra privati, di conflitti che comportano il rischio della *perturbatio rei publicae*<sup>167</sup>. Un'altra possibilità, anch'essa di portata generale, si fonda sull'esigenza di provvedere per salvaguardare la giustizia in situazioni difficilmente risolvibili altrimenti, ovvero pregiudizievoli per terze persone. Il primo è il caso di «*quando lis magno tempore duravit, et est adeo intricata, quod de facili extirpari non potest, nam tunc iudex potest compellere partes ad concordiam, licet causa sit civilis*»<sup>168</sup>. Il secondo comprende una serie molteplice di casi diversi che vengono raggruppati sotto la *ratio* di evitare il pregiudizio altrui: «*ubi discordia aliorum tendit ad incommodum alterius*»<sup>169</sup>. L'ultima possibilità riguarda infine il caso specifico esposto da Innocenzo IV sul potere del papa o del principe, nel quale la *ratio* giustificatrice è da ricondurre alla *libera administratio* dell'autorità suprema<sup>170</sup>.

L'impianto essenziale di questa ricostruzione dottrinale viene conservato dalla dottrina successiva e si consolida come opinione comune, anche se le condizioni ritenute necessarie per consentire l'intervento impositivo del giudice risultano configurate in modo

---

*dicetur in 4. fallit*» (FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 3).

<sup>167</sup> Si comprendono due situazioni: «*quando imminet timor armorum et rixarum; quia tunc ad evadendum rixis terrore armorum, potest iudex cogere ad transigendum*» (FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 5, *Fallit quarto*); «*dissensio inter personas insignes ex qua respublica turbatur*» (*ivi*, n. 6, *Fallit quinto*).

<sup>168</sup> FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 5, *Fallit tertio*. Poi Felino sottolinea: «*Et pondera bene quia iste est casus, in quo episcopus potest coercere laicos*».

<sup>169</sup> FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. 7, *Fallit sexto*. Felino ci tiene a precisare che queste situazioni configurano un'eccezione distinta dal caso dell'eccezione quarta: «*et non loquor de discordia rixosa, sed potius de dissensu, quia tunc potest implorari officium iudicis, ut cogat eos convenire*».

<sup>170</sup> «*... in his in quibus princeps habet liberam administrationem*» (FELINO SANDEO, *Commentaria iuris canonici in V libros Decretalium*, tomus primus, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, nn. 3-4, *Fallit secundo*). Di seguito si aggiunge: «*sed in privatis iuribus aliorum non putat, quod possit compellere ad concordiam, nisi causa subsit*».

più restrittivo. Si distingue anzitutto tra i *publica dissidia* e le cause tra privati: se si tratta di «*publica dissidia, seu bella inter civitates, aut populos subiectos*», allora la *ratio publicae utilitatis* autorizza le autorità («*princeps seu magistratus*») a imporre una composizione che ripristini la pace<sup>171</sup>; se invece «*privati inter se litigant, et iudicio contendant*» il giudice non può «*ordinarie eos cogere ad concordiam, et transactionem faciendam*», dal momento che si intravede una diversa esigenza di giustizia: «*quia iudex non potest alicui ius, quod habet, interdiceret*»<sup>172</sup>. Tuttavia, al pari della dottrina precedente, si ritiene che questa regola generale possa essere derogata da alcune significative eccezioni. La prima eccezione concerne le *causae criminales* che possono pregiudicare l'interesse pubblico e per le quali, pertanto, vale la stessa *ratio publicae utilitatis* dei *publica dissidia*, per cui il giudice «*potest partes cogere ad concordiam, et compositionem faciendam*»<sup>173</sup>. Ma un'eccezione analoga, motivata cioè dall'esigenza di tutelare la pace sociale, viene riconosciuta anche nelle *lites privatorum* che siano tali da generare «*bellum publicum, vel alia Reipublicae turbatio*»: «*tum enim potest iudex partes cogere ad transigendum, vel compromittendum*»<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, *De treuga et pace*, n. VII, resp. 1: «*Si publica dissidia, seu bella inter civitates, aut populos subiectos, tum Princeps seu Magistratus potest praecipere partibus inter se dissidentes, ut pacem, seu compositionem faciant ... Cum autem Princeps possit subditos cogere ad faciendam pacem, multo magis poterit ad treugam, seu inducias belli faciendas*». Egualmente in F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros Decretalium*, tomus primus, pars altera, tit. XXXIV, § III, *De pace*, n. 18 e tit. XXXVI, *De transactionibus*, § 2, n. 14.

<sup>172</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, n. VIII, resp. 2; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera, tit. XXXIV, § III, n. 18.

<sup>173</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, n. VIII, exc. 1. Al contrario di Antonio de Butrio e Felino Sandeo, per quest'autore le cause criminali che coinvolgono il pubblico interesse sono quelle «*in qua transigi non potest ... secus est, si sit talis causa criminalis, super qua transigi potest*». Questa eccezione non viene ricordata da Schmalzgrueber che per il resto si rifa' e ricalca la dottrina di Pirhing.

<sup>174</sup> «*Nisi ex discordia timeatur bellum publicum, vel alia Reipublicae turbatio*» (E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, n. VIII, exc. 4). F.X. SCHMALZGRUEBER riporta le parole di Pirhing (*Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera,

Un'altra eccezione viene invece giustificata dalla necessità di risolvere un conflitto non facilmente risolvibile in altro modo e questa motivazione può valere tanto nelle cause civili quanto in quelle criminali: «*Si causa ... valde intricata, et lis diu duraverit, neque spes sit, controversiam brevi finiendam: tum enim potest iudex partes compellere ad transigendum, vel compromittendum*»<sup>175</sup>.

L'ultima eccezione trova fondamento nel potere dispositivo dell'autorità, nelle cause cioè «*in quibus Princeps superiorem non recognoscens, habet liberam dispositionem, ut Papa in causis beneficalibus*»<sup>176</sup>. Peraltro, anche il ricorso a questo potere viene subordinato alla presenza di particolari circostanze che rendano necessario il suo esercizio: «*id tamen ordinarie facere non debet, nec solet, nisi lis fuerit diuturna, vel causa valde intricata, ut facile expediri non possit, vel ex alia causa necessitatis*»<sup>177</sup>.

In conclusione, si può annotare come nel corso dell'epoca moderna sia avvenuta una progressiva restrizione dello spazio e del valore riconosciuto alla funzione conciliativa del giudice, in parallelo tra la riflessione dottrinale e la legislazione. Tale flessione può essere ascritta al combinato operare di due fattori di tendenza opposta. Da un lato, il graduale consolidamento di regimi assolutistici e accentratori induce gli ordinamenti giuridici secolari, oltre a limitare il riconoscimento delle competenze del foro ecclesiastico, anche a impostare in senso autoritaristico la disciplina dei processi, così da sottrarre la materia litigiosa alla disponibilità delle parti in una gam-

---

tit. XXXIV, § III, n. 19, 1) ma nel tit. XXXVI precisa: «*Si ex continuatione litis timeatur periculum armorum vel perturbatio pacis publicae*» (§ 2, n. 14).

<sup>175</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, n. VIII, exc. 2; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera, tit. XXXIV, § III, n. 19; nel tit. XXXVI, § 2, n. 14 sottolinea: «*Si partium iura sint omnino aequalia, et lis ita intricata, ut aliter expediri et decidi nequeat*».

<sup>176</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXIV, op.cit., n. VIII, exc. 3; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera, tit. XXXIV, § III, n. 19; nel tit. XXXVI, § 2, n. 14 aggiunge: «*Si litigetur de tali re, circa quam iudex liberam disponendi potestatem habet*».

<sup>177</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, tit. XXXV, *De pactis*, § 3, n. 20 not. 1, richiamato da F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars altera, tit. XXXIV, § III, n. 19.

ma sempre più ampia di cause considerate di ordine pubblico<sup>178</sup>. Dall'altro, l'accentuazione nelle cause tra privati del principio che presuppone la volontà del titolare nelle azioni di disposizione dei propri diritti, conduce a richiedere ordinariamente il consenso delle parti nella stipulazione di un accordo transattivo<sup>179</sup>.

Nondimeno, nell'ordinamento della Chiesa si continua a prevedere, ancora fino alle soglie della codificazione<sup>180</sup>, il dovere del giudice di interporre tra le parti per favorire la riconciliazione e la possibilità, pur se a determinate condizioni, di imporre una composizione tra le diverse pretese. Peraltro, al di là delle distinzioni elaborate dalla dottrina circa la diversa estensione dei poteri di intervento del giudice in base alle circostanze della causa, la realtà della prassi operativa dei tribunali ecclesiastici mostra ancora in epoca moderna una grande incidenza dell'uso della conciliazione nel giudizio. Invero, la ricerca storiografica svolta sugli archivi giudiziari evidenzia tanto un ricorso frequente al foro ecclesiastico, anche in materie che non sarebbero riservate alla sua giurisdizione, quanto l'impiego diffuso dei mezzi di accomodamento consensuale<sup>181</sup>. Dal primo punto di vista, si riscontra come le parti abbiano la facoltà di vagliare strategicamente quale sia la giurisdizione più conveniente per far valere le proprie istanze e come, in effetti, la scelta preferenziale si diriga spesso verso il giudice ecclesiastico, ritenuto più attento e sensibile nell'individuare la soluzione più adeguata alle reciproche esigenze. La giustizia della Chiesa risulta inoltre apprezzata e degna di fiducia

---

<sup>178</sup> Per le cause criminali si vedano gli approfondimenti svolti nel capitolo successivo (cap. III, § 5).

<sup>179</sup> Significativo di questa tendenza risulta pure il cambio di terminologia nel trattare la conciliazione giudiziale, dato che negli autori più recenti non si parla di *compositio* ma di *transactio*.

<sup>180</sup> Si veda *infra*, cap. V, § 1.

<sup>181</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso. Giustizia civile, pratiche sociali e potere politico nella diocesi di Como nel tardo medioevo*, in *Archivio Storico Ticinese*, 38, 2001, pp. 179-281, distribuito in formato digitale da *Reti Medievali*, pp. 1-30 ([www.rmoa.unina.it/452/1/1/RM-Della%20Misericordia-Consenso.pdf](http://www.rmoa.unina.it/452/1/1/RM-Della%20Misericordia-Consenso.pdf)).

anche per la capacità di imporre l'osservanza delle proprie disposizioni tramite il ricorso alle sanzioni spirituali<sup>182</sup>.

In particolare, dal secondo punto di vista, viene considerata favorevolmente la disponibilità e l'incentivazione dei sistemi di soluzione negoziata dei conflitti, sia nelle cause contenziose, sia nelle cause criminali. Nel foro ecclesiastico è possibile infatti mettere in atto e dare rilevanza a diverse modalità, stragiudiziali o giudiziali, per raggiungere una composizione consensuale della controversia<sup>183</sup>. Lo stesso giudice intercede per indurre le parti a cercare un accomodamento equitativo, in forme discrezionali e abbastanza elastiche. Così, non è raro che il processo venga sospeso e con l'accordo delle parti sia affidata la ricerca di una soluzione pacifica a un mediatore e talvolta tale compito venga attribuito proprio al vescovo, «*non tamquam episcopus et tamquam amicus communis partium*»<sup>184</sup>, oppure al vicario giudiziale, il quale viene chiamato a trovare una soluzione non più come giudice, ma come amichevole compositore. Nel caso in cui le parti siano restie a ricorrere a forme di negoziazione del conflitto, il *favor conciliationis* può persino giustificare l'imposizione coattiva di un accomodamento bonario, sotto pena di scomunica.

---

<sup>182</sup> In genere viene prevista la scomunica per chi non esegue gli ordini e i mandati dell'autorità vescovile (M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., p. 19).

<sup>183</sup> Modalità processuali per far valere un precedente accordo tra le parti sono, ad esempio, il giuramento o la confessione.

<sup>184</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., p. 6.



## CAP. III

### LA COMPOSIZIONE CONSENSUALE

#### 1. *La diffusione della prassi degli accordi*

L'uso di ricorrere a pattuizioni private per comporre i conflitti costituisce una prassi diffusa fin dalle epoche più risalenti e nel corso del medioevo risulta consolidata nel quadro di una concezione della giustizia che favorisce la promozione di una soluzione pacifica alle liti e prevede un sistema integrato di strumenti alternativi, consensuali o aggiudicativi, per gestire le controversie. Come si è visto nel capitolo precedente, la concordia può essere raggiunta anche dopo l'instaurazione di un giudizio e a seguito dell'opera di interposizione del giudice, se non anche imposta coattivamente dalla stessa autorità, ma può essere pure concordata autonomamente dalle parti al di fuori del processo per regolare consensualmente i reciproci rapporti al fine di prevenire il sorgere di una contesa ovvero per mettervi fine. La documentazione sull'estensione di queste pratiche emerge dagli archivi notarili dove vengono registrate le convenzioni, oppure dagli archivi giudiziari dei processi nei quali il giudice dà atto dell'avvenuta concordia, ma si può ritenere che la ricorrenza delle pattuizioni sia probabilmente anche maggiore di quanto attestino le fonti archivistiche, dal momento che si tratta di strumenti informali, vari e flessibili, stipulati spesso oralmente<sup>1</sup>.

Il fenomeno dell'autocomposizione delle controversie si ritrova effettivamente utilizzato in modo ampio e multiforme, con una molteplicità di atti denominati con diversa terminologia, per gestire differenti tipologie di controversie.

Nell'ambito penale, le radici storiche del diffondersi nell'alto medioevo della stipulazione di paci private o *concordiae* sono da in-

---

<sup>1</sup> P.J. GEARY (*Extra-judicial Means*, cit., p. 272) sottolinea come la reale diffusione di questi rimedi nella prassi sfugga alla documentazione ufficiale.

travvedere nella *compositio* di origine longobarda, quale forma di pacificazione tra l'offensore e l'offeso, o i suoi familiari, che si può perseguire in alternativa alla vendetta privata<sup>2</sup>. L'accordo si realizza attraverso l'offerta e l'accettazione del prezzo del riscatto dell'offesa, denominato per l'appunto *compositio*. Quantunque i successivi interventi normativi abbiano ridotto la disponibilità delle parti e assimilato il sistema a un regime di pene tariffate, la concezione di fondo che riconosce all'offeso la possibilità di scegliere circa il modo più conveniente di riparare il pregiudizio e che, nel contempo, promuove la ricerca di soluzioni pacifiche, conduce proprio ad attribuire rilevanza agli accordi conclusi per sancire il perdono. Tali patteggiamenti consistono precisamente nel sancire la promessa di rinunciare a muovere una possibile accusa da parte della vittima o dei suoi familiari, in cambio del pagamento di una prestazione economica da parte dell'offensore, che vale tanto come pena quanto come risarcimento del danno<sup>3</sup>.

Ancor più in ambito civilistico le convenzioni per evitare o risolvere una lite trovano larga applicazione nella prassi contrattuale dell'alto medioevo, ove ricorrono con frequenza accordi che nei formulari notarili e giudiziali vengono prevalentemente indicati con il nome di *convenientia* o con l'endiadi *pactuatio* (*pactum*, *pactio*) *et convenientia*<sup>4</sup>. Il termine vale ad indicare sia in senso generico la forma consensuale dell'atto, sia in senso più specifico la peculiare applicazione di questo schema negoziale che si è diffuso nell'uso pratico. Invero, il ricorso a espressioni spesso ridondanti, unitamente all'impiego di aggettivazioni che rimandano alla concordia reciproca («*amica pactuatio vel convenientia*» o «*convenientia et amicabile pactum*»), tende a sottolineare la natura caratteristica di questi

---

<sup>2</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 209-250.

<sup>3</sup> Sull'origine e lo sviluppo dei *pacta de crimine* si veda più ampiamente *infra*, in questo capitolo, § 5.

<sup>4</sup> P.J. GEARY, *Extra-judicial Means*, cit., pp. 569-601; F. TREGGIARI, *Profili storici della transazione*, in *Studi Senesi*, 104, 1992, pp. 309-315; ID., voce *Transazione (diritto intermedio)*, cit., pp. 791-793.

accordi, diretti a prevenire o a comporre una controversia e fondati più che sulla stretta giustizia sull'amicizia e sulla volontà di mantenere relazioni di pace. Di fatto si tratta di convenzioni a contenuto atipico, che possono avere ad oggetto sia l'accertamento di una *res dubia*, sia un compromesso con la concessione di reciproche rinunce. In quest'ultimo caso l'accordo viene a corrispondere sostanzialmente a un negozio di transazione, ma per tutto l'alto medioevo, fino alla riscoperta del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano nell'XI secolo, il *nomen* della *transactio* non compare nel linguaggio giuridico<sup>5</sup>. È con la rielaborazione dei Glossatori che la figura negoziale della transazione giunge ad acquisire una struttura giuridica precisa.

2. «*Transactio ... dicitur esse salubris*»<sup>6</sup>: *la strutturazione dell'istituto della transactio*

Per tradurre in forme giuridicamente valide ed efficaci la raggiunta concordia tra le parti, l'ordinamento della Chiesa ricorre agli strumenti formali già previsti e utilizzati nei diritti secolari, adattandoli alle peculiari esigenze della comunità ecclesiale. Così, nell'epoca altomedioevale sono utilizzate le *convenientiae*<sup>7</sup>, mentre nell'età classica l'interazione tra *ius canonicum* e *ius civile* porta all'elaborazione dei due istituti della *transactio* e della *amicabilis compositio*.

Quanto alla *transactio* o transazione, le radici di questo negozio sono certamente da ricondurre al diritto romano, ma in dottrina<sup>8</sup> si discute in merito alla sua origine e alla configurazione come fattispecie negoziale autonoma, dal momento che i termini '*transigere*'

---

<sup>5</sup> Sul fenomeno della 'sommersione' del negozio transattivo, si veda F. TREGGIARI, *Transazione (diritto intermedio)*, cit., pp. 796-799.

<sup>6</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, 17.

<sup>7</sup> Esempi di *convenientiae* trovate negli archivi ecclesiastici sono ricordati da F. TREGGIARI, *Transazione (diritto intermedio)*, cit., pp. 793-795.

<sup>8</sup> M.A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Giuffrè, Milano, 2004; G. MELILLO, voce *Transazione (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 44, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 771-789.

e ‘*transactio*’ non risultano documentati nel linguaggio tecnico dei giuristi prima del II secolo d.C.<sup>9</sup>. Non è certo se in epoca classica si sia giunti a delineare un istituto determinato, ma il verbo *transigere*, nell’ambito del significato generico di concludere o portare a termine un qualunque rapporto, non necessariamente incerto o controverso, risulta applicato con varie finalità, tra le quali risulta anche quella specifica di rinunciare a una pretesa per far cessare una contesa o per evitare una lite futura. Lo scopo di dare una nuova regolamentazione a un rapporto già esistente tra le parti può così caratterizzare, quale *causa transactionis*, un negozio astratto che è possibile realizzare in forme diverse, mediante un patto bilaterale o un atto unilaterale, e che vincola le parti a reciproche attribuzioni o rinunce, da eseguire immediatamente o da assumersene l’impegno con una solenne promessa<sup>10</sup>. Solo in età postclassica, probabilmente con il diritto giustiniano, la *transactio* viene ad acquisire la forma più strutturata di un contratto innominato diretto a porre fine a una situazione di incertezza o a una controversia, attraverso lo scambio di concessioni vicendevoli<sup>11</sup>.

Sulla base delle fonti romanistiche<sup>12</sup> la riflessione dei Glossatori porta allo sviluppo della specializzazione dell’istituto come una fi-

---

<sup>9</sup> Le fonti riportate nel *Corpus iuris iustinianus* risalgono all’epoca antoniniana-severiana: in particolare il Digesto e il Codice dedicano un intero titolo al tema *de transactionibus* (D. 2. 15 e C. 2. 4).

<sup>10</sup> Se la promessa di adempiere è sancita con una *stipulatio*, nello specifico con la *stipulatio Aquiliana*, può essere fatta valere mediante l’*actio ex stipulatu*. Altrimenti, il *pactum transactionis* è tutelato solo in forma di *exceptio* da opporsi a un’eventuale chiamata in giudizio.

<sup>11</sup> Due successive costituzioni imperiali del 230 (C. 2. 4. 6) e del 294 (C. 2. 4. 33, 1) concedono la possibilità di rivendicare l’attuazione del *pactum* con una *actio utilis* denominata ‘*praescriptis verbis*’. Successivamente, Giustiniano con una costituzione del 528 impone come necessaria la forma scritta per costituire un valido accordo (C. 4. 21. 17).

<sup>12</sup> Quantunque non si ritrovi nella compilazione giustiniana una definizione del negozio di transazione, dai testi riportati sono tratti gli elementi costitutivi dello schema transattivo. In particolare, i passi che hanno posto le basi per lo sviluppo in epoca medioevale dell’istituto della transazione sono principalmente D. 2. 15. 1: «*Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit*» (ULPIANO,

gura specifica di contratto, che ha la finalità tipica di essere diretta a far cessare una controversia, attuale o potenziale, ed è caratterizzata dai due profili essenziali dell'incertezza (*de re dubia et lite incerta*) e dell'onerosità (*aliquo dato, aliquo retento*)<sup>13</sup>. Tale schema negoziale risulta recepito anche nel diritto della Chiesa intorno all'epoca classica<sup>14</sup>.

Nei primi secoli, invero, nonostante l'importanza attribuita al principio di riconciliazione, le autorità ecclesiastiche non sentono l'esigenza di statuire regole proprie per disciplinare gli accordi delle parti, in quanto, al pari di altre tipologie di negozi giuridici, viene ritenuto sufficiente il rinvio alla normativa civilistica<sup>15</sup>. Così, quantunque nelle fonti anteriori al *Decretum* di Graziano si trovino riferimenti all'uso dei patti con fine transattivo, al di là delle prescrizioni generali che impongono ai fedeli di cercare la concordia per risolvere in modo pacifico le controversie, non vengono dettate disposizioni specifiche circa la loro attuazione nell'ordinamento della Chiesa<sup>16</sup>.

---

lib. 50 *ad edictum*); C. 2. 4. 38: «*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*» (passo tratto da una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 294 riportata in C. 6. 31. 3).

<sup>13</sup> F. TREGGIANI, *Transazione (Diritto intermedio)*, cit., pp. 790-804.

<sup>14</sup> L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico. Contributo alla dottrina canonistica dei contratti*, Edizioni universitarie, Roma, 1942; R. NAZ, voce *Transactio*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, VII, cit., coll. 1314-1319; F. SALERNO, *Transactio e compromissum in arbitros (seu arbitrium) dal ius canonicum vetus al Codex '17*, in *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*, a cura di P.A. BONNET, L. LOSCHIAVO, ESI, Roma, 2008, pp. 224-266.

<sup>15</sup> Com'è noto, la tradizione canonica riconosce il diritto romano come fonte suppletiva del diritto canonico, purché non contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento della Chiesa.

<sup>16</sup> Epistola di Gregorio Magno in X, I, 36, c. 1: «*Sicut grave et plenum vituperationis est, inter personas omnipotenti Deo militantes de saecularibus negotiis ortam diu controversiam permanere, ita laudabile et studio est religioso conveniens, terrenis gratam Deo pacem praeferre compendiis, et ex rebus transitoriis mansura semper caritatis lucra mercari ... pactis intervenientibus salubris processit Deo auctore decisio, necesse est, ut omnis discordiae possit occasio praeveneri, et quae gesta sunt interveniente auctoritate firmari*».

Gradualmente, tuttavia, le decretali pontificie iniziano a intervenire per risolvere i dubbi emersi su singoli aspetti della regolamentazione di questi accordi in rapporto a determinate norme del sistema ecclesiale. Si viene di conseguenza a stratificare un apparato di disposizioni che integrano e completano le regole tratte dal diritto di derivazione romanistica, giungendo ad adattare la disciplina dell'istituto alle peculiari esigenze del diritto canonico. Anche la dottrina comincia a dedicare una attenzione specifica alla *transactio* come figura autonoma e specifica di patto, e le collezioni avviano, a partire dalla *Prima compilatio antiqua* di Bernardo da Pavia, la raccolta sistematica delle decretali in materia nel titolo apposito *De transactionibus*, secondo il modello della compilazione giustiniana<sup>17</sup>. Sulla base della normativa infine contenuta nel *Liber decretalium* di Gregorio IX, in virtù anche del crescente affinamento nello studio della scienza giuridica, la riflessione canonistica giunge ad approfondire le questioni rilevanti in ordine alla struttura e al funzionamento dell'istituto, contribuendo a delineare l'originalità dell'impostazione e della disciplina della transazione nell'ordinamento della Chiesa.

È significativo anzitutto sottolineare come la transazione venga considerata dai canonisti in stretta connessione con la finalità originaria di promuovere la cessazione dei conflitti e quindi sia trattata come uno strumento giuridico deputato alla pacifica soluzione delle liti. Le definizioni delle connotazioni essenziali del negozio ripercorrono le analoghe formulazioni dei civilisti<sup>18</sup> e mettono in rilievo

---

<sup>17</sup> *Prima compilatio antiqua*, libro I, titolo 27, che segue il libro 26 *de pactis*. Nel titolo *de transactionibus* sono raccolte le decretali di Gregorio I e di Alessandro III che saranno poi riportate nell'analogo titolo del *Liber Extra* (libro I, titolo 36, cc. 1-6). Anche nella *Secunda compilatio antiqua* viene previsto il titolo *de transactionibus*, che contiene le decretali di Alessandro III, quella di Lucio III e quella di Celestino III che saranno poi trascritte nello stesso titolo delle Decretali di Gregorio IX (cc. 7-10) con in più un'altra decretale di Alessandro III omessa dal *Liber Extra*. Infine, il medesimo titolo si ritrova nella *Quinta compilatio antiqua*, che riporta la decretale di Onorio III contenuta nel c. 11 di X, I, 36.

<sup>18</sup> La prima definizione si ritrova nella *Summa decretalium* di BERNARDO DA PAVIA: «*Transactio est de re dubia et per litem incerta[m] decisio aliquo dato vel reten-*

lo scopo specifico di comporre una controversia con l'effetto di precludere il sorgere o l'ulteriore prosecuzione di una lite. L'ordinazione alla pacificazione viene sottolineata nella stessa derivazione etimologica del termine *transactio*, che richiama «*quasi actionis transitisio, eo quod qui transigit, transit et discedit ab actione, et ita proprie dicitur transigere is qui agit*»<sup>19</sup>. Per questa finalità viene evidenziata la natura 'salubris' della transazione in rapporto alla salvezza delle anime, in coerenza con il messaggio evangelico che promuove la ricerca della conciliazione<sup>20</sup>.

La connessione con la riconciliazione emerge anche dalla conseguenza principale dell'accordo, che è quella di porre fine a una lite in corso o di impedirne l'introduzione. Con la transazione, infatti, le parti rinunciano a tutti gli strumenti contenziosi che avrebbero potuto esercitare a tutela delle rispettive pretese, cosicché il nuovo assetto di interessi concordato con le reciproche concessioni viene a costituire la regolamentazione giuridica conclusiva dei loro rap-

---

to» (tit. XXVII *de transactionibus*, § 1). Una definizione sostanzialmente corrispondente viene riportata da GOFFREDO DA TRANI: «*Transactio est de re dubia et lite incerta nec dum finita non gratuita pactio*» (*Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 1, *Transactio quid sit*) e copiata da ENRICO DA SUSÀ (*Summa aurea, De transactionibus*, n. 1).

<sup>19</sup> GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 2, *Transactio unde dicatur*.

<sup>20</sup> Richiamando l'aggettivo *salubris* contenuto nell'epistola di Gregorio Magno in X, I, 36, c. 1, *Sicut grave*, ENRICO DA SUSÀ commenta: «*vere salubrem, quia plerumque lite pendente non solum pendet, sed et impeditur salus animae*» (*In primum Decretalium librum commentaria, De transactionibus*, cap. I, *Salubrem*). L'osservazione viene ripresa da GIOVANNI D'ANDREA: «*[Salubrem] bene dicit, quia litis pendente interdum pendere facit, interdum impedit animae salutem*» (*Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, cap. I, n. 2). Questa qualificazione commendevole della transazione viene ricordata successivamente anche da A. REIFFENSTUEL quale *ratio* che giustifica la sua ampia promozione nell'ordinamento della Chiesa: «*Verum quod de omnibus aliis rebus dubiis, ac litibus incertis, licitum sit transigere desumitur ex c. 1 h.t. ubi transactio satis commendatur, dum dicitur esse salubris: sicque ob bonum pacis, et communem tranquillitatem Reipublicae, locum habere potest, ubicumque non reperitur prohibita*» (*Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, 17).

porti<sup>21</sup>. Pertanto, se la transazione interviene dopo che sia già stata proposta un'accusa, conduce a porre termine al processo<sup>22</sup>. Il valore della transazione è considerato definitivo e irrevocabile, tanto che viene equiparato a quello della *res iudicata* in ordine alla possibilità di sollevare l'eccezione perentoria *litis finitae* nel caso di una successiva convocazione in giudizio in spregio del raggiunto accordo<sup>23</sup>.

Questa efficacia della transazione viene riconosciuta indipendentemente dalla modalità con cui viene stipulata: in forma orale o scritta, in via giudiziale o stragiudiziale. Un simile atteggiamento di favore verso la libertà di forma dell'accordo si può considerare un profilo caratteristico del diritto canonico, tradizionalmente contrario agli eccessivi formalismi, e per quanto concerne in specifico la transazione costituisce un presupposto per incentivare la composizione pacifica delle controversie. Com'è noto, diversamente dal diritto romano e dai civilisti<sup>24</sup>, i canonisti affermano l'obbligatorie-

---

<sup>21</sup> «*Effectus transactionis est ut omnia instrumenta ad causam spectantia super qua transactum est, et quidquid aliud quod opem partibus ferre poterat, sit vacuum et omni virtute cassatum, et sola transactio validum perpetuumque robur obtineat*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 10).

<sup>22</sup> «*Infertur proinde, quod omnes actiones et obligationes in iudicio deductae, ac probationes earum, omniaque instrumenta, et alia iura partium in oppositum militantia, per contrariam transactionem legitime interpositam tollantur, cassentur, et viribus vacuentur, iuxta iura proxime alligata*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum univ-ersum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § IV, n. 47).

<sup>23</sup> Innocenzo IV nel concilio Lugdunense I (c. 6) riconosce egualmente un'*exceptio peremptoria* che impedisce la *litis contestatio*, qualora «*de re iudicata, transacta seu finita excipiat litigator*» (VI, II, 3, c. 1). «*Est ergo transactio paris auctoritatis cum sententia, quia ex utraque oritur exceptio*» (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De transactionibus, Quis sit effectus*, n. 6).

<sup>24</sup> Nel diritto romano più antico sono considerate efficaci e vincolanti solo le convenzioni che sono stipulate nella forma della *stipulatio* o che corrispondono alle fattispecie causali tipiche. Successivamente, in epoca classica, il diritto pretorio porta alla costruzione di una *exceptio pacti* che consente di rifiutare la restituzione se la prestazione (*datio vel factum*) è avvenuta su esecuzione di un patto convenzionale. Resta fermo però il principio: «*ex nudo pacto actio non oritur*». In seguito, i glossatori civilisti disegnano la figura dei *pacta vestita*, contrapposti ai *nuda pacta*, ossia le convenzioni innominate che hanno ricevuto esecuzione oggettiva: «*Id est datio vel factum ex quo vestiatur contractus innominatus*» (ACCURSIO, v. *Causa, ad D. 2. 14. 7. 4*).

tà giuridica delle volontà negoziali anche se sono state espresse con un patto cosiddetto nudo, non rivestito né da solennità formali né dall'esecuzione spontanea<sup>25</sup>. Di conseguenza, per la valida realizzazione della transazione non sono prescritte formalità particolari<sup>26</sup>, anche se l'uso della scrittura può agevolare la prova dell'avvenuta composizione<sup>27</sup>, mentre il ricorso a strumenti di conferma del vincolo contrattuale, come la clausola penale o il giuramento, possono garantire una tutela rafforzata<sup>28</sup>.

Proprio la libertà di forma della transazione, in concorso con l'elasticità dei vari strumenti giuridici utilizzabili per concordare e dare rilevanza all'avvenuta composizione dei conflitti, induce la dottrina canonistica, sulla scorta della civilistica, a definire sotto il profilo sostanziale gli elementi costitutivi della struttura della transazione per distinguerla da altre figure negoziali. L'intento definitorio e sistematico è particolarmente accentuato nelle riflessioni della prima epoca moderna che distinguono tra la *transactio large et impro-*

<sup>25</sup> Già nel *Decretum* di Graziano viene inserito un passo di Giovanni Crisostomo con il titolo: «*inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentia*» (C. XXII, q. 5, c. 12) e nella *glossa v. Distantia* si afferma: «*Item hic est argumentum quod ex nudo pacto oritur actio*» (ad C. XXII, q. 5, c. 12). Nello stesso senso, la *glossa ad C. XII, q. 2, c. 66*: «*aliquis obligetur nudis verbis, licet non intercessit stipulatio ... potest dici quod competit actio ex nuda promissione*». Infine, nel *Liber Extra* si riporta un decreto di un concilio africano, sotto il titolo: «*Pacta nuda servanda sunt*» (X, I, 35, c. 1) e la *glossa v. Pacta custodiantur* commenta: «*ex nudo pacto oritur actio*».

<sup>26</sup> La libertà delle parti di scegliere il modo ritenuto più adeguato per perfezionare l'accordo viene riconosciuta ancora dalla dottrina posteriore all'epoca classica (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 12). In particolare A. REIFFENSTUEL (*Ius canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § IV, n. 51) rimarca la differenza tra il diritto canonico e il diritto civile: «*secundum canones ex pacto etiam nudo, ac proin ex transactione detur actio*».

<sup>27</sup> *Glossa v. Scriptura ad X, V, 40, c. 11*: «*... saepe intervenit scriptura, et ad probationem pacti interponitur*».

<sup>28</sup> Le conseguenze che derivano dall'apposizione del giuramento sono esaminate nello specifico da L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, cit., pp. 133-137. Dato che non incidono sulla disciplina generale della transazione, non si ritiene necessario analizzarle nel presente lavoro.

*prie sumpta* e la *transactio stricte et proprie accepta*<sup>29</sup>. Nella prima categoria sono riunite tutte le diverse ed eterogenee fattispecie giuridiche che sono dirette a risolvere in modo pacifico una controversia, comprendendo quindi tanto gli atti unilaterali, come la rinuncia al diritto o la remissione dell'accusa, quanto i negozi bilaterali, come le donazioni o altri patti a titolo gratuito, quanto i rimedi processuali del giuramento decisorio o della confessione che predeterminano il contenuto della sentenza. Nella seconda categoria, invece, rientra solo la *compositio* che corrisponde allo schema della transazione, ossia quella «*quae res dubia et controversa partium consensu componitur, aliqua re data, vel promissa vel retenta*»<sup>30</sup>.

Sulla base di una tesi riferita come '*communis*' si sottolineano tre requisiti che caratterizzano necessariamente questo istituto: «*Ut fiat de re dubia ... quod fiat super lite incerta ... quod non fiat gratis*»<sup>31</sup>. Per il primo, la transazione si differenzia dal patto generico che «*potest esse etiam de re certa et indubitata*»<sup>32</sup>. Con il secondo, si fa riferimento al suo fine specifico, diretto a risolvere una controversia e quindi a interrompere o a impedire il sorgere di una lite: «*ac proin proprie accepta non fit de qualibet re dubia, sed de re dubia propter litem motam, vel saltem movendam*»<sup>33</sup>. Con il terzo, infine, si richiede che lo scambio reciproco avvenga a titolo oneroso («*aliquo hinc inde dato et retento, promisso vel remisso*»), per cui si distingue dal patto gratuito e dall'*amicabilis compositio* «*per quam gratis, sive nullo*

<sup>29</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, nn. 2-3; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 1.

<sup>30</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 1. Come si nota, la definizione non si discosta da quella elaborata in epoca classica sulla base delle fonti romanistiche.

<sup>31</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, nn. 11-13.

<sup>32</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 11.

<sup>33</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 12. A sostegno dell'affermazione l'autore richiama l'etimologia del termine già riferita da Goffredo da Trani (si veda *supra*, nota 19): «*Quia transactio vi nominis importat transitum, seu recessum ab actione*».

*hunc inde dato et retento, promisso vel remisso, sive prorsus amicabilem a lite receditur»<sup>34</sup>.*

La distinzione tra la transazione e la *compositio amicabile* assume una particolare rilevanza nel diritto canonico, in quanto consente di estendere l'applicazione dello strumento pattizio di risoluzione delle controversie anche a beni ecclesiali o ambiti materiali nei quali non si ritiene possibile il ricorso al negozio a titolo oneroso. Per questo la tradizione canonistica ha dedicato una speciale attenzione a questa specie di accomodamento a titolo gratuito.

### 3. «Gratis et amicabilem»<sup>35</sup>: *l'elaborazione canonistica della compositio amicabile*

Nel quadro dei progressivi interventi dei pontefici diretti a precisare le modalità di attuazione della transazione nelle controversie ecclesiali, emerge l'esigenza di dettare regole specifiche in ordine a una particolare tipologia di beni o diritti ad essi connessi, quali le *res sacrae vel spirituales vel spiritualibus adnexae*. Alcune decretali pontificie, infatti, rilevano come gli accordi che sanciscono uno scambio tra una *res sacra vel spiritualis, vel spiritualibus adnexa*, e una qualsiasi controprestazione economica siano da considerare una figura specifica del peccato di simonia e come tali non possano essere ritenuti validi<sup>36</sup>. Peraltro, la proibizione delle transazioni simoniache non

---

<sup>34</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 14. L'autore nota tuttavia come, nonostante la distinzione concettuale tra i due istituti, nella pratica i due termini vengano spesso confusi: «*Quamvis his non obstantibus compositio in largiori significatione quandoque pro transactione sumatur, et contra transactio pro amicabile compositione*».

<sup>35</sup> X, I, 36, c. 7.

<sup>36</sup> Due decretali di Alessandro III riguardano transazioni sul beneficio ecclesiastico: X, I, 36, c. 4: «*Quia igitur huiusmodi transactiones speciem nonnunquam continent simoniae, et non solum malo, sed etiam a specie mali secundum Apostolum nos convenit abstinere ...*»; X, I, 36, c. 7: «*Etenim res sacrae, ut possideantur aliquo dato, vel retento sive promisso, speciem credimus habere simoniae*». La decretale di Lucio III estende il divieto alla transazione *super iure praesentandi*: «*Quum igitur ipsa pactio simoniaca videatur, respondemus quod de iure non tenet, nec ex ea religiosi ullum de-*

può condurre ad escludere del tutto la possibilità di giungere a una soluzione consensuale nelle controversie *in spiritualibus*<sup>37</sup>, in quanto è lo stesso principio evangelico della riconciliazione che sollecita a sanare i dissidi anche quando abbiano ad oggetto *res spirituales vel spiritualibus adnexae*. Si precisa pertanto come nelle questioni che attengano a beni o a diritti di tale natura sia possibile ricorrere a un accomodamento per risolvere una controversia se la composizione degli interessi non sia pattuita a titolo oneroso ma si realizzi «*gratis et amicablem*»<sup>38</sup>.

Viene così definito un principio che giunge ad avere valenza generale per qualsiasi forma di accomodamento diretto a porre fine a una lite su tali beni, tanto se avvenga con patto bilaterale<sup>39</sup>, quanto con atto unilaterale o con una strategia processuale assunta a seguito di un precedente accordo<sup>40</sup>. La prescrizione diviene pertanto un assioma indiscusso e posto alla base della successiva elaborazione dei presupposti e delle condizioni per la corretta attuazione della *compositio in spiritualibus*. Invero, quantunque il termine *amicabilis compositio* trovi un riscontro con espressioni simili usate nelle fonti romanistiche<sup>41</sup> ov-

---

*bent commodum obtinere*» (X, I, 36, c. 9). La decretale di Celestino III comprende anche la transazione *super spirituali subiectione*: «... *illa transactio ... iniquitatem simoniacam continuisse patetur*» (X, I, 36, c. 10).

<sup>37</sup> «*Pactio potest intervenire in spiritualibus*» (*glossa ad C. XVIII*, q. 2, c. 30, v. *Convenisse*). Si veda anche la *glossa ad C. X*, q. 3, c. 9, v. *Summa*.

<sup>38</sup> X, I, 36, c. 7 (Alessandro III, decretale *Super eo*): «*Alias autem, si gratis et amicablem inter se litigantes componant, sacris canonibus nequaquam dicimus obviare*».

<sup>39</sup> Nella *glossa ad C. I*, q. 3, c. 5, v. *Vel promissa*, si richiama la decretale *Super eo* per precisare: «*Et ita in spiritualibus non potest intervenire transactio ... dubium non est quin amicablem compositio intervenire possit*».

<sup>40</sup> A riguardo della desistenza dall'accusa, si precisa: «*Sed in causa spirituali nullo modo licet pecunia accepta desistere, quia in ea non licet transigi propter pecunia*» (*glossa ad C. II*, q. III, c. 8, v. *In omnibus*).

<sup>41</sup> Il verbo *componere* e il correlativo sostantivo *compositio* si trovano usati, sebbene non frequentemente, dalla giurisprudenza romana classica (ULPIANO in D. 7. 1. 13. 3 [*componere*]; PAOLO in D. 48. 16. 6, pr. [*compositio*] e in D. 50. 16. 230 [*transazione composita*]) e dalla legislazione postclassica (in una costituzione di Giustiniano del 529 viene usato il termine *amicalis compositio* [C. 1. 2. 22]) per intendere la conciliazione o accomodamento tra diverse posizioni, con significato quindi sostanzialmente equivalente a quello di transazione.

vero ancor più nel diritto di origine germanica<sup>42</sup>, la riflessione canonistica arriva a dare all'istituto una connotazione più specifica quale composizione a titolo gratuito che risolve pacificamente una controversia. In realtà *transactio* e *amicabilis compositio* condividono la medesima struttura bilaterale pattizia e la medesima finalità, ossia la definizione in via consensuale di una controversia; l'aspetto in cui divergono attiene esclusivamente al carattere oneroso dell'una, che si conclude con reciproche concessioni, rispetto al carattere gratuito dell'altra, che non richiede uno scambio di prestazioni.

Una evoluzione importante nell'interpretazione della disciplina in materia viene apportata dall'ulteriore insegnamento del canonista Sinibaldo dei Fieschi, divenuto papa Innocenzo IV. Nel riprendere il commento comune alla decretale *Super eo*, il pontefice introduce un punto di vista innovativo che estende la possibilità di utilizzare in *spiritualibus*, oltre alla *compositio amicabilis*, anche la transazione, qualora si adottino misure che consentano di evitare di incorrere nella *species simoniae*, vale a dire «*dummodo ex utraque parte tantum spirituale, et nihil temporale interveniat*»<sup>43</sup>. La tesi viene successivamente accolta e condivisa senza obiezioni dall'unanime dottrina, divenendo una *opinio communis* riportata in tutti i commen-

---

<sup>42</sup> Come si è accennato *supra* in questo capitolo (§ 1), il termine *compositio* ricorre in epoca alto-medioevale, sulla scorta dell'ordinamento longobardo, per indicare una forma di pacificazione tra l'offensore e l'offeso, o i suoi familiari, in alternativa alla vendetta privata, che si realizza attraverso l'offerta e l'accettazione del prezzo del riscatto dell'offesa, denominato appunto *compositio*. Sulla *compositio* in ambito penale si vedano gli approfondimenti svolti *infra*, cap. III, § 5.1.

<sup>43</sup> INNOCENZO IV, *In quinque libros Decretalium commentaria*, I, *De transactionibus*, cap. *Statuimus*, v. *compositio*: «*Quidam dicunt quod in spiritualibus potest intervenire compositio, sed transactio numquam, infra, eod., cap. Super eo (c. 7, X, I, 36). Nos dicimus licitam esse transactionem et permutationem in spiritualibus, dummodo ex utraque parte tantum spirituale, et nihil temporale interveniat*». Di seguito, in merito alla decretale *Super eo* riprende tale estensione nel riferire due casi di applicazione della *compositio* nelle cause attinenti al beneficio ecclesiastico: «*puta quia unus liberaliter beneficium resignet tamquam iure carens, et alius habeat tamquam ius habens. Vel si agitur de proprietate beneficium, licet spirituale pro spirituali dare*» (INNOCENZO IV, *In quinque libros Decretalium commentaria*, I, *De transactionibus*, cap. *Super eo*, v. *amicabiliter*).

ti<sup>44</sup>. Di conseguenza, per risolvere in via consensuale le controversie attinenti alle *res spirituales vel spiritualibus adnexae*, risulta pacificamente ammessa la possibilità di ricorrere sia alla *compositio amicabile vel gratuita*, sia alla *transactio*, purché sia concordata in modo tale per cui non sia previsto uno scambio «*temporale pro spirituali*», ma solo «*spirituale pro spirituali*».

Nonostante questa estensione, che rende meno netta la divisione tra il campo di applicazione della *transactio* e quello della *compositio* in tema di *res spirituales*, e quantunque nell'ambito della transazione sia introdotta la figura specifica dell'accomodamento su *spirituale pro spirituali*, resta ferma la differenza del sinallagma tra le due figure negoziali, come risulta confermato dalla dottrina posteriore: «*Haec differentia est inter compositionem amicabilem, et transactionem, quia transactio est pactio non gratuita, qua aliquid datur vel retinetur, ut a lite recedatur; compositio vero est gratuita pactio*»<sup>45</sup>. L'applicazione peculiare della transazione allo scambio tra beni di eguale natura spirituale non vale infatti a mutare il titolo oneroso dell'accordo, ma solo a evitare di incorrere nel peccato di simonia<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> *Glossa ad X*, I, 36, c. 7, v. *super re sacra*: «*de re sacra sive spirituali transactio intervenire non potest ... sed si spirituale detur pro spirituali, bene tenet et valet talis permutatio seu transactio*». GOFFREDO DA TRANI (*Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 2, *Transactio unde dicatur*): «*Potest transigi in omnibus civilibus ...; non tamen in spiritualibus ... Potest in eis intervenire amicabilem compositio ... nisi dicatur transactionem fieri posse in spiritualibus, ut detur spirituale pro spirituali*». Egualmente ENRICO DA SUSA (*Summa aurea, De transactionibus*, 4. *Et in quibus cesset*): «*nisi forte cum alio spirituali fiat permutatio*».

<sup>45</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. II, *Statuimus*, n. 5.

<sup>46</sup> «*Dic tamen secundum Inno (centium IV) quod in spiritualibus non ex toto reprobatur transactio, sed tunc cum datur temporale pro spirituali; et ita loquitur glossa, secus si datur aliquid spirituale pro spirituali, nam tunc cessat simonia*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. II, *Statuimus*, n. 5).

4. «Super omnibus praeter quam in prohibitis»<sup>47</sup>: *la legittimazione a transigere e i limiti posti all'oggetto della composizione*

Un altro aspetto sul quale i pontefici hanno sentito l'esigenza di intervenire per chiarire le condizioni di applicazione delle pattuizioni, per adattare alle regole interne dell'organizzazione istituzionale della Chiesa, riguarda la definizione del soggetto legittimato a concludere il negozio transattivo e i limiti al potere di disporre sull'oggetto della composizione.

In generale, per poter concordare una transazione si richiede nei soggetti contraenti che abbiano la capacità di disporre dei beni oggetto della composizione in rapporto al tipo di effetti prodotti dall'accordo, vale a dire che abbiano la «libera administratio»<sup>48</sup>. Dato che l'accordo implica spesso il trasferimento della proprietà del bene o la rinuncia a esercitare diritti sullo stesso, la transazione viene considerata una *species alienationis*<sup>49</sup> e per la sua stipulazione si richiedono le medesime condizioni previste per tutte le alienazioni. Pertanto, nel caso dei prelati preposti a uffici o a cariche ecclesiastiche che concludono una transazione sui beni o posizioni giuridiche di pertinenza della propria *dignitas* o del *corpus* o *societas* cui sono preposti, alcune decretali pontificie contenute nel *Liber Extra* precisano che possono contrarre siffatte composizioni se abbiano la competenza a disporre del bene o se l'atto sia stato approvato o confermato dall'autorità competente o dal suo superiore gerarchico<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De transactionibus*, 3. *Super quibus rebus*.

<sup>48</sup> «*Possunt autem transigere domini rerum vel actionum, tutores et curatores, habentes liberam administrationem*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 2, *Transactio unde dicatur*). L'espressione viene riportata anche da ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De transactionibus*, 2. *Quis potest transigere*.

<sup>49</sup> «*Item verbo alienationis continetur omnis alienatio, quae transfert dominium, ut puta venditio, et omnis illa per quam res obligatur*» (glossa ad X, III, 13, c. 5).

<sup>50</sup> Decretale *Statuimus* di Alessandro III (X, I, 36, c. 2): «*Statuimus, ut, si super decimis inter vos et aliquam personam ecclesiasticam de assensu episcopi vel archiepiscopi sui compositio facta fuerit, rata perpetuis temporibus et inconcussa persistat*»; decretale *Contigit* di Alessandro III (X, I, 36, c. 3) nel titolo: «*Si capitulum consensit transactioni, quam fecit praelatus nomine ecclesiae, ulterius dissentire non potest*».

Commentando tali disposizioni la dottrina rileva come in effetti il *praelatus in rebus Ecclesiae* «*habet generalem administrationem, sed non liberam*», per cui se nella transazione si dispone l'alienazione del bene occorre che la composizione sia confermata dal consenso dell'autorità che abbia il potere di disporne<sup>51</sup>. Si precisa, peraltro, come non sia necessario l'intervento del superiore gerarchico se la transazione «*fiat in Ecclesiae utilitatem*»<sup>52</sup>, mentre se l'accordo implica una alienazione, si richiede un decreto di conferma dell'autorità competente, previa una «*aliqua causae cognitio*»<sup>53</sup>. Secondo un'interpretazione successiva, invece, non appare necessaria la forma del decreto, in quanto risulta sufficiente il mero consenso<sup>54</sup>, mentre occorre la *causae cognitio*, quanto meno nelle alienazioni *de re immo-*

---

Un'altra decretale di Alessandro III in materia di decime (*Veniens*, X, I, 36, c. 8) dichiara inefficace per l'*ecclesia* la transazione priva della conferma dell'autorità apostolica (sull'interpretazione del motivo per cui nel caso specifico la decretale richieda l'approvazione della Sede apostolica per la materia delle decime che è di competenza del vescovo, si rinvia all'approfondimento di L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, cit., pp. 103-104).

<sup>51</sup> «*Praelatus habet generalem administrationem, sed non liberam; et ideo transigere non potest ... Vel dic quod praelatus non potest transigere alienando rem de qua agitur, plerumque enim per transactionem fit alienatio*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 7). Egualmente ENRICO DA SUSA (*Summa aurea, De transactionibus*, 2, *Quis potest transigere*): «*praelatus habet generalem administrationem sed non liberam et ideo transigere non licet*».

<sup>52</sup> INNOCENZO IV, *In quinque libros Decretalium commentaria*, I, *De transactionibus*, cap. *De caetero noveris*, n. 4: «*Non valet transactio nisi fiat in ecclesiae utilitatem ... si utilitas ecclesiae agatur ex ipsa transactione. Alias enim non tenet sine consensu episcopi*».

<sup>53</sup> INNOCENZO IV, *In quinque libros Decretalium commentaria*, I, *De transactionibus*, cap. *Statuimus*, v. *compositio*: «*et est aliqua causae cognitio et decretum necessarium in alienatione*». La precisazione viene ripresa da ENRICO DA SUSA: «*et quando agitur de transactione vel alienatione requiritur aliqua causae cognitio, et decretum necessarium*» (*In primum Decretalium librum commentaria*, tit. XXXVI, *De transactionibus*, c. *Statuimus*, n. 2) e GIOVANNI D'ANDREA: «*ut dicit Inno. In tali alienatione vel transactione requiritur aliqua causae cognitio et necessarium decretum*» (*Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, c. *Statuimus*, n. 1).

<sup>54</sup> «*... quia nullo iure canonico hoc probatur ... unde sufficit consensus seu auctoritas superioris non autem requiritur decretum*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. II, *Statuimus*, n. 4).

*bili, «ut sic superior examinet, an talis compositio vel alienatio expediatur ecclesiae»<sup>55</sup>.*

Tali disposizioni, poste a presidio dell'interesse della Chiesa a una corretta gestione del proprio patrimonio, hanno dato origine all'elaborazione della peculiare distinzione canonistica tra la *transactio personalis* e la *transactio realis*. Infatti, qualora il prelado sia sprovvisto della necessaria competenza e agisca senza l'assenso dell'autorità superiore, si prescrive che la transazione produca effetti solo sulla sfera personale del contraente, ma non obblighi l'*ecclesia*, né vincoli i successori nella carica ecclesiastica<sup>56</sup>. In sostanza, si considera come se sia «*inter personas facta potius quam inter ecclesias*»<sup>57</sup>.

Le stesse precisazioni vengono estese dalla dottrina anche alla *compositio amicabile in spiritualibus* e conducono a delineare la distinzione tra la *transactio* o *compositio personalis* e la *transactio* o *compositio realis*<sup>58</sup>: mentre l'una è conclusa dal prelado *in rebus ecclesiae* senza ottenere la *superioris auctoritas* e obbliga il solo contraente, ma non pregiudica i suoi successori, invece la seconda produce effetti

<sup>55</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. II, *Statuimus*, n. 3.

<sup>56</sup> Decretale *De caetero* di Alessandro III (X, I, 36, c. 5), nel titolo: «*Per transactionem factam sine auctoritate episcopi potest praelatus, sed non ecclesiae constitui censualis*». La questione riguarda un *census* o reddito a carico del patrimonio di una *ecclesia* e il pontefice precisa che la disposizione non ha effetti oltre la vita del prelado e quindi non obbliga il suo successore: «*sed census absque episcopali auctoritate cui praeest ecclesiae sub hoc praetextu solutus, vitam eius, qui solverit, non excedit*». Si veda anche il titolo di X, I, 36, c. 8: «*Transactio facta de rebus ecclesiae per praelatum sine superioris consensu non obligat successorem*».

<sup>57</sup> Decretale *Veniens* di Alessandro III (X, I, 36, c. 8). Di seguito si aggiunge: «*nec pacta inter alios acta aliis obesse patiamur*».

<sup>58</sup> La distinzione viene tratteggiata da ENRICO DA SUSA: «*quae si fiat sine auctoritate iudicis personalis est: et ideo cum personis extinguitur. Si vero auctoritate iudicis realis est nisi per iudicem aliud dictum est*» (*Summa aurea, De transactionibus*, 4. *Et in quibus cesset*); «*... in quacumque compositione vel transactione inter ecclesias inita extra iudicium requiritur superioris auctoritas, maxime ad hoc, ut praeiudicet successoribus*» (ID., *In primum Decretalium librum commentaria*, c. *Statuimus*, n. 2); «*Et si haec solemnitas per ordinarium facta non interveniat, potius videtur compositio personalis, quam realis, quantumcumque delegatus hoc auctorizet, nisi mandatum super hoc recipiat speciale, vel postea ratificetur a Papa ex certa scientia*» (ID., *In primum Decretalium librum commentaria*, c. *De caetero*, n. 6).

anche nei confronti dell'*ecclesia* e vale per tutti i successivi titolari della carica. La diversa efficacia della *compositio* non dipende dalla volontà delle parti, ma dalla «*iuris potestas*», ossia dalla competenza di chi dispone del bene, se abbia o meno la necessaria *auctoritas*<sup>59</sup>.

La ripartizione viene ripresa e sistematizzata dalla dottrina posteriore, anche a seguito delle ulteriori disposizioni che limitano la *libera administratio* dei beni ecclesiali con l'imposizione di determinate *solemnitates*<sup>60</sup>: *realis* è la transazione «*quae ad successores rei, super qua transactum est, transit*»; *personalis* «*quae durat dum transigens vivit et cum eo extinguitur nec transit ad successores*»<sup>61</sup>. Peraltro, dal momento che la *ratio* giustificatrice di tale disciplina viene individuata nell'esigenza di evitare le disposizioni di alienazione di beni o diritti patrimoniali che siano *in praeiudicium Ecclesiae*<sup>62</sup>, si giunge a elencare delle situazioni eccezionali nelle quali non si riscontra nei fatti alcun danno economico, oppure sussistono altri gravi motivi che rendono necessario o quanto meno opportuno tale

---

<sup>59</sup> «*Ubi vero agitur de ecclesiastica, seu spirituali, non consideratur sola voluntas contrahentium. Licet enim obligare personas suas possint, non tamen ecclesias ... et ideo in his plus consideratur iuris potestas, iudicis auctoritas quam voluntas sola contrahentium*» (GIOVANNI D'ANDREA, *Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, cap. *Veniens*, n. 2).

<sup>60</sup> «*Transactio est species alienationis: unde, sicut res Ecclesiae immobiles, vel pretiosae, absque solemnitatibus iure requisitis alienari nequeunt, ut habetur in Extravag. Ambrosiae de rebus Ecclesiae alienan. Ita neque transactio super iisdem facta tenet. Secus dicendum de mobilibus non pretiosis, seu parum valentibus, aut quae servando servari non possunt*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § IV, n. 62).

<sup>61</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § I, n. 3. Una transazione in origine *personalis* può successivamente essere trasformata in *realis* con una *confirmatio in forma specifica* della Sede apostolica (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § IV, n. 64).

<sup>62</sup> «*Quamvis praelatus, seu rector Ecclesiae, non possit transigere, vel componere super rebus Ecclesiae immobilibus, seu iuribus spiritualibus in praeiudicium Ecclesiae; ac proinde transactio facta de rebus Ecclesiae per praelatum sine consensu Superioris non obliget successorem: potest nihilominus rector Ecclesiae transigere super iuribus Ecclesiae in praeiudicium sui ipisius, ita quod transactio teneat toto tempore quod Ecclesiam possidebit*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § IV, n. 63).

accomodamento, per cui i prelati «*sine solemnitatibus iuris possunt transigere*»<sup>63</sup>.

Come si nota, la distinzione tra le due tipologie di transazione o composizione non dipende dall'oggetto dell'accordo, né incide sulla validità o invalidità del negozio, ma riguarda piuttosto l'ambito di efficacia, in modo da limitare alla sfera personale del contraente e alla durata della sua permanenza in carica gli atti pregiudizievoli all'interesse della Chiesa che non siano stati approvati dai superiori gerarchici competenti. Per altre materie, invece, si individua un impedimento alla transazione che deriva dalla natura stessa dei beni oggetto del compromesso, così da escludere in radice il potere dispositivo di qualsiasi autorità e da comportare l'invalidità del negozio.

La discussione che ha animato la canonistica circa le *res transigibiles vel non transigibiles* viene sollecitata dalla decretale *Ex parte* di Onorio III<sup>64</sup>. Il provvedimento, come si è visto<sup>65</sup>, tratta propriamente del compito del giudice di interporre *ad componendum* e detta le condizioni per l'esercizio di un simile potere: se in generale il giudice deve decidere «*secundum canonicas et legitimas sanctiones*», in alcune circostanze può anche promuovere un accomodamento consensuale tra le parti<sup>66</sup> che deroghi allo stretto diritto. Nel defi-

<sup>63</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER (*Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 6) riporta una serie di cinque eccezioni: «1. Si sint res modicae, et parum utiles, etiam immobiles, vel mobiles non pretiosae, quae servando servari nequeant; ... 2. Si praelatus ... ita transigit super rebus ... ut eas non perdat, vel alienet, sed litis terminandae causa, oblata alteri parti pecunia, recuperet, vel retinet; 3. Si praelatus ... a conventu, vel a capitulo suo, praeter mandatum procuratorium accepit litteras de ratihabitione ... 4. Si ita necessarium foret transactionem fieri super rebus vinculatis, aut alienari prohibitis, ad diuturnas lites finiendas, impediendum scandalum, vitanda damna gravia; vel vi statuti, aut sententiae iudicis ita iubentis; ... 5. Si ecclesia rei, de qua transigitur, nec possessionem nec aliud ius re obtineat, sed tantum spem et ius ad rem dubium ... quia hoc casu non agitur de aliquo amittendo, sed magis de non acquirendo».

<sup>64</sup> X, I, 36, c. 11.

<sup>65</sup> Si veda quanto detto *supra* nel cap. II, § 5.

<sup>66</sup> Tale accomodamento viene definito nella rubrica del capitolo come «*transactio*» («*Iudex potest et debet se interponere pro transactione inter partes faciendae*»), mentre nel testo della decretale viene denominato «*compositio*».

nire quali siano i casi in cui si possa «*aliquid severitati detrabere*», la decretale instaura una significativa equiparazione con le materie che possono essere oggetto di dispensa: quando non sia possibile derogare al diritto con una *dispensatio*, non è possibile farlo neppure con una *compositio*<sup>67</sup>. La stessa decretale indica quale esempio di causa nella quale un tale «*remedium non admittitur*» il «*coniugii sacramentum*».

La ragione dell'impossibilità di disporre «*contra matrimonium*» è data, come rileva la glossa *Sacramentum*, dal fondamento della norma sull'indissolubilità del coniugio nell'ordine di diritto divino<sup>68</sup>. Peraltro, il divieto di «*aliquid severitati detrabere*» non riguarda la materia in sé del matrimonio, ma solo le disposizioni contrarie ai principi fondamentali di diritto divino, nello specifico la permanenza del vincolo coniugale validamente contratto<sup>69</sup>. Pertanto, sono da considerare invalidi i compromessi che contraddicono l'indissolubilità del matrimonio<sup>70</sup>, mentre possono essere ammessi gli accor-

---

<sup>67</sup> «*Poteris etiam ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati detrabere, ... exceptis nimirum casibus, qui compositionis sive dispensationis remedium non admittunt, utpote coniugii sacramentum, quod, ... a severitate canonica circa illud recedere non licebit. In his, vero, quibus ius non invenitur expressum, procedas, aequitate servata, in humaniorem partem ..., secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare*» (X, I, 36, c. 11).

<sup>68</sup> «*Sic patet quod in matrimonio non habet transactio seu compositio locum, ut contra matrimonium aliquid statuatur: cum sit statutum ab ipso Domino in paradiso: quia quos Deus coniunxit homo non separet*» (ad X, I, 36, c. 11).

<sup>69</sup> In questo senso l'*Abbas Siculus* precisa il testo della glossa: «... *debes restringere textum in eo quod dicit quod in matrimonio non admittitur compositio, nam debet intelligi quandoquidem compositionem aliquid fieret contra vinculum matrimoniale, secus si pro matrimonio fieret compositio, ut quando partes contendunt super contractu matrimonii, nam tunc iudex potest eas inducere ad contrahendum de novo si nullum est impedimentum, et idem in similibus questionibus quae dependent a facultate partium*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. XI, *Ex parte*, n. 8).

<sup>70</sup> «... *super matrimonio nec transactio, nec compositio amicabile fieri potest, si per eam fiat aliquid ad illud dissolvendum. Ratio est, quia non possumus transigere, nisi circa ea quae in nostra sunt potestate; matrimonium autem divina auctoritate est institutum, adeoque nulla transactione, vel compositione humana quoad substantiam suam dissolvi potest*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 11).

di che non violano la struttura essenziale del connubio, ma anzi siano diretti a promuovere la sua valida celebrazione<sup>71</sup>, oppure le composizioni che riguardano altre questioni attinenti alle nozze, quali gli *sponsalia de futuro*<sup>72</sup>.

In definitiva, i confini invalicabili posti a qualsiasi accomodamento che deroghi al diritto preconstituito, tanto se sia dettato dal giudice quanto se sia eletto volontariamente dalle parti, tanto se sia una transazione quanto se sia una *compositio amicabile*, sono da ricondurre al dovere di rispettare i principi superiori di diritto divino, che nessun atto umano può compromettere. Tale prescrizione viene dunque a confermare il principio generale, sopra affermato, che riconosce quale titolo di legittimazione ad assumere un qualunque atto che comporti una modifica o una rinuncia a una posizione giuridica l'attribuzione del potere di disporre, ossia la *libera administratio*. In merito alle norme di derivazione divina, infatti, nessuno, né il giudice né i titolari stessi del diritto, hanno il potere di derogare alla loro osservanza. Riguardo ad altre situazioni giuridiche, invece, che possono essere dispensate, risulta ammissibile una transazione con reciproche concessioni che derogano a norme di diritto umano, purché sia conclusa da chi abbia il potere di disporre in materia.

<sup>71</sup> «*Caeterum hoc dictum intellige, quando per transactionem, vel compositionem amicabilem aliquid fierit contra vinculum matrimonii, ut puta quod quis legitima uxore dimissa possit remanere cum secunda: nam hoc nullatenus est licitum ... Secus, si pro matrimonio fieret compositio: ut si illud ex defectu consensus ... ab initio fuit nullum: nam possunt partes, super hoc contententes, sese amicabiliter componere ad contrahendum de novo: imo et iudex potest eas inducere ad sic contrahendum, ubi nullum subest impedimentum, licet ipsas nolentes cogere nequeat*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 20). Nello stesso senso anche F.X. SCHMALZGRUEBER (*Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 11): «*nam si transactio, vel compositio tendat ad matrimonium contrahendum, de quo contendunt partes, an legitime contractum sit, transigi de eo potest, non quidem auctoritate privata, sed publica iudicis, nisi aliud impedimentum canonicum intercedat*».

<sup>72</sup> «*Insuper in sponsalibus de futuro, quando ea ab una parte asseruntur, ab altera vero negantur, valet transactio ut amicabile compositio, per quam ea ratificantur, vel mutuo consensu dissolvuntur*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 21). Egualmente F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 11.

La distinzione tra materie che sono passibili di transazione e materie che non lo sono, *res transigibiles vel non transigibiles*, quindi, non attiene al profilo oggettivo della distinzione tra cause di carattere privato, in cui sarebbe possibile una composizione, e cause di rilevanza pubblica, in cui non sarebbe possibile<sup>73</sup>, ma concerne piuttosto il profilo soggettivo della capacità dei soggetti che stipulano la transazione di dettare una nuova regolamentazione del rapporto giuridico. Anche in merito a beni o posizioni giuridiche che ineriscono a patrimoni o titoli dell'organizzazione istituzionale, infatti, sono ritenute valide le transazioni, purché siano compiute dalle autorità competenti e, se hanno ad oggetto *res spirituales vel spiritualibus adnexae*, siano composizioni gratuite o realizzino uno scambio con un altro bene di eguale natura<sup>74</sup>.

Può essere significativo, in proposito, richiamare la discussione circa la possibilità di transigere *super ecclesia*. I canonisti distinguono a seconda che la chiesa sia oggetto dell'accordo come titolo di beneficio, ovvero come bene appartenente al patrimonio di qualche ente ecclesiastico: se la composizione sancisce lo scambio del diritto di proprietà sul bene e viene fatta dal proprietario del bene il negozio è valido, «*licet spirituale pro spirituali dare*»<sup>75</sup>. Se invece l'accordo riguarda il titolo del beneficio, il patto, quantunque fatto da chi è titolare del beneficio, non è consentito<sup>76</sup>. Peraltro, la proibizione di effettuare una transazione non deriva dall'oggetto, quanto dalle formalità con le quali si dispone del beneficio, dal momento che non

---

<sup>73</sup> Tale distinzione viene invece introdotta nella successiva opera di codificazione, come si evidenzia *infra*, cap. V, § 3.

<sup>74</sup> Si vedano le decretali contenute nel titolo *de transactionibus*, che attengono alle decime (c. 2; c. 8), alla *subiectio spiritualis* (c. 10) e al diritto di patronato (c. 9).

<sup>75</sup> INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria*, I, *De transactionibus*, cap. *Super eo*: «*Vel si agitur de proprietate beneficij, licet spirituale pro spirituali dare ...*».

<sup>76</sup> «*Item quaeritur an si super ecclesia agatur, transigi possit? Respondeo non ... quod intelligo cum de ecclesia agitur tamquam de titulo, seu de beneficio ecclesiastico ... Caeterum si duo episcopi vel duo monasteria agant de ecclesia contententes, de proprietate illius vel de proprietate praedij alicuius, ..., tunc transactio locum habet et permutatio, dum tamen non detur temporale pro spirituali*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 8).

si può acquisire il titolo del beneficio in base a un negozio tra privati, ma occorre che sia attribuito con una *canonica institutio* dal superiore competente<sup>77</sup>. La tesi, riportata nella glossa<sup>78</sup>, diviene *opinio communis* ripetuta in modo unanime dalla dottrina successiva<sup>79</sup>. Secondo tale interpretazione, pertanto, è possibile realizzare una transazione o una *amicabilis compositio* per risolvere una controversia *de titulo beneficii*, purché l'atto sia concluso dall'autorità competente a istituire il beneficio<sup>80</sup> e l'accordo sia a titolo gratuito, oppure con

<sup>77</sup> La decretale *Ex frequentibus* di Alessandro III (X, III, 7 *De institutionibus*, c. 3) riprova la *consuetudinem pravam* dei chierici che «*ecclesiastica beneficia sine consensu episcopi dioecesis vel officialium suorum, qui hoc de iure possunt facere, recipiunt*». Il divieto viene inserito anche nelle *Regulae iuris* allegate al *Liber Sextus*: «*Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione canonica obtineri*» (*Regula I*, in VI, *De regulis iuris*).

<sup>78</sup> *Glossa ad X*, I, 36, c. 7, v. *Super re sacra*: «*Sed distingue utrum agatur de re etiam spirituali, quae petatur tamquam beneficium, an tamquam proprietas, si agatur super beneficio ut aliquis recipiatur ad beneficium ecclesiae, vel quantum ad praelationem, tunc nulla potest intervenire transactio proprie ... quia simoniacam esset, et quia talis titulus non habetur ex transactione, sed per canonicam institutionem*».

<sup>79</sup> Richiamando la *glossa*, NICCOLÒ DEI TEDESCHI (*Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. *Super eo*, n. 3) afferma: «*dic clarius, quod, aut contenditur de beneficio ratione tituli seu praelationis, et non potest intervenire transactio, ut detur temporale pro spirituali, vel ut detur aliud spirituale non a superiore, sed vigore transactionis, quod non est licitum, quia beneficium ecclesiasticum non potest obtineri, nisi per canonicam institutionem*». Nel passo precedente illustra la medesima dottrina, riferendosi all'insegnamento di Innocenzo IV (*ivi*, cap. *Statuimus*, n. 6).

<sup>80</sup> «*Verum Glossa in c. Super eo, v. Super re sacra et Abbas ibidem notabilem afferunt datae conclusionis limitationem. Aiunt, enim, allatam doctrinam procedere, quando agitur, seu contenditur de re spirituali quoad eius proprietatem; ut quando oritur controversia super decimis, et iure patronatus, aut quando praelati litigant super Ecclesia quadam, eiusque proprietate: tunc enim poterit intervenire transactio, compensando unam rem spirituales largitione, vel cessione alterius rei seu iuris spiritualis proportionati. Secus est dicendum, quando agitur super beneficio ecclesiastico quoad titulum, seu ut quis recipiatur ad beneficium, vel praelaturam aliquam: nam tunc transactio privata auctoritate (nisi videlicet accedat Superioris auctoritas, iuxta dicenda n. 42) intervenire non potest etiam dando, vel remittendo aliud spirituale. Ratio est: quia titulus beneficii non potest acquiri per transactionem, sed solum auctoritate Superioris, ac per canonicam institutionem*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § III, nn. 38-39).

uno scambio tra beni di eguale natura spirituale<sup>81</sup>.

Come si evince al termine di questa disamina, le decretali pontificie, insieme con l'apparato di interpretazioni e commenti dei canonisti, sono venute a precisare le condizioni e i limiti di applicazione della transazione nei rapporti tra fedeli o tra autorità gerarchiche, in considerazione della peculiare natura dei beni ecclesiali. A fronte del principio di libertà, recepito dalla tradizione romanistica, che riconosce la possibilità di transigere «*super omnibus praeter quam in prohibitis civilibus sive criminalibus*»<sup>82</sup>, in determinate materie sono state definite particolari proibizioni, in ordine o alle modalità di realizzazione del patto transattivo, o alle regole da osservare.

Sotto il primo aspetto, è stato prescritto il divieto per le *res spirituales vel spiritualibus adnexae* di essere oggetto di scambio transattivo in controprestazione a una *res temporalis*, potendosi ammettere solo l'*amicabilis compositio* gratuita o la transazione in cui «*detur spirituale pro spirituali*». Altre modalità specifiche riguardano invece il rispetto delle legittime competenze quando si dispone delle posizioni giuridiche connesse o appartenenti all'organizzazione istituzionale, per le quali si richiede il necessario consenso del superiore e l'assolvimento delle *sollemnitates* prescritte.

Sotto il secondo aspetto, invece, si stabilisce l'impedimento assoluto a definire una composizione transattiva che apporti una deroga a un principio o a una norma attinenti al piano del diritto divino, in qualsiasi forma sia conclusa (*compositio imperata*, transazione onerosa o gratuita *amicabilis compositio*) e in qualsiasi materia.

---

<sup>81</sup> «*Deinde litis beneficiaria per amicabilem compositionem ita sopiri potest, ut ex una parte retento beneficio, alteri detur aliud beneficium, dummodo superioris auctoritas accedat*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § III, n. 42).

<sup>82</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De transactionibus*, 3. *Super quibus rebus*. Egualmente in GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De transactionibus*, n. 2. Il principio viene ripetuto ancora dalla dottrina posteriore come una *opinio communis*: «*Generatim loquendo de omnibus rebus dubiis et litibus incertis licitum est transigere praeterquam iis, de quibus id iure prohibitum reperitur. Ita Hostiensis, Summa h.t. 3 cum communi*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 15).

Un'altra inibizione è stata evidenziata dalla dottrina in rapporto a quelle transazioni che comporterebbero la commissione di un peccato mortale o il permanere in una situazione di peccato mortale<sup>83</sup>, come nel caso delle *compositiones super criminibus*. Su quest'ultima possibilità sembra opportuno svolgere alcune precisazioni, data la complessità della materia e l'acceso dibattito che ha animato la dottrina, sia civilistica che canonistica.

## 5. *La compositio in ambito penale*

### 5.1. *I pacta de crimine*

Fin dal diritto romano arcaico l'usanza di giungere ad un accordo tra l'aggressore e l'offeso, o i suoi familiari, al fine di concordare un compenso per il torto subito, costituisce un modo per porre un argine agli abusi delle vendette più violente e pacificare i rapporti tra le parti e i loro gruppi di appartenenza. Con questa funzione di garantire un equilibrio tra la lesione e la reazione, i primi interventi della *civitas* diretti a regolare le conseguenze delle azioni illecite introducono dapprima con le *leges regiae* l'istituto del taglione<sup>84</sup> e successivamente, in età repubblicana, prevedono la possibilità

---

<sup>83</sup> «... *nec dispensatio, nec compositio locum habet in his, quae pendent a iure naturali ... divino, et evangeliiis contento, ... in his vero, quae pendent ex iure positivo praeceptorio, cuius transgressio est mortale*» (GIOVANNI D'ANDREA, *Commentaria in primum decretalium librum*, tit. 36 *De transactionibus*, cap. XI, *Ex parte*, n. 4). Il limite è riportato anche da NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, secunda pars, tit. XXXVI, *De transactionibus*, cap. *Ex parte*, n. 10: «*in aliis civilibus et criminalibus, ubi ex dispensatione seu compositione quis committeret peccatum mortale, vel in eo remaneret*». Infine viene ripreso pure da A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, § II, n. 15: «*Et quidem constat, transactionem non valere in iis, quae deviant a iure naturali vel divino, aut ubicumque ex transactione, vel compositione committeret quis peccatum mortale, sive in eo remaneret*».

<sup>84</sup> Il termine taglione trova la radice etimologica nella formula «*talis esto*», che rinvia appunto a un giudizio di equivalenza diretto a reprimere reazioni indiscriminate e a stabilire un equilibrio nell'esercizio della vendetta. Sul tema si veda G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 27.

di evitare il ricorso alla sanzione penale se le parti abbiano concluso un patto (denominato *pactum* o *pactio*)<sup>85</sup> con cui soddisfano l'esigenza dell'offeso di pareggiare il pregiudizio subito tramite la corresponsione da parte dell'offensore di un importo che costituisce il controvalore economico dei danni arrecati, tanto sotto il profilo patrimoniale, quanto da quello morale<sup>86</sup>. Mentre in origine la definizione dell'ammontare del compenso è lasciata al libero accordo tra l'offensore e l'offeso, in seguito la somma da pagare a titolo di pena pecuniaria viene stabilita dalla legge o demandata alla decisione del giudice o dell'arbitro, ma si riconosce comunque all'offeso la possibilità di rinunciare all'azione penale o di interrompere il giudizio con la stipulazione di una soluzione compensativa.

Al fondo di questo sistema si intravede una concezione privatistica della sanzione penale, in quanto risulta finalizzata a ristabilire l'equilibrio nelle relazioni tra le parti coinvolte dall'azione delittuosa e viene computata secondo un criterio retributivo, in proporzione della gravità del pregiudizio arrecato alla vittima. In coerenza a questa impostazione, la storiografia romanistica tradizionale ritiene che la composizione consensuale sia ammessa solo per i reati che sono considerati lesivi degli interessi riguardanti più strettamente la sfera personale (*delicta*), non per quelli che, al contrario, sono ritenuti coinvolgere gli interessi di ordine e di sicurezza dell'intera *civitas* (*crimina*)<sup>87</sup>. Nondimeno alcune disposizioni imperiali di epo-

---

<sup>85</sup> La finalità di pacificazione risulta sottolineata nella stessa radice etimologica del termine *pactum*: «*Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*» (ULPIANO in D. 14. 1. 1).

<sup>86</sup> Nell'ambito delle disposizioni delle XII Tavole, si ricorda in particolare la Tabula VIII, 2: «*Si membrum rumpsit, ni cum eo pacis, talio esto*». Anche riguardo al furto si riconduce al testo decemvirale la previsione della possibilità di una pacificazione alternativa (D. 2. 14. 7. 14) (M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, G.B. Palumbo Editore, Firenze, 2000, p. 509).

<sup>87</sup> La distinzione è confermata da ULPIANO in D. 2. 14. 7. 14: «... *in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit*». La differenziazione tra *delicta* e *crimina* inizia a delinearsi in quest'epoca per le diverse modalità di repressione: *iudicia privata* su istanza dell'offeso con pene private, gli

ca postclassica, inserite nel *Codex Iustiniani* sembrano ammettere la facoltà di stipulare transazioni o *pacta de crimine* anche nelle ipotesi delle fattispecie più gravi di reati puniti con la pena capitale<sup>88</sup>. Le interpretazioni di queste fonti sono tuttavia molto difformi, sia per quanto concerne l'esistenza di eventuali interpolazioni da parte dei compilatori giustiniane, sia a riguardo della disciplina circa la *transactio de crimine* che può essere ricostruita sulla base di questi testi<sup>89</sup>.

Non si ritiene necessario, ai fini di questo studio sulla conciliazione in diritto canonico, addentrarsi nelle questioni di esegesi delle fonti romanistiche, ma risulta comunque importante rilevare l'esistenza di questi passi del *Corpus iuris civilis*, in particolare della *lex transigere* di Diocleziano, dal momento che nel successivo periodo intermedio divengono il punto di riferimento per le discussioni in materia tra i giuristi che cercano di armonizzare i principi comuni romanistici con le consuetudini e le normative particolari che si so-

---

uni; *iudicia publica* perseguiti dagli organi cittadini con pene pubbliche, corporali o pecuniarie, gli altri (G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, cit., pp. 136-139).

<sup>88</sup> La fonte principale e più richiamata è il rescritto di Diocleziano e Massimiano del 293: «*Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, non prohibitum est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non inferunt, transigere non licet, citra falsi accusationem*» (C. 2. 4. 18). Altri testi che richiamano i *pacta de crimine* sono contenuti in C. 9. 45. 3 (di Valeriano e Gallieno del 258), C. 8. 37 (38). 9 (di Diocleziano e Massimiano del 294), C. 9. 42. 2. 1 (di Costantino del 319).

<sup>89</sup> Si veda la sintesi del dibattito dottrinale riportata da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 214-216; D. BUCCOMINO, *Studi sulla transazione penale nell'opera di Alberto da Gandino e Angelo Gambiglioni. Prime indagini sulla composizione amichevole delle liti nell'età del diritto comune*, Aracne Editrice, Cantarano (RM), 2020, pp. 70-74. Per alcuni autori i patti di composizione consensuale sono ammessi almeno fino all'epoca di Diocleziano. Per altri, invece, risultano vietati già in epoca classica, per cui non sono considerati validi per il diritto civile e sono inefficaci anche ai fini della desistenza dall'azione penale, quantunque possano valere ad esimere l'accusato dal reato di corruzione dell'accusatore. La maggioranza sembra tuttavia concorde nel ritenere proibiti tali patti per l'età postclassica da Costantino in poi, sebbene pure su questo punto si possano sollevare dubbi in presenza di altre fonti che ne attestano al contrario il valido utilizzo in epoca giustiniana: in proposito A. PADOA SCHIOPPA (*Delitto e pace privata*, cit., p. 215, nota 18) richiama la testimonianza del giurista Teodosio nello scolio ai Basilica 11. 2. 35 = C. 2. 4. 18.

no venute a formare nei vari territori e che hanno subito l'influenza della diversa impostazione del regime penale portata dai diritti delle popolazioni germaniche<sup>90</sup>.

Al pari del diritto romano arcaico, anche le tradizioni germaniche considerano l'azione illecita una questione da rimettere alle relazioni tra l'offensore e l'offeso, o i suoi familiari, lasciando all'autonomia dei privati la scelta di come regolare la reazione all'offesa<sup>91</sup>. Secondo l'usuale istituto della *faida*, la vittima e il suo gruppo di appartenenza possono ricorrere legittimamente alla forza per infliggere al reo una ritorsione afflittiva corrispondente al torto subito<sup>92</sup>. In alternativa a questa procedura vendicativa, peraltro, si considera lecita, e anzi viene incentivata, la composizione consensuale tramite la corresponsione di un indennizzo patrimoniale come prezzo di riscatto dell'offesa<sup>93</sup>.

Lo sviluppo della regolazione successiva vede l'intervento progressivo di disposizioni normative che riducono la libertà dei privati nella scelta delle sanzioni, in quanto giungono a vietare il ricorso alla *faida* per determinati delitti e a imporre l'applicazione in via

---

<sup>90</sup> Com'è noto, nella formazione dei sistemi punitivi della tradizione europea si sovrappongono tre tradizioni principali: la romana imperiale, fondata sulla repressione da parte dell'autorità (coppia crimine/pena); la germanica, fondata sull'assistenza e la vendetta (coppia fatto/vendetta); la cristiana, fondata sul perdono e la riconciliazione (coppia peccato/penitenza). Per approfondimenti si rinvia a X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in *Droit négocié, droit imposé?*, a cura di P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 10.

<sup>91</sup> D. BUCCOMINO, *Studi sulla transazione penale*, cit., pp. 86-97; C.A. CALCAGNO, *Breve storia della risoluzione del conflitto. I sistemi di composizione dall'origine al XXI secolo*, Aracne, Canterano (RM), 2014, pp. 48-60; X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., pp. 15 e 18-19.

<sup>92</sup> Il sistema della vendetta in effetti non è anarchico, ma in qualche modo controllato da regole sociali di origine consuetudinaria, che dettano i criteri per evitare sopraffazioni o un uso sproporzionato della forza.

<sup>93</sup> Sulle *compositiones* nel diritto longobardo si vedano D. BUCCOMINO, *Studi sulla transazione penale*, cit., pp. 86-88; C.A. CALCAGNO, *Breve storia della risoluzione del conflitto*, cit., pp. 48-54; F. TREGGIARI, *Transazione (diritto intermedio)*, cit., pp. 791-793.

esclusiva o alternativa della pena pecuniaria; inoltre, l'ammontare della somma da corrispondere viene predeterminato autoritativamente in rapporto alla gravità del reato, secondo un sistema di giustizia tariffata<sup>94</sup>. Con l'espandersi del potere punitivo pubblico, che assume in proprio la funzione di pacificazione sociale, le *compositio-nes* perdono gradualmente la natura di negozio consensuale, lasciato interamente all'autonomia dei privati, e acquistano sempre più i caratteri di un meccanismo di pene predefinite.

Non viene meno tuttavia la concezione comune che considera le conseguenze penali del reato nella disponibilità della persona offesa o dei suoi familiari, come dimostra il largo impiego dei *pacta de crimine* per tutto il medioevo e la prima età moderna<sup>95</sup>. Per esaminare il valore e l'efficacia di queste convenzioni occorre svolgere un'analisi integrata<sup>96</sup> che tenga conto da un lato, sotto il profilo della situazione reale, delle usanze e delle prassi locali, e dall'altro, sotto il profilo delle valutazioni giuridiche, dell'integrazione tra il diritto comune desunto dal diritto giustiniano, che ispira la riflessione del-

---

<sup>94</sup> Così, nell'Editto di Rotari del 643, viene prestabilito il pagamento di una somma pecuniaria a titolo di risarcimento o di tassa. Un analogo orientamento restrittivo si può riscontrare per il Regno franco nei capitolari di Carlo Magno che stabiliscono pene afflittive per i reati più gravi e per impedire la vendetta privata stabiliscono l'imposizione coattiva della pace, costringendo la vittima ad accettare la composizione pecuniaria (F. TREGGIARI, *Transazione [diritto intermedio]*, cit., p. 792).

<sup>95</sup> O. NICCOLI, *Rinuncia, pace, perdono. Ritualità di pacificazione della prima età moderna*, in *Studi Storici*, 40, 1999, pp. 219-261; A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 209-250; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 25-28 e 167-178.

<sup>96</sup> M. SBRICCOLI (*Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF, A. ZORZI, il Mulino, Bologna-Berlino, 2001, pp. 346-349) evidenzia come sia stato proprio il ricorso alla ricerca integrata tra fonti e metodi diversi, vale a dire lo studio non solo della legislazione e della dottrina, ma anche delle consuetudini e delle prassi notarili e giudiziarie, a far emergere che le pratiche di 'infragiustizia' o di giustizia negoziata sono le più diffuse e condivise, dalle quali ci si discosta solo quando la natura del crimine non consenta di ricorrere a trattative private.

la dottrina, e i diritti particolari che definiscono e adattano alle esigenze delle diverse comunità i casi di applicazione dei patti privati.

Dal primo punto di vista, vale a dire delle usanze e delle prassi locali, secondo quanto si è già annotato in precedenza<sup>97</sup>, si riscontra come le più recenti ricerche storiografiche abbiano rilevato un'ampia diffusione dei *pacta de crimine* per la frequenza con cui si trovano *chartae pacis* negli archivi giudiziari e nei registri dei documenti notarili. Si tratta di atti di vario contenuto (transazioni, arbitrati, remissioni di accuse, rinunce e perdoni) che vengono stipulati tra privati a seguito di trattative informali e che trovano strutturazione giuridica principalmente in due figure: se intervengono dopo l'avvio di una accusa in giudizio, si concludono con promesse giurate davanti al giudice; se rimangono al di fuori del processo, sono perfezionati con accordi registrati dai notai<sup>98</sup>. Pur essendo diverse ed essenzialmente irrituali, queste molteplici modalità di giustizia negoziata risultano accomunate da elementi peculiari che le contraddistinguono, vale a dire il fondamento nella volontà delle parti di porre termine al conflitto, il fine di tendere principalmente a riparare l'offesa piuttosto che a punire il reo, la base regolativa prevalentemente in usi e consuetudini locali<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Si vedano le osservazioni svolte *supra* in merito alla diffusione delle pratiche di conciliazione giudiziale e stragiudiziale (cap. II, § 5; cap. III, § 1).

<sup>98</sup> A. PADOA SCHIOPPA (*Delitto e pace privata*, cit., p. 213) precisa come le *artes notariae* del XIII secolo dimostrano l'ampio uso delle paci private, tanto che i *formularii* includono tutti la formula della *charta pacis vel concordia*. Secondo M. VALLERANI (*La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 176-177) l'analisi delle prassi notarili offre un quadro più realistico delle modalità flessibili con le quali viene conclusa la pacificazione, evidenziando sistemi diversi di usare l'accordo privato a seconda del contesto in cui deve essere applicato. L'autore distingue due formule di base: con la prima si sancisce la fine delle ostilità tra le parti in conflitto con la promessa di mantenere la pace anche da parte degli eredi; con la seconda, invece, la parte offesa promette di non intentare l'accusa o, nel caso l'abbia già introdotta, di non proseguire il processo e se si tratta di crimini punibili *ex officio* promette di non «*dare operam pro inquisitione*».

<sup>99</sup> Si distinguono due sistemi di regolazione delle conseguenze dei crimini che convivono, e spesso si mescolano, nelle forme della giustizia praticata durante il medioevo e l'età moderna: la giustizia negoziata, data dalle diverse espressioni delle paci private, e la giustizia degli apparati istituzionali definita egemonica (M. SBRIC-

Proprio l'aspetto comunitario, che poggia sulle pratiche condivise all'interno del gruppo sociale, determina, da un lato, l'autonomia dell'uso di questi accordi rispetto a una concorrente normativa e, dall'altro, la sua resistenza a successivi interventi autoritativi che cercano di limitarne la portata. Infatti, la prassi indica come possano essere oggetto di pacificazione diverse tipologie di reati: non solo i delitti privati, considerati meno gravi e rimessi all'accusa degli interessati, ma anche i crimini ritenuti maggiormente lesivi dell'*utilitas publica*, per i quali la crescente legislazione sul processo giunge a prevedere il procedimento inquisitorio *ex officio*<sup>100</sup>. Nonostante le progressive restrizioni riguardo ai casi di applicazione e all'efficacia delle convenzioni, indotte dall'evoluzione della disciplina degli ordinamenti particolari e delle interpretazioni dottrinali, l'uso consuetudinario delle paci si mostra tenacemente duraturo, come testimonia un giurista milanese della fine del XVI secolo: «*hodie ex generali consuetudine Italiae licitum est facere pacem pro quocumque crimine*»<sup>101</sup>.

Un aspetto significativo, e rilevante per le considerazioni attinenti al diritto canonico, concerne l'implicazione religiosa e il coinvolgimento della Chiesa nella stipulazione degli accordi di pace<sup>102</sup>. Invero, il monito alla riconciliazione come ideale evangelico, che i

---

COLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., pp. 356-364) o aggiudicativa (X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., pp. 273-312). Per approfondimenti sui caratteri dei due sistemi, si rinvia agli scritti sopra citati.

<sup>100</sup> Sul modello del procedimento inquisitorio regolato nel diritto canonico dalle disposizioni di Innocenzo III (si veda *infra* in questo capitolo, § 5.2) anche le giurisdizioni secolari adottano forme di persecuzione *ex officio* dei crimini: negli statuti dei comuni italiani sono introdotte già nel XIII secolo e poi imposte maggiormente nel secolo successivo, mentre dal XV al XVII secolo si sviluppano in tutti i Paesi europei.

<sup>101</sup> GIULIO CLARO, *Receptae Sententiae*, lib. V, § fin., q. 58, n. 15 (citato da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., p. 246).

<sup>102</sup> M. BELLABARBA, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 192-195; O. NICCOLI, *Rinuncia, pace, perdono*, cit., pp. 219-261; A. PADOVANI, *Violenza e paci private in una città di Romagna: Imola nel Quattrocento*, in *Historia et Ius*, 11, 2017, paper 13, pp. 8-9.

predicatori<sup>103</sup> e i confessori non desistono dall'indicare ai fedeli e dall'imporre ai penitenti, contribuisce ad ammantare di valore sacrale la composizione pacifica dei conflitti<sup>104</sup>. Spesso sono gli stessi ecclesiastici che si propongono per mediare tra reo e offeso nella ricerca di un accomodamento<sup>105</sup> e successivamente registrano l'avvenuta concordia<sup>106</sup>. Anche i rituali pubblici che vengono solitamente seguiti per solennizzare la conclusione del dissidio e proclamare la reintegrazione del reo nella comunità sono celebrati prevalentemente in chiesa, di preferenza in momenti forti del calendario liturgico, in modo da sottolineare tanto la rilevanza sociale del raggiungimento della pace, quanto il suo significato religioso. Persino i notai nella stesura delle *chartae pacis* si compiacciono di richiamare i precetti divini che impongono la concordia tra i dissidenti<sup>107</sup>.

Dal secondo punto di vista da considerare per la ricostruzione del sistema, ossia gli ordinamenti particolari, si registra invece uno

---

<sup>103</sup> M. VALLERANI (*La giustizia pubblica medievale*, cit., p. 169) ricorda la campagna di pacificazione condotta nel 1233 dai frati predicatori nelle città emiliane e venete, che non solo impone «una prassi di giuramenti di pace fra le fazioni e le famiglie in conflitto, con grandi celebrazioni rituali di riconciliazione generale» ma detta anche «le regole normative sulle procedure da adottare e le forme di intervento delle autorità comunali».

<sup>104</sup> O. NICCOLI (*Rinuncia, pace, perdono*, cit., pp. 244-253) annota come nel sistema assiologico dell'età della Controriforma si avverta una consapevolezza rafforzata circa il legame tra gli atti di pacificazione e le istanze della fede, tanto da incrementare lo zelo dei parroci e dei predicatori nell'incentivare la composizione dei conflitti come obbligo morale del cristiano. Nel dibattito teologico, poi, si discute in merito alla liceità per i confessori di concedere l'assoluzione ai contendenti che non accettino di ripristinare la concordia con gli avversari.

<sup>105</sup> Sempre nell'età della Controriforma, particolarmente attivo nel promuovere la pace è l'ordine religioso della Compagnia di Gesù (O. NICCOLI, *Rinuncia, pace, perdono*, cit., pp. 248-253). Anche molte confraternite includono tra i loro obiettivi quello di sanare le dispute tra i loro aderenti (*ivi*, pp. 247-248).

<sup>106</sup> Dopo la riforma del Concilio di Trento in ordine alle funzioni del parroco di registrare gli atti dello stato personale (battesimi, matrimoni e funerali), il suo ruolo viene assimilato a quello di notaio, cui rivolgersi anche per la stesura di atti di pace (O. NICCOLI, *Rinuncia, pace, perdono*, cit., p. 231). Pure in precedenza, tuttavia, molte carte sono rogate nelle chiese, nel vescovado, nel cimitero o negli ospedali (A. PADOVANI, *Violenza e paci private in una città di Romagna*, cit., p. 9).

<sup>107</sup> A. PADOVANI, *Violenza e paci private in una città di Romagna*, cit., p. 9.

sviluppo restrittivo verso le pratiche di composizione consensuale. Infatti, pur con le inevitabili differenze dovute alle diverse realtà locali, si nota una comune tendenza evolutiva delle normative particolari che passano da disposizioni più permissive, aperte a riconoscere la rilevanza delle paci in ordine alla remissione della pena anche per i reati più gravi, a misure più restrittive che, da un lato, aggravano le sanzioni per i crimini di interesse pubblico e, dall'altro, limitano l'incidenza dell'avvenuta conciliazione sull'applicazione e sull'ammontare della pena<sup>108</sup>. Con riguardo specifico alle ricerche svolte nei Comuni dell'Italia settentrionale e centrale, si osserva come nel XII e fino alla prima metà del XIII secolo l'incentivazione alla stipulazione di paci private risulta uno strumento utile a mantenere l'ordine sociale e a contenere l'accesa conflittualità di una realtà sociale molto litigiosa, in quanto con il *pactum de crimine* si viene a porre fine alle possibili rivendicazioni, anche violente, dell'offeso e dei suoi familiari, evitando così l'innescarsi della proliferazione di vendette conseguenti tra i gruppi sociali coinvolti<sup>109</sup>. Gli statuti co-

<sup>108</sup> La dottrina italiana dedica un'attenzione specifica agli statuti dei Comuni italiani: si ricordano *ex multis* gli studi su Bergamo, Pavia, Milano e Como (A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 227-246), Perugia (M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 179-199), Imola (A. PADOVANI, *Violenza e paci private in una città di Romagna*, cit., pp. 1-25). Peraltro, le medesime dinamiche si riscontrano anche negli ordinamenti di altri Paesi europei: per una panoramica si veda X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., pp. 273-312; ID., *Construction et stratégies: le crime et la justice entre production politique et ressources communautaires. Quelques réflexions sur l'histoire du crime et de la justice en Europe médiévale et moderne*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 327-343. Per ulteriori riferimenti bibliografici alla storiografia, si veda M. CERRITO, «Non oportet litigare: sed mansuetum esse ad omnes». *Considerazioni sul valore normativo e religioso delle paci private*, in *Historia et Ius*, 23, 2023, paper 4, pp. 2-3, nota 2.

<sup>109</sup> La conservazione della pace è un'esigenza primaria e un valore fondamentale per le istituzioni cittadine, che acquisisce rilevanza giuridica nelle disposizioni degli statuti volte a conferire alle magistrature comunali il compito di mantenere la pace, financo di imporla, mediante il controllo sull'uso degli strumenti di risoluzione dei conflitti. In proposito M. VALLERANI (*La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 26-28) richiama in parallelo la concezione funzionale della giustizia, per corrispondere all'*utilitas publica*, dei capitolari carolingi che costringevano i renitenti alla *compositio* forzata.

munali di questo periodo, pertanto, consentono di attribuire rilevanza alla pacificazione ai fini della remissione o della commutazione della pena per una serie molteplice di reati<sup>110</sup>, giungendo anche a configurare come crimine tra i più gravi l'aver infranto la pace, punito con il bando perpetuo dalla città e sottratto a qualsiasi possibilità di transazione<sup>111</sup>.

Lo sviluppo successivo degli ordinamenti comunali, dalla seconda metà del XIII e soprattutto dal XIV secolo, segna un rafforzamento dei poteri pubblici che intensificano l'impegno nella persecuzione dei reati con l'introduzione delle procedure inquisitorie che sottraggono la disponibilità dell'accusa ai privati. Si viene pertanto a ridurre il valore dei *pacta de crimine* ai soli reati minori, mentre per i crimini più gravi la pacificazione non impedisce la prosecuzione d'ufficio e l'applicazione della sanzione<sup>112</sup>.

Peraltro, come si è visto, le restrizioni normative non valgono a impedire che nella pratica concreta si continui a ricorrere alla stipulazione di accordi per regolare i rapporti tra offeso e offensore, accusatore e accusato. Con la compiacenza dei notai e degli avvocati, infatti, si riescono a trovare le strategie più convenienti per aggirare i divieti<sup>113</sup> e far prevalere la composizione pacifica dei danni rispetto all'interesse pubblico alla punizione del reo, in quanto se l'offeso non interpone l'accusa è raro che siano altri a proporla, mentre nei casi di azione *ex officio* risulta molto difficile dimostrare la colpevo-

---

<sup>110</sup> L'interesse generale alla pace può giustificare la deroga alle norme che puniscono i crimini e indurre a riconoscere le pattuizioni tra il reo e l'offeso come soluzione pragmatica più conveniente per porre termine alle violenze. Sotto questo profilo, le *compositiones* non sono da considerare nell'ottica meramente privatistica di transazioni dirette a perseguire l'utile individuale, ma strumenti inseriti nel quadro di un sistema complesso di rimedi processuali alternativi che perseguono il medesimo obiettivo di porre fine ai conflitti (M. CERRITO, «*Non oportet litigare*», cit., p. 10; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., p. 26).

<sup>111</sup> M. CERRITO, «*Non oportet litigare*», cit., p. 13; A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., p. 233; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., p. 170.

<sup>112</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 243 e 249-250; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 177-178.

<sup>113</sup> M. BELLABARBA, *Pace pubblica e pace privata*, cit., pp. 196-200.

lezza dell'inquisito senza la collaborazione degli interessati<sup>114</sup>. Pure nei processi inquisitori, pertanto, la stipulazione di una concordia tra le parti può incidere sull'esito del giudizio, come dimostrano gli atti degli archivi giudiziali che attestano un'ampia percentuale di assoluzione per conclusione della pace<sup>115</sup>.

Infine, dal terzo punto di vista utile a comprendere la dimensione del fenomeno delle paci private, vale a dire l'elaborazione dottrinale della disciplina di diritto comune dei *pacta de crimine*, si può riscontrare un percorso evolutivo cronologicamente corrispondente a quello delle normative particolari sopra esaminato, dal momento che si verifica uno sviluppo da interpretazioni che riconoscono una maggiore disponibilità alle parti nel rimettere la pena a interpretazioni, per converso, che restringono l'efficacia delle pattuizioni.

In un primo tempo, infatti, i Glossatori sono portati a esaminare i testi del riscoperto *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, in particolare la *lex transigere*, in una prospettiva favorevole all'uso degli accordi, dal momento che il sistema vigente nell'età alto medioevale vede un'ampia diffusione delle paci private. Gli interpreti tendono quindi a considerare valide le transazioni nelle fattispecie previste dal rescritto di Diocleziano, tanto che le discussioni in materia non contestano la possibilità di concludere patti pure nel caso dei crimini capitali, ma sono dirette piuttosto a precisare gli aspetti essenziali della disciplina, quali il fondamento, i limiti e gli effetti delle convenzioni<sup>116</sup>. In considerazione dell'influenza che i dibattiti tra i ci-

---

<sup>114</sup> Di nuovo risultano interessanti le considerazioni di un testimone dell'epoca, il giurista GIULIO CLARO: «*Videmus enim quod ubi pars offensa non accusat, raro solent alii accusare, ut experientia docet*»; d'altro canto «*ubi pars remittit, videmus ut plurimum quod cum maxima difficultate possunt haberi per fiscum indicia vel probationes contra delinquentes*» (*Receptae Sententiae*, liber V, § fin., q. 58, n. 1) (citato da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 244-245, note 116 e 117).

<sup>115</sup> Dallo studio di M. VALLERANI (*La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 181-183) risulta persino una ricorrenza in misura proporzionalmente anche maggiore rispetto ai processi accusatori, un dato che può essere compreso alla luce della constatazione che con la procedura inquisitoria sono puniti i reati sanzionati più gravemente, per i quali l'atto di concordia risulta più urgente e opportuno.

<sup>116</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., p. 216.

vilisti hanno avuto sulle coeve disamine dei canonisti, pare interessante evidenziare i punti più significativi oggetto del confronto e il loro progressivo sviluppo.

All'inizio del XIII secolo l'opinione prevalente, recepita da Azzone<sup>117</sup>, si ispira a una concezione più dispositiva delle conseguenze penali del reato da parte della persona offesa, cosicché si interpretano nel modo più estensivo le ipotesi di validità della transazione previste dalla *lex transigere*. Perciò sono ritenute possibili le pacificazioni per i crimini puniti con la pena capitale<sup>118</sup>, escluso l'adulterio, e tra gli altri crimini pubblici per il solo furto<sup>119</sup>, mentre non si riscontrano proibizioni e quindi sono ammesse le pattuizioni per i delitti privati. Inoltre, all'accordo si riconducono effetti preclusivi *erga omnes* tanto riguardo all'impedimento alla prosecuzione del giudizio, quanto all'impossibilità di sollevare un'altra accusa da parte di terzi<sup>120</sup>. Invece successivamente, nella seconda metà del XIII secolo, giungono a prevalere convinzioni più propense a favorire la repressione dei crimini, per cui si tende a ridurre i casi di validità

---

<sup>117</sup> AZZONE, *Lectura Codicis*, a Codice 2, 4, 18, v. *non prohibitum*; *Summa Codicis*, 2, 4, *de transactionibus*, n. 4.

<sup>118</sup> Quantunque sia ritenuta possibile la transazione per i crimini puniti con la pena capitale, nondimeno la liceità dell'accordo è riconosciuta solo *ex parte accusati*, in virtù del principio formulato da Ulpiano e richiamato da tutti i Glossatori, per cui al reo è permesso «*redimere sanguinem suum*» (D. 48. 21. 1). Invece l'accusatore può incorrere nella sanzione pecuniaria prevista dal senatoconsulto Turpiliano (61 d.C.) qualora si riscontri il reato di *tergiversatio*, ossia di doloso abbandono dell'accusa (D. 48. 16. 1 ss.). La pena colpisce coloro i quali, dopo aver introdotto un'accusa criminale, desistono dal proseguire nella persecuzione del reo, senza avere ottenuto la previa autorizzazione ad abbandonare la causa (*abolitio*) da parte dell'autorità competente. Sul tema si veda B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 264-266.

<sup>119</sup> Quando non è ammessa la transazione, sono tuttavia possibili i patti gratuiti di remissione dell'accusa.

<sup>120</sup> PILLIO DA MEDICINA sostiene che a seguito della transazione la posizione dell'accusato sia da equiparare a quella dell'imputato assolto con sentenza, per cui risulta possibile una nuova accusa solo nei casi eccezionali previsti dalle fonti per questa situazione, come nel caso in cui venga provata la collusione con il primo accusatore (*Distinctiones, distinctio «cum queritur»*, manoscritto citato da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 219-220).

della transazione<sup>121</sup> e a restringerne l'efficacia in modo che non pregiudichi la posizione di terzi e non impedisca quindi la proposizione di ulteriori accuse. In particolare, a seguito dell'introduzione dei procedimenti inquisitori, si esclude che la stipulazione della pace tra l'offensore e l'offeso possa precludere l'azione *ex officio*<sup>122</sup>.

Pur nell'alternanza tra tesi divergenti, nel XIV secolo si viene a consolidare una *communis opinio* che converge sostanzialmente sulle *lecturae* di Bartolo da Sassoferrato<sup>123</sup> e che continua a considerare valida la transazione per i crimini puniti con la pena capitale, a eccezione dell'adulterio<sup>124</sup>. Per gli altri crimini pubblici, invece, non è ammessa la transazione<sup>125</sup>, salvo che per il reato di falso, ma si ritiene comunque possibile un patto a titolo gratuito<sup>126</sup>, quantunque i

<sup>121</sup> Questo orientamento è condiviso da ACCURSIO, per il quale, seguendo il testo della *lex transigere*, è valida la transazione nei *crimina capitalia*, mentre negli altri *crimina publica* è consentita la sola *gratuita pactio* (*Glossa accursiana*, ad C. 2. 4. 18 gl. *Prohibitum* e gl. *In aliis*). Per contro, nei *delicta privata*, è possibile la transazione solo se l'accusatore agisce *civiliter*: «*sic distingui an criminaliter et tunc non licet an civiliter agitur et tunc licet*» (*ivi*, gl. *Publicis*).

<sup>122</sup> Come afferma DINO DA MUGELLO: «*et publice est ne maleficia remaneant impunita, ... Dico ergo quod remissio adversarii non impedit quin iudex procedat*» (*Additiones super Digesto novo*, in D. 39, 1, 1, 10). L'argomentazione richiama la massima di Giuliano in D. 9. 2. 51. 2.

<sup>123</sup> Sulle due *lecturae* di Bartolo in merito alla *lex transigere*, si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata: il pensiero di Bartolo*, in *Italian Review of Legal History*, 6, 2020, 1, pp. 1-16.

<sup>124</sup> La *ratio* alla base di questa regola permissiva *ex parte accusati* è quella indicata dalla dottrina precedente in merito al perdono da accordare a chi voglia riscattare in qualunque modo il proprio sangue, ma Bartolo estende la stessa *ratio* anche all'accusatore, in quanto anche questi rischia la stessa pena capitale se non riesce a dimostrare l'accusa (BARTOLO, *Commentaria in Codicem*, ad C. 2. 4. 18. l. *transigere* [I], n. 1). Per questo Bartolo ritiene che la transazione sia permessa anche *ex parte accusatoris*, e valga *ad impediendum processum* avviato dall'accusatore, quantunque nei suoi confronti resti applicabile la sanzione pecuniaria prevista dal senatusconsulto Turpilliano per la desistenza dall'accusa (*ivi*, n. 7).

<sup>125</sup> La *ratio* di questa seconda regola richiama l'interesse pubblico: «*ratio est favor publicae vindictae: quia reipublicae expedit ut maleficia non remaneant impunita*» (BARTOLO, *Commentaria in Codicem*, ad C. 2. 4. 18. l. *transigere* [I], n. 3).

<sup>126</sup> In conformità alla glossa accursiana si distingue tra la transazione a titolo oneroso e la pattuizione a titolo gratuito, ritenendo possibile la seconda in base a un argomento letterale del testo della l. *transigere*: «*numquid sit licitum pacisci gratis? Et dico quod sic, ... ita sonat textus, qui in secunda regula facit mentionem so-*

suoi effetti non si estendano a impedire la prosecuzione del processo<sup>127</sup>. Riguardo poi ai *delicta privata*, Bartolo aderisce alla tesi della glossa accursiana, secondo la quale sono lecite le transazioni solo se l'accusatore agisce *civiliter*<sup>128</sup>, ma aggiunge la possibilità di concordare una pacificazione anche quando agisce *criminaliter*, purché l'accordo sia raggiunto «*antequam veniatur ad iudicium*», non invece «*post accusationem*»<sup>129</sup>. In merito infine all'efficacia della transazione nei casi in cui sia permessa, viene confermata la tendenza a restringere la portata ai soli rapporti tra i contraenti, senza pregiudicare la possibilità di intentare altre accuse da parte di altri soggetti: «*Alius ergo poterit de eodem crimine accusare de novo et novum processum incohare*»<sup>130</sup>.

In definitiva si può notare come nel corso del medioevo e della prima età moderna la concezione prevalente della giustizia come funzione di pacificazione dei conflitti sociali abbia indotto anche nella risposta alle condotte criminose di privilegiare la composizione dell'offesa tra le parti piuttosto che a punire il colpevole. In alternativa quindi all'accusa in giudizio viene riconosciuta alla vittima o ai suoi familiari la possibilità di ricorrere ai diversi strumenti consensuali di gestione delle conseguenze dei reati, considerati come rimedi coerenti al sistema di soluzione dei conflitti, complementari alle azioni contenziose e usualmente praticabili<sup>131</sup>. Alla disponibilità

---

*lum de transactione*» (BAROLO, *Commentaria in Codicem*, ad C. 2. 4. 18. l. *transigere* [II]).

<sup>127</sup> Il patto vale al fine che il *reus paciscens* «*non habeat pro confesso*», ma «*Si quaeris an liceat pacisci quantum ad impediendum processum, tunc non licet pacisci sicut nec desistere, quia nullo modo licet desistere*» (BAROLO, *Commentaria in Codicem*, ad C. 2. 4. 18. l. *transigere* [I], n. 21). In precedenza ha precisato: «*Sed si transactio non esset permessa remaneret processus et iudex ex officio suo posset procedere et reus condemnare*» (*ivi*, n. 7).

<sup>128</sup> *L. transigere* (I), n. 16.

<sup>129</sup> *L. transigere* (I), n. 18.

<sup>130</sup> *L. transigere* (I), n. 8. Anche riguardo alle possibili pattuizioni nei *delicta privata* si precisa: «*antequam veniatur ad iudicium bene potest quis pacisci ad impediendum se non ad impediendum alium*» (*l. transigere* [I], n. 18).

<sup>131</sup> A. ZORZI, *Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, in *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contem-*

degli interessati viene lasciata la valutazione di quale sia la strategia più conveniente nel caso concreto e la scelta pertanto tra la conclusione di una pace o l'instaurazione di un processo avanti al giudice. Nonostante sia il risultato di una trattazione tra privati, l'accordo assume rilevanza pubblica nella composizione degli effetti del reato, così da incidere tanto sulla non introduzione dell'accusa, con la rinuncia all'azione, quanto sull'eventuale ulteriore prosecuzione del processo, con la remissione dell'accusa. La frequenza e soprattutto il carattere ordinario della soluzione concordata, induce a considerare come esito normale del giudizio entrambe le due possibilità: «*in facienda iustitia aut concordia*»<sup>132</sup>.

In seguito, il crescente consolidamento dei regimi assolutistici negli Stati moderni e il rafforzamento dell'impostazione pubblicistica del processo con l'iniziativa d'ufficio nella repressione penale giungono gradualmente a far prevalere i sistemi di giustizia egemonica o aggiudicativa, che riservano la persecuzione dei crimini agli apparati istituzionali, rispetto ai sistemi di giustizia negoziata, riducendo di conseguenza la disponibilità dell'accusa da parte dell'offeso<sup>133</sup>. Nondimeno, le paci private non scompaiono del tutto, quantunque si riduca l'ambito di applicazione e si modifichi la forma della loro rilevanza<sup>134</sup>. Già si è visto come lo spazio delle trattative consensuali sia limitato dalla legislazione ai soli reati minori, puniti

---

poraine, a cura di B. GARNOT, Éditions Université de Dijon, Dijon, 1996, pp. 21-22; ID., *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 16-17.

<sup>132</sup> M. VALLERANI (*La giustizia pubblica medievale*, cit., p. 25) riporta questa formula contenuta nel giuramento dei consoli del comune di Siena. Non si può non rilevare l'uso di una formula di origine canonistica, come annotato *supra* cap. II, § 5.

<sup>133</sup> Diversamente dalla giustizia negoziata, il fine prevalente della repressione pubblica è la punizione dei colpevoli e il ristabilimento dell'ordine pubblico, mentre resta sullo sfondo il rapporto tra il reo e la vittima. Si rinvia invece a parallele azioni civili, o all'eventuale accordo con l'offeso, la definizione sulla riparazione dei danni.

<sup>134</sup> L'uso di ricorrere alle paci private ha una lunga resistenza, ancora fino al XVIII secolo: M. BELLABARBA, *Pace pubblica e pace privata*, cit., pp. 208-213; X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., pp. 273-312.

con sanzioni pecuniarie. In più, con le procedure inquisitorie l'incidenza delle pattuizioni private sulla gestione delle conseguenze del delitto passa dalla fase introduttiva del processo, con il successivo svolgimento, alla fase di esecuzione della sanzione, in quanto il perdono dell'offeso viene solitamente richiesto dal giudice per procedere alla commutazione della pena più grave in una meno grave<sup>135</sup>.

Cambia anche la forma della *compositio*, quale accordo che consente di porre fine al processo e di evitare quindi l'applicazione della sanzione. Infatti, la convenzione non viene più stipulata dal reo con l'accusatore privato, bensì con il pubblico ufficiale inquisitore ed ha per oggetto il pagamento di una somma di denaro da versare all'erario e che viene poi solitamente ripartita tra autorità giudiziaria, vittima e comunità<sup>136</sup>. L'obiettivo del patto non ha più come fine la pacificazione tra l'offeso e l'offensore, ma un'utilità molto più pragmatica, sia per l'imputato, che evita il processo e paga una somma inferiore a quella che avrebbe sborsato nel caso di condanna, sia per il fisco, che ottiene un versamento immediato e sicuro almeno di una parte di pena.

Un'ulteriore evoluzione riguarda anche i poteri del sovrano<sup>137</sup>. Il suo compito di conservare o ripristinare la pace aveva già indotto la prassi e la dottrina a riconoscere al principe il potere di imporre ai contendenti una pace coattiva ogniqualvolta sussistano esigenze di ordine o di utilità pubblica. Con l'espandersi dei poteri assoluti, il sovrano esercita anche la facoltà di concedere la grazia, che comporta la commutazione della pena capitale con l'esilio. Solitamente l'elargizione di questo atto di misericordia viene condizionata alla concessione del perdono da parte della vittima o dei suoi familiari, ma si giunge ad affermare la possibilità, in determinate circostanze,

---

<sup>135</sup> D. EDIGATI, *Pace e transazione nella storia del processo criminale. Il caso toscano nell'età moderna*, in *Annali dell'Istituto Storico Italo-Germanico di Trento*, 34, 2008, pp. 15-19; A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, cit., pp. 249-250.

<sup>136</sup> D. EDIGATI, *Pace e transazione nella storia del processo criminale*, cit., p. 5; N. GONTHIER, *Faire la paix: un devoir ou un delit? Quelques reflexions sur les actions de pacification a la fin du Moyen Age*, in *L'infrajudiciaire du Moyen Age*, cit., p. 48.

<sup>137</sup> M. BELLABARBA, *Pace pubblica e pace privata*, cit., pp. 203-213.

di amministrare la grazia anche senza una previa pacificazione. Dal momento che questa prerogativa viene riconosciuta solo al sovrano, mentre il giudice per poter mitigare la pena ha bisogno di ottenere prima il perdono dell'offeso, i giuristi dell'epoca rimarcano la distinzione tra due tipi di composizione: una che «partecipa più della grazia» e l'altra che «partecipa più della giustizia»<sup>138</sup>.

5.2. «Super aliquo crimine ... gratuita pactio potest fieri»<sup>139</sup>: *la pacificazione nei crimini canonici*

Anche per il diritto canonico risulta necessaria una analisi integrata che tenga conto, oltre al contributo della dottrina, dello specifico sistema ecclesiale di reazione alle responsabilità penali e della prassi concreta nell'ambito delle comunità.

Nei presupposti originari fondati sull'insegnamento evangelico della *correctio fraterna*<sup>140</sup>, l'attenzione e la cura delle comunità ecclesiali sono rivolte principalmente a promuovere il ravvedimento di coloro che si sono resi colpevoli di azioni malvagie contrarie agli ideali di vita cristiana, così da ottenere la riconciliazione con Dio e con la comunità. La riflessione cristiana porta quindi a configurare il delitto come un peccato e la reazione al fatto illecito come una penitenza imposta per sollecitare la conversione del responsabile<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Secondo le definizioni di un testimone dell'epoca, G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana da Gio. Battista De Luca*, Colonia, 1740, VI, 195, n. 19 (citato da M. BELLABARBA, *Pace pubblica e pace privata*, cit., pp. 205-206). La prima tipologia si riferisce alla grazia amministrata dal sovrano, la seconda a quella dei giudici.

<sup>139</sup> ENRICO DA SUSÀ, *Summa Aurea, De transactionibus*, n. 3, *Super quibus rebus*.

<sup>140</sup> *Mt* 18, 15-17; *2 Cor* 5, 14-20.

<sup>141</sup> Sulla evoluzione storica del sistema penale canonico, si vedano V. DE PAOLIS, D. CRTO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VI*, Urbaniana University Press, Roma, 2008<sup>2</sup>, pp. 22-30; P. ERDŐ, *Il peccato e il delitto. La relazione tra due concetti fondamentali nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 11-34.

Fin dai primi secoli vengono pertanto adottate misure disciplinari<sup>142</sup> che conducono progressivamente alla formazione di una procedura penitenziale pubblica diretta a far espiare la colpa al reo che abbia confessato il male commesso e, alla conclusione positiva del cammino di riparazione, a reintegrarlo nella comunità<sup>143</sup>. Per converso, il peccatore ostinato, che rifiuta il percorso penitenziale o non si converte, viene escluso dalla comunità<sup>144</sup>.

Questa procedura pubblica, molto impegnativa e gravosa<sup>145</sup>, entra gradualmente in desuetudine a partire dal VI secolo, mentre ottiene sempre maggiore consolidamento la pratica della penitenza privata, diffusa dai monaci missionari irlandesi e anglosassoni che dalla metà dello stesso secolo iniziano a operare sul continente<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Già nelle lettere paoline si ritrovano testimonianze di misure disciplinari adottate nei confronti di coloro che si rendono responsabili di fatti gravi contrari ai principi cristiani (*1 Cor* 5, 1-13; *2 Ts* 3, 6; *Tt* 3, 11).

<sup>143</sup> I primi canoni sono contenuti nella *Didachè* (4.14 e 14.1) e la struttura rituale viene perfezionata successivamente nella *Didascalìa Apostolorum* e poi nelle *Costituzioni Apostoliche*. Sotto la guida del vescovo e con l'accompagnamento dell'intera comunità, il processo penitenziale si sviluppa in tre fasi. Anzitutto vi è l'entrata in penitenza a seguito dell'iniziativa del peccatore che manifesta la volontà di pentirsi oppure per decisione del vescovo nei confronti di peccatori gravi e manifesti. Segue un periodo di permanenza nell'*ordo poenitentium* per il tempo stabilito dal vescovo in ragione della gravità del peccato, durante il quale il penitente non può accostarsi all'eucaristia ed è tenuto a compiere le pratiche di preghiera e di pietà prescritte. Al termine del percorso penitenziale, il fedele viene reintegrato nella comunità con una cerimonia solenne. Per un'analisi più ampia si rinvia a O. CONDORELLI, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata, tra Occidente latino e Oriente bizantino: percorsi e concezioni a confronto*, in *Lex Iustitia Veritas. Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 114-135.

<sup>144</sup> V. DE PAOLIS, D. CITO (*Le sanzioni nella Chiesa*, cit., pp. 27-28) sottolineano come a quel tempo il concetto di *excommunicatio* non abbia un significato ancora preciso, per cui non risulta chiaro quali effetti produca la sanzione.

<sup>145</sup> La penitenza pubblica non è considerata reiterabile ed è riservata ai soli laici, in quanto ritenuta incompatibile con lo stato dei chierici. I delitti dei chierici sono pertanto sanzionati con altre pene o pratiche espiatorie (O. CONDORELLI, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata*, cit., p. 131).

<sup>146</sup> Diversamente dalla precedente, la nuova procedura non prevede più la confessione pubblica davanti alla comunità, ma la confessione privata al sacerdote e quindi può essere applicata ai peccati tanto manifesti quanto occulti ed è reiterabile. La penitenza viene graduata in base alla tipologia dei peccati e vengono formate raccolte (*libri poenitentiales*) con l'elenco delle varie penitenze commina-

Nei secoli seguenti, fino al riordino del sistema avvenuto tra la fine del XII e l'inizio del XIII secolo, le due procedure penitenziali convivono: la penitenza privata viene applicata per i peccati occulti, di qualsiasi entità; la penitenza pubblica risulta utilizzata per i peccati manifesti dei laici, nella forma solenne per i peccati più gravi e scandalosi, nella forma non solenne per quelli meno gravi.

È importante tuttavia sottolineare come il percorso penitenziale non escluda né sostituisca la punizione penale, qualora lo stesso fatto sia perseguito come delitto dagli ordinamenti secolari o dall'ordinamento ecclesiale, in quanto sono due meccanismi di reazione che si svolgono su due piani differenti, benché si possano intersecare, dal momento che in quell'epoca non è ancora maturata una chiara distinzione, né concettuale né operativa, tra peccato e delitto, tra foro interno e foro esterno<sup>147</sup>. Risulta così un doppio registro o binario: la penitenza dei peccati riguarda l'espiazione della colpa per ottenere il perdono da Dio ed essere reintegrato nella comunità ecclesiale; la punizione dei reati riguarda invece il rapporto con la società e le istituzioni pubbliche, tanto civili quanto ecclesiastiche. Nelle forme utilizzate per la gestione delle conseguenze dei crimini, peraltro, si riscontrano influenze reciproche tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti secolari, come dimostra una disposizione del concilio Triburiense (dell'895) che recepisce il regime longobardo del pagamento di una *compositio* a un prezzo prefissato per l'uccisione di un presbitero, non tanto come controprestazione economica per il risarcimento dell'offesa, quanto come pena alternativa<sup>148</sup>. Alla san-

---

te ai diversi peccati. Risulta così un sistema di penitenza 'tariffata' che prevede anche la possibilità di commutazioni, per sostituire la penitenza con il versamento di una somma pecuniaria, oppure persino per pagare un'altra persona affinché svolga la penitenza al proprio posto (O. CONDORELLI, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata*, cit., p. 128).

<sup>147</sup> P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 43-51.

<sup>148</sup> Il decreto è contenuto in X, *de poenis*, V, 37, c. 2. Il testo prevede che il pagamento della *compositio* per l'uccisione di un presbitero debba essere fatta al vescovo, il quale provvede a devolverne la metà per le esigenze della Chiesa e metà in elemosina ai poveri. La *glossa* (ad X, V, 37, c. 2, v. *Compositio*) precisa che l'istituto

zione pecuniaria si aggiunge anche una penitenza per espiare il peccato<sup>149</sup>.

Il perfezionamento successivo di un sistema di regole penali ecclesiastiche concorrente con gli ordinamenti secolari<sup>150</sup> porta alla precisazione della distinzione tra peccato e crimine, tra la sfera penitenziale e quella della giustizia penale<sup>151</sup>. Mentre il peccato viene espiato con la penitenza<sup>152</sup>, il crimine viene punito con una pena a seguito di un giudizio avanti ai tribunali, ecclesiastici o secolari. Per la punizione dei *crimina*, invero, vi è il concorso tra il foro ecclesiastico e il foro secolare, ma in sintonia con il sistema dell'*utrumque ius* si vengono ad applicare disposizioni non rigidamente ripartite tra ordinamento canonico e diritto secolare, bensì convergenti e talora coincidenti<sup>153</sup>. Nel quadro appunto di questa comunanza di principi, di categorie concettuali e persino di norme tra *ius canonicum* e *ius civile*, si può comprendere l'atteggiamento dei canonisti nei confronti della *lex transigere* di Diocleziano, richiamata come la

---

(e l'ammontare della somma da pagare) è tratto dal diritto longobardo: «*haec compositio per legem lombardam est sexcentorum solidorum*».

<sup>149</sup> P. ERDŐ, *Il peccato e il delitto*, cit., p. 30.

<sup>150</sup> Una costruzione iniziata con Gregorio VII e perfezionata tra il XII e il XIII secolo.

<sup>151</sup> Sulle discussioni dei canonisti nel XII secolo che cercano di distinguere la sfera del *peccatum criminale*, che comporta il processo penale, dal peccato risolvibile nel foro penitenziale, si veda P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., pp. 77-78.

<sup>152</sup> Dal XIII secolo scompare definitivamente la procedura penitenziale pubblica, mentre quella privata si trasforma nel rito di remissione dei peccati attuato nel sacramento della penitenza: il fulcro della procedura non è più il percorso di espiazione, ma la confessione della colpa con la necessaria contrizione che consente al sacerdote di amministrare l'assoluzione con immediata remissione del peccato. La penitenza come espiazione, invece, assume un ruolo accessorio, quale adempimento successivo, condizionale ma non essenziale (P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 72 ss.).

<sup>153</sup> P. PRODI (*Una storia della giustizia*, cit., p. 129) rileva come dal XIII secolo vi siano molteplici fori che non coincidono con gli ordinamenti giuridici, ma «in ogni foro rientrano spezzoni di ordinamenti diversi che si intrecciano fra di loro nella realtà concreta del caso sul quale il giudice è chiamato a decidere». Solo dal XIV secolo si sviluppa la distinzione delle competenze dei fori in base alla materia, mentre prima vige il sistema della prevenzione (*ivi*, p. 136).

disciplina di riferimento nella regolamentazione della transazione in ambito penale<sup>154</sup>.

La compenetrazione tra i due ordinamenti comporta anche la condivisione della mentalità e dei costumi dell'epoca circa l'uso degli strumenti di conciliazione nella gestione delle conseguenze dei reati. Come si è annotato, infatti, per tutto il medioevo e la prima età moderna risulta molto diffusa la pratica di stipulare paci private o *concordiae*, tanto in forma stragiudiziale quanto in quella giudiziale, e questo sistema appare radicato pure nelle consuetudini delle comunità ecclesiali. Invero, ricerche storiografiche svolte in sedi locali dimostrano come si faccia largo impiego degli strumenti di soluzione negoziata dei conflitti nei tribunali ecclesiastici, anche per far cessare le ostilità conseguenti a un delitto<sup>155</sup>. Del resto, si è già sottolineato quanta rilevanza abbia la pace in quest'epoca per la sua pregnante valenza religiosa e quale sia stato l'impegno degli ecclesiastici e dei religiosi nel predicare e nel favorire il raggiungimento della concordia<sup>156</sup>. Peraltro, il contributo della Chiesa alla promozione delle soluzioni pacifiche dei conflitti non si ferma allo zelo apostolico e ai rituali di pacificazione, ma coinvolge propriamente la giustizia ecclesiale nel dare rilevanza ai meccanismi di pace a margine o all'interno del processo.

La prassi mostra anzitutto come la stipulazione della concordia possa essere posta sotto la garanzia dello stesso vicario giudiziale, nel senso che viene solennizzata alla sua presenza e tutelata dalla sua autorità, potendo essere talvolta persino imposta<sup>157</sup>. Qualora poi la pace privata intervenga dopo l'avvio del giudizio criminale, incide sul successivo svolgimento, in quanto può portare all'interruzione del processo, ovvero può determinare l'assoluzione del reo o la mitigazione della pena. Anche nel procedimento *ex officio*, la produzione

---

<sup>154</sup> Sugli apporti originali della dottrina canonistica nel valutare l'applicazione di questa disciplina ai crimini ecclesiastici, si veda subito appresso.

<sup>155</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., pp. 7-8.

<sup>156</sup> Si vedano le annotazioni svolte *supra* nel cap. III, § 5.1.

<sup>157</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., pp. 7-8.

dell'*instrumentum pacis et concordiae* tra l'offensore e l'offeso può condurre alla fine della lite<sup>158</sup>.

Il favore per la conciliazione tra l'accusatore e l'accusato è dimostrato anche dall'elasticità con cui si ammettono modalità diverse per far valere nel processo accomodamenti raggiunti in sede stragiudiziale. Così, in mancanza di uno strumento formale di pacificazione, si può ricorrere al rimedio del giuramento decisorio, che viene deferito da una parte all'altra per stabilire l'ammontare del risarcimento: spesso la decisione di rimettersi al giuramento dell'avversario maschera in realtà un precedente accordo sul prezzo dell'offesa<sup>159</sup>. Un uso analogo, quale forma nascosta di accettazione consensuale della decisione, si può riconoscere pure alla confessione del convenuto che riconosce il torto e dichiara di essere pronto ad adempiere quanto richiesto dall'attore<sup>160</sup>.

Una conferma ulteriore circa l'ordinaria accoglienza dei rimedi conciliativi nelle cause penali emerge anche dalle elaborazioni della dottrina.

In particolare, la canonistica del XII secolo accoglie integralmente la disciplina delineata dalle fonti romanistiche sulla transazione *de criminibus* come regime valido e applicabile pure nell'ordinamento della Chiesa<sup>161</sup>. Lo stesso Graziano, in un *dictum* sul tema della desistenza dall'accusa criminale, riprende le disposizioni della *lex transigere* e del senatoconsulto Turpilliano<sup>162</sup>. Anche Rufino, nel commentare quel passo del *Decretum*<sup>163</sup>, ricostruisce la regolamen-

---

<sup>158</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., pp. 8 e 10.

<sup>159</sup> Sulla frequenza dell'uso del giuramento nei processi avanti ai tribunali ecclesiastici e la probabilità che siano la conseguenza di accomodamenti stragiudiziali, si veda M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., pp. 8-9.

<sup>160</sup> M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., pp. 9-10. L'autore sottolinea come questi rimedi consensuali siano ampiamente usati anche nei procedimenti inquisitori.

<sup>161</sup> Sulla transazione *de criminibus* nella dottrina canonistica si veda L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, cit., pp. 112-118 e 182-183.

<sup>162</sup> C. II, qu. III, c. 8 *De eo, quem penitet criminaliter accusasse*. Sul senatoconsulto Turpilliano (in D. 48. 16. 1 ss.) che regola i crimini contro l'amministrazione della giustizia, si vedano le precisazioni svolte *supra* nel § 5.1, nota 118.

<sup>163</sup> RUFINO, *Summa Decretorum*, ad C. II, q. III, cap. VIII.

tazione della materia sulla base appunto di tali fonti, per cui ritiene che le transazioni siano valide se riguardano un crimine punito con la *poena sanguinis*<sup>164</sup>, ad eccezione dell'adulterio, mentre non siano permesse negli altri crimini, salvo il crimine di falso<sup>165</sup>. Egualmente Bernardo da Pavia, nel trattare l'oggetto della transazione, riporta sostanzialmente il testo della *lex transigere*<sup>166</sup>.

Nella dottrina successiva, invece, emergono le prime obiezioni alla possibilità di ricorrere alla transazione *de criminibus*, che sono originate dalla preoccupazione di assicurare la correzione dei colpevoli dei reati, «*ne crimina remaneant impunita*», secondo la massima ripresa nelle decretali che regolano il procedimento inquisitorio e prevedono l'iniziativa *ex officio* e la denuncia come mezzi ordinari per avviare il giudizio<sup>167</sup>. Già nei commenti della *Glossa ordinaria* ad alcuni passi del *Decretum* sulla conciliazione si trovano espressi

<sup>164</sup> RUFINO confronta la possibilità di riscattare il proprio sangue concessa dal diritto romano con la diversa previsione del libro dei *Numeri* (34, 31), concludendo: «*Sed ibi ... intelligatur mitius in lege Romana, terribilius autem statutum esse in lege Mosayca, quae illi populo duro in servitutum data est flagellum*» (RUFINO, *Summa Decretorum*, ad C. II, q. III, cap. VIII).

<sup>165</sup> Nei casi in cui è permessa la transazione, l'accusatore, per evitare la sanzione a seguito della desistenza dall'accusa, deve ottenere l'*abolitio* da parte del giudice. Nei casi in cui non è permessa la transazione, si configura il reato di collusione: «*Colludium est conventio pecuniae inter reum et accusatorem*» (RUFINO, *Summa Decretorum*, ad C. II, q. III, cap. VIII).

<sup>166</sup> «*Potest autem fieri de omnibus, excepto de criminibus, de quibus sic est distinguendum, quod alia sunt capitalia, scilicet quibus est sanguinis poena statuta, alia non; in capitalibus transigi potest, excepto crimine adulterii, in non capitalibus transigi non potest, excepto crimine falsi, ut Cod. eod. Transigere*» (BERNARDO DA PAVIA, *Summa decretalium*, tit. XXVII, *De transactionibus*, § 3).

<sup>167</sup> La massima si trova riportata con formulazioni parzialmente differenti in due decretali di Innocenzo III: «*et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita*» (*Inauditum* del 1199); «*et publicae utilitatis intersit, ne crimina remaneant impunita*» (*Ut famae*, del 1203, in X, V, 39, c. 35). Sull'ispirazione teologica della massima in Innocenzo III e la distinzione rispetto a quella simile usata da Giuliano in D. 9. 2. 51. 2, si veda C.E. VARALDA, *Il contributo di Innocenzo III alla formazione della cultura giuridica occidentale: in particolare in relazione al noto principio «rei publicae interest ne crimina remaneant impunita»*, in *Vergentis*, 3, 2016, pp. 145-169.

alcuni dubbi, che adombrano dei limiti all'uso delle composizioni pacifiche nelle cause criminali<sup>168</sup>.

Una trattazione più ampia si ritrova nell'interpretazione data al passo sulla desistenza dall'accusa<sup>169</sup>, con la quale si giunge a distaccarsi dalla disciplina romanistica per affermare la vigenza di principi diversi nell'ordinamento della Chiesa. Invero, dopo aver riportato le disposizioni della *lex transigere* che prevedono un trattamento diversificato per le differenti tipologie di crimini, nel confrontare queste regole con il sistema penale canonico la glossa conclude: «*Sed videtur quod secundum canones non possit transigi super aliquo crimine*». Le argomentazioni a sostegno di questa esclusione sono tratte dai profili particolari che differenziano il sistema penale canonico da quello secolare: da un lato «*secundum canones nullum crimen irrogat poenam sanguinis ... et ita super publico crimen non licet transigi*», dall'altro «*secundum canones omne crimen publicum est*»<sup>170</sup> per cui non si ammette la transazione «*nec super privato*»<sup>171</sup>.

Il divieto di ricorrere alla transazione *de crimine* non implica tuttavia l'impossibilità di concordare una composizione pacifica che porti alla fine della lite. Ferma restando, infatti, la possibilità di concordare un accomodamento *in causa civili*, «*sive pecunia accepta sive gratis*», anche *in causa criminali* è ammesso *recedere ab accusatione*, purché ciò avvenga a titolo gratuito e non *propter pecunia*<sup>172</sup>. Si ri-

<sup>168</sup> *Glossa ad D. IX, c. 1, v. Discordantes*: «*Si ergo inter se compositionem faciant, remanebunt crimina impunita*». Nelle *glossae ad D. IX, c. 7* si restringe la funzione del vescovo di indurre alla pace i *discordantes* al caso del *crimen iniuriarum* («*hoc capitulum intellegi in crimine iniuriarum*») (*v. Studendum*) e si limita la possibilità di arrivare a una composizione solo «*cum civiliter agitur de crimine: vel in causa civili: secus ubi criminaliter ageretur*» (*v. ad pacem*). La limitazione è ripetuta anche di seguito alla *v. coerceant*.

<sup>169</sup> *Glossa ad C. II, q. III, c. 8, v. In omnibus*.

<sup>170</sup> Il principio per il quale nel diritto canonico «*omne crimen est publicum*» viene affermato anche nella *glossa ad C. VI, q. 1, c. 17, v. Fures*.

<sup>171</sup> Nella illustrazione della *lex transigere* la glossa aveva accolto l'interpretazione data dai civilisti secondo la quale sia possibile la transazione *in privatis criminibus* dal momento che la legge non stabilisce alcuna proibizione in merito.

<sup>172</sup> «*Secundum canones forte non licet recedere ab accusatione propter pecunia, nec transigi: quia omne crimen videtur secundum canones esse publicum*»: a sostegno di

badisce pertanto il principio di favorire la conciliazione tra l'offeso e l'offensore, tra l'accusatore e l'accusato, ma si prescrive che un eventuale accordo non possa tradursi nella forma di un negozio oneroso di transazione, bensì in una *compositio gratuita* che trova successivamente attuazione nella desistenza dall'accusa dell'attore<sup>173</sup>.

In sintonia con l'interpretazione della *Glossa ordinaria* al *Decretum* si viene a consolidare una dottrina comune che non ritiene possibile nel diritto canonico ricorrere alla transazione in nessun crimine tra quelli che sarebbero ammessi dalla *lex transigere*, in particolare non per i crimini capitali, non solo perché, come aveva già affermato la glossa, «*secundum canones nullum crimen irroget poenam sanguinis*»<sup>174</sup>, ma, si aggiunge, «*cum mortale peccatum foveat*»<sup>175</sup>. Una eventuale transazione sarebbe dunque da considerare nulla e il reo «*pro confesso habetur*»<sup>176</sup>. Nondimeno si affermano come sempre possibili le pattuizioni a titolo gratuito<sup>177</sup> che conducono a una re-

---

questa possibilità si richiamano i passi del *Decretum* sulla conciliazione (C. V, q. 2, c. 4, *Si primates*; D. XC, c. 6, *Dissidentes*).

<sup>173</sup> Riguardo al momento in cui può avvenire la *recessio*, si distingue a seconda che sia *ante* o *post inscriptionem*: «*In causa criminali ante inscriptionem semper potest recedere, dum tamen gratis fiat ... Sed postea non licet nisi iudicis auctoritate, et rei consensu, si reus fuerit aliqua tormenta passus. Sed si non fuerit aliquid passus ... ad triginta dies potest accusator, eo invito, deserere accusationem*».

<sup>174</sup> GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De transactionibus*, n. 3. In senso conforme si esprimono anche ENRICO DA SUSA, *Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, c. XI *Ex parte tua*, 5; INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria*, V, *De collusione detegenda*.

<sup>175</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea, De transactionibus*, n. 3, *Super quibus rebus: «non puto quod hodie sit standum illi legi, cum mortale peccatum foveat»*.

<sup>176</sup> GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De transactionibus*, n. 3: «*Si autem data pecunia reus transigat cum actore transactio nulla est et reus pro confesso habetur*». Nello stesso senso INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros Commentaria*, V, *De collusione detegenda*.

<sup>177</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea, De transactionibus*, n. 3 *Super quibus rebus: «secundum canones non licet transigere super aliquo crimine vera transactione tamen gratuita pactio potest fieri»*.

*missio* dell'accusa<sup>178</sup> ovvero a una *amicabilis compositio*<sup>179</sup>.

Peraltro, mentre per le concordie raggiunte in via stragiudiziale e prima dell'introduzione di un'accusa non vengono posti né limiti né condizioni, invece se viene instaurato un giudizio si sollevano alcune obiezioni in corrispondenza al principio «*ne crimina remaneant impunita*»<sup>180</sup>. La questione viene affrontata in dottrina a proposito di due temi distinti: da un lato, a riguardo del dovere del giudice di attivarsi per pacificare i *discordantes*; dall'altro, in merito alle restrizioni poste alla desistenza dall'accusa per evitare la collusione fraudolenta tra l'attore e il reo.

Circa il primo punto, si risponde all'obiezione sollevata nella glossa alla decretale *Ex parte* precisando che l'interposizione del giudice *ad componendum* può avere luogo nelle cause civili volte a ottenere la riparazione dei danni per i crimini che colpiscono la sfera personale, dal momento che la disponibilità di queste azioni viene rimessa interamente all'autonomia dell'offeso<sup>181</sup>. Il commento pare pertanto orientato a porre dei limiti al potere del giudice di *reducere partes ad concordiam*, consentendola solo in materie che siano considerate disponibili<sup>182</sup>, ma non restringe la capacità dell'offeso di

---

<sup>178</sup> GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De transactionibus*, n. 3.

<sup>179</sup> ENRICO DA SUSÀ, *Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, c. XI *Ex parte tua*, 5.

<sup>180</sup> L'obiezione viene riportata anche nella glossa ad X, I, 36, c. 11, v. *Ad componendum*, in merito alla funzione di interposizione del giudice nel favorire la composizione del conflitto: «*et sic per partium concordiam remanebunt crimina impunita*».

<sup>181</sup> GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De treuga et pace*, n. 3: «*Sed obicitur si sic inter litigantes componatur remanebunt crimina impunita quod est contra legem ... quod dixi superius locum habet in causis civilibus in actione iniuriarum quam quilibet remittere potest si iniuria non contingat ecclesiam*». Il testo viene ripreso alla lettera da ENRICO DA SUSÀ, *Summa Aurea, De treuga et pace*, n. 6 *Quid operatur*.

<sup>182</sup> Nella stessa logica che distingue tra materie disponibili o non disponibili per consentire la transazione o il potere di intervento del giudice, Sinibaldo dei Fieschi precisa che se il vescovo è dotato del potere di dispensare *in privatis criminibus*, può anche, sulle stesse materie e *iustis causis inspectis*, «*et transactioni et simpliciter renunciationi auctoritatem praestare*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium*

pacificarsi con il reo, sia spontaneamente sia a seguito di un accordo, rinunciando di conseguenza all'azione: infatti, se anche non sia in grado di *remittere crimen*, può tuttavia desistere *a civili actione* e pure, a determinate condizioni, *ab accusatione*<sup>183</sup>. In merito alla desistenza dall'accusa, ed è questo il secondo punto in cui viene esaminata la questione dei limiti alla composizione pacifica, si ribadisce la possibilità di desistere dall'accusa anche nelle cause relative ai crimini pubblici, purché sia *propter gratiam* e, se avviene *post incohatam accusationem*, con l'autorizzazione del giudice<sup>184</sup>.

Nonostante quindi la proibizione della transazione *super aliquo crimine*, l'opinione dottrinale comune nel XIII secolo si dimostra comunque abbastanza permissiva nel consentire le pacificazioni raggiunte *per amicabilem compositionem*, tanto prima dell'avvio di un giudizio quanto dopo l'introduzione dell'accusa, sia nelle azioni civili sia nelle azioni criminali. Questo atteggiamento favorevole alla conciliazione dei conflitti, del resto, si riscontra anche, come si è visto, nelle prassi effettive operanti nelle comunità ecclesiali e risulta persino rafforzato dall'orientamento che ammette la facoltà del giudice non solo di sollecitare, ma anche di imporre la concordia nelle cause criminali<sup>185</sup>, sulla base di diverse ragioni giustificative che possono essere ricondotte, in ultima analisi, allo spirito di riconciliazione che ha sempre animato la giustizia della Chiesa sulla scorta del monito evangelico.

---

*libros commentaria*, V, *De collusione detegenda*). In questo senso anche GIOVANNI D'ANDREA non ritiene opportuno l'impegno del giudice *ad componendum* «*in illis vero casibus, vel criminalibus, in quibus dispensatio non habet locum*» (*Commentaria in primum Decretalium librum, De transactionibus*, cap. XI, n. 4).

<sup>183</sup> «... *nam in crimine quis remittere nequeat potest tamen nedum a civili actione sed et ab accusatione desistere ... quando autem ab accusatione impune possit desistere: et quando crimen in abolitione veniat*» (ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea, De treuga et pace*, n. 6 *Quid operatur*).

<sup>184</sup> INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria*, V, *De collusione detegenda*.

<sup>185</sup> Si vedano anche gli approfondimenti svolti *supra* circa la *concordia imperata* (cap. II, § 6).

In seguito, la riflessione della dottrina canonistica subisce un influsso maggiore della disciplina civilistica, così da proporre interpretazioni del sistema penale che aprono alla possibilità di applicare pure la transazione onerosa alle cause criminali. La svolta viene avviata in particolare da Niccolò dei Tedeschi, il quale, dopo aver riportato fedelmente la *lectura* di Bartolo, rileva come nel diritto canonico non sia imposta la *poena sanguinis*, ma sussistano nondimeno delle sanzioni che per la gravità delle conseguenze sulla condizione del reo possono essere assimilate alla pena capitale<sup>186</sup>, cosicché, ravvisando una medesima *ratio*<sup>187</sup>, risulti giustificata l'ammissione della transazione. La tesi del Panormitano, condivisa anche da altri autori<sup>188</sup>, viene pertanto ad allargare l'ambito di attuazione delle *compositiones de criminibus* riconosciute come lecite dai canonisti, in quanto possono essere stipulate non solo con una *pactio gratuita*, ma anche con una transazione onerosa, sia nelle ipotesi espressamente previste dalla *lex transigere*, sia nelle cause «*de crimine privato si de eo agatur civiliter*»<sup>189</sup>.

Ammessa pertanto la transazione, la dottrina si interroga in merito agli effetti da riconoscere all'eventuale pattuizione. Seguendo la coeva *opinio communis* dei civilisti, si ritiene che la transazione, nei casi in cui sia lecita, operi *ex parte accusati* nel senso che non possa essere ritenuto reo confesso, mentre *ex parte accusatoris* preclude

---

<sup>186</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7: «*de iure canonico numquid imponat poena sanguinis: sed habemus aliquas poenas quasi similes ... tunc satis crederem quod admittatur transactio*». L'*Abbas Siculus* indica due sanzioni assimilabili alla *poena sanguinis*: la *traditio curiae seculari* e la *poena perpetuae detrusionis*.

<sup>187</sup> «... *quod ista poena aequiparatur mortuo*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7).

<sup>188</sup> Condividono questa interpretazione estensiva A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, I, tit. XXXVI, *De transactionibus*, 34 e F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, § II, n. 9. Per contro, la tesi non viene accolta da E. PIRHING, *Ius canonicum*, I, XXXVI, *De transactionibus*, § IV, XXX, *Assertio* 1.

<sup>189</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, § II, n. 9.

all'attore di proseguire il processo, quantunque non impedisca ad altri di presentare una nuova accusa per lo stesso delitto<sup>190</sup>. Il giudice, dal canto suo, non può proseguire con lo stesso processo, ma può avviare una nuova istanza se vi siano i presupposti per *inquirere ex officio*<sup>191</sup>. Qualora invece la transazione avvenga in cause in cui non sia permessa, allora «*reus ... habetur pro confesso*» e il giudice può «*procedere super instantia inchoata et punire reum*»<sup>192</sup>.

Viene comunque fatta salva, anche quando non sia ammessa la transazione, la possibilità di ricorrere a pattuizioni gratuite che per i canonisti, diversamente dai civilisti, producono gli stessi effetti della transazione nei casi in cui sia lecita<sup>193</sup>. Inoltre, viene considerata positivamente la desistenza dall'accusa se viene fatta «*ex gratia, idest charitate*»<sup>194</sup>, mentre se la rinuncia a proseguire il processo risulta l'effetto di una transazione onerosa illecita, non solo il negozio non è valido, ma le parti incorrono nella sanzione penale prevista per il *crimen* di collusione fraudolenta<sup>195</sup>.

<sup>190</sup> «*Item finitur instantia sed non precluditur aliis facultas accusandi eundem de eodem delicto*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7); «*sed transactio haec solum transigentem ab accusatione denuo facienda arcet, non vero alium, nec iudicem ab inquisitione instituenda*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, V, 1, tit. XXII, *De collusione detegenda*, n. 11).

<sup>191</sup> «*de iure canonico post transactionem in casu licito factam non potest iudex inquirere de illo crimine nisi praecedat infamia*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7).

<sup>192</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7.

<sup>193</sup> «*Aut vult discedere a lite per pactum seu gratiam et non licet transigere et tamen hoc casu reus paciscens non habetur pro confesso aut vult recedere impetrata abolitione et potest*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, V, tit. XXII, *de collusione detegenda*, n. 7).

<sup>194</sup> «*... ipsum desistere, in se non est bonum; sed desistere ex gratia, idest charitate, quando se corripit accusatus, hoc est licitum*» (ANTONIO DE BUTRIO, *In librum quintum Decretalium commentarii, de collusione detegenda*, cap. 1, n. 1).

<sup>195</sup> Quindi, ogniquale volta un accusatore desista dall'accusa, il giudice deve accertare se l'abbia fatto come conseguenza di una composizione gratuita con l'accusato, *ex charitate*, ovvero al contrario a seguito del pagamento di una controprestazione. Già nel *Liber Extra* viene inserita una epistola di Gregorio Magno in cui si

In conclusione, si può annotare come il *favor conciliationis* che ispira il diritto della Chiesa abbia condotto la riflessione dottrinale verso maggiori aperture nei confronti dell'uso delle paci o *concordiae* anche nelle cause criminali. Del resto, nella prassi concreta delle comunità ecclesiali l'impiego di pattuizioni, sia gratuite sia onerose, risulta attuato ordinariamente in maniera ancora più estesa rispetto alle possibilità ammesse in via teorica dalla dottrina<sup>196</sup>, tanto che si giunge a riconoscere come valide quelle transazioni in forza della vigenza di legittime consuetudini locali. Così, per l'Italia si ammette l'esistenza ancora in epoca moderna di una *consuetudo legitime praescripta*, per la quale «*licitam esse transactionem super quocumque crimine*»<sup>197</sup>.

---

prescrive di indagare, qualora sia stata rimessa l'accusa, che non ci sia stata collusione: «*quum accusatores et accusatum inter se fecisse gratiam indicaveritis, hoc nobis necesse est subtilius perscrutari, ne forte non ex caritate, sed ex praemio eorum sit concordia comparata*» (X, V, 22, c. 1). Il dovere è sottolineato da F.X. SCHMALZGRUEBER: «*Si accusator in iudicio ab accusatione desistat, iudicis erit ex officio inquirere, an id fecerit ex charitate, et propter resipiscentiam accusati; quod tolerari potest: an vero ob praemium, h. e. pecuniam acceptam; et hoc posterius si factum deprehendatur, ita colludentibus imponenda est poena arbitraria, seu extraordinaria pro diversitate circumstantiarum*» (*Ius ecclesiasticum universum*, V, 1, tit. XXII, *De collusione detegenda*, n. 7).

<sup>196</sup> Si veda la prassi esaminata *supra* in M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso*, cit., *passim*.

<sup>197</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XXXVI, § II, n. 9. Circa gli effetti di questa transazione, l'autore precisa: «*ita ut nec confessionem delicti nec iudicium inducat, sed potius prosit ad deminutionem poenae et ad obtinendum beneficium pacis a statuto concessum*».

## CAP. IV

### LA SOLUZIONE PER ARBITROS

1. «Sic non est inter vos sapiens quisquam, qui possit iudicare inter fratrem suum?»<sup>1</sup>. *L'arbitrato tra scelta volontaria e precetto obbligatorio*

Un altro strumento che risulta frequentemente usato per promuovere la composizione pacifica delle controversie è l'arbitrato. Con tale denominazione si intende un negozio complesso che consta di due momenti o fasi: anzitutto l'accordo tra i contendenti di rimettere il giudizio sulla controversia, anziché al giudice ordinario competente, a una o più persone scelte dalle stesse parti; a questa pattuizione segue successivamente l'assunzione dell'impegno da parte dei soggetti designati e infine lo svolgimento del giudizio arbitrale che si conclude con la decisione della lite<sup>2</sup>. Pure il ricorso agli arbitri viene visto come un metodo di attuazione del principio di riconciliazione, tuttavia, diversamente dalla transazione e dalla *compositio amicabile*, come anche dalla *concordia* promossa dal giudice, che sono tutti rimedi idonei a porre fine al dissidio con una nuova regolamentazione consensuale dei rapporti reciproci, il patto di deferire la questione a persone di fiducia non fa cessare subito il contenzioso, in quanto la soluzione del conflitto viene dettata solo in seguito, con la pronuncia degli arbitri. L'arbitrato comunque favorisce e facilita il raggiungimento di una conclusione positivamente accolta dai litiganti, dal momento che sono essi stessi a eleggere i valutatori e a concordare la procedura da seguire.

---

<sup>1</sup> 1 Cor 6, 5.

<sup>2</sup> A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, cit., coll. 862-895; ID., voce *Arbitrateur*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, I, cit., coll. 895-900; A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros in iure canonico*, in *Apollinaris*, 10, 1937, pp. 187-232; F. SALERNO, *Transactio e compromissum in arbitros (seu arbitrium) dal ius canonicum vetus al Codex '17*, cit., pp. 224-266.

Analogamente agli altri rimedi, di fatto si riscontra un'ampia e diffusa applicazione dell'arbitrato come espediente efficace per risolvere pacificamente le controversie nell'ambito delle comunità ecclesiali<sup>3</sup>. Fin dai primi secoli, anzi, la possibilità prevista e regolata dal diritto romano di rivolgersi all'*arbitrium* di un terzo liberamente eletto dai litiganti per dirimere un conflitto<sup>4</sup> costituisce lo strumento giuridico più utile e adeguato per poter adempiere al precetto paolino di sottrarre il contenzioso tra i fedeli ai tribunali dei pagani<sup>5</sup>. Così, prima del riconoscimento civile dell'*episcopalis audientia* e anche successivamente, nei territori dei regni germanici che non prevedono il *privilegium fori ecclesiatici*, l'arbitrato volontario risulta il mezzo più diffuso per sottoporre al giudizio dei vescovi le cause dei chierici o dei laici che la Chiesa stabilisce di riservare alla propria competenza<sup>6</sup>.

Benché il fondamento formale della scelta di rivolgersi a una persona di fiducia sia dato dalla volontà delle parti, in realtà per i fe-

---

<sup>3</sup> G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 1, cit., pp. 27-29 e 106-116.

<sup>4</sup> In età classica l'arbitrato privato viene costituito sulla base del *compromissum*, un patto tra due litiganti che si accordano per deferire la decisione della controversia alla *sententia* di un terzo scelto liberamente dalle stesse parti. Sotto il profilo formale, le parti si vincolano al rispetto del giudizio arbitrale tramite due *stipulationes* reciproche, con le quali promettono di pagare una *poena* nel caso di violazione dell'accordo o di non adempimento della decisione dell'arbitro. Al *compromissum* deve seguire il *receptum arbitri*, con cui la persona designata si impegna a emettere la decisione. In età postclassica e poi con il diritto giustiniano si riconoscono come efficaci, e sanzionate con azione, modalità più semplificate di pattuizione, anche senza la forma della *stipulatio*, tramite il perfezionamento con giuramento, sia delle parti sia dell'arbitro, ovvero pure con un semplice patto seguito dall'accettazione per iscritto della sentenza dell'arbitro da parte dei contendenti (C. 2, 55, 4, § 6) o ancora quando gli stessi non l'abbiano contestata entro dieci giorni (C. 2, 55, 5, § 1). Una successiva *Novella* del 539 abolisce il compromesso giurato (*Nov.* 82, 11, 1), per cui la penale resta l'unico mezzo per vincolarsi preventivamente al giudizio arbitrale. Sul tema si vedano A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, 1985<sup>3</sup>, p. 489; C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitratore*, cit., pp. 192-209; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 568-569.

<sup>5</sup> *I Cor* 6, 1-11.

<sup>6</sup> Si veda quanto detto *supra*, nel cap. II, § 1.

deli il ricorso a questo metodo alternativo al giudizio ordinario non è determinato da una decisione pienamente libera, ma rappresenta piuttosto l'adempimento di un dovere preciso, connesso al divieto di accedere al foro civile, come prescritto dalla Sacra Scrittura e come ribadito da successive disposizioni dei concili e dei pontefici<sup>7</sup>. Per favorire l'osservanza di quest'obbligo, si vengono persino a delineare forme speciali di arbitrato per le controversie che nascono all'interno delle comunità ecclesiali. La stessa *episcopalis audientia* può essere considerata un'istanza decisoria peculiare che all'origine combina i caratteri della giurisdizione elettiva con quelli dell'*arbitrium* volontario, mentre nell'evoluzione successiva viene ad assumere una natura più simile all'arbitrato<sup>8</sup>.

Altre procedure di tipo arbitrale sono previste in determinati concili particolari. In alcuni concili africani del IV-V secolo viene presa in considerazione l'usanza diffusa in quei territori di designare come giudici, nelle controversie riguardanti i vescovi, altri vescovi delle diocesi vicine, definendoli «*iudices electi ex consensu partium*» e si dettano prescrizioni per regolare il numero degli eletti e per stabilire l'inappellabilità della sentenza<sup>9</sup>. Anche nel concilio di Calcedonia del 451 si trova un'applicazione specifica della facoltà di *eligere iudices* a riguardo delle controversie tra chierici, stabilendo che il chierico in lite con un altro chierico debba instaurare il giudizio avanti al proprio vescovo, oppure rivolgersi, col consenso dello stesso presule, «*apud quos utraeque partes voluerint*»<sup>10</sup>. In alcuni concili

<sup>7</sup> Si rinvia alle fonti citate nel cap. II, § 3.

<sup>8</sup> Si veda *supra*, cap. II, § 1.

<sup>9</sup> Concilio di Cartagine III (a. 397), c. 10: «*Sane si ex consensu partium iudices electi fuerint, etiam a pauciores numero quam constitutum, non liceat provocare*» (riportato in C. II, q. 6, c. 34); concilio di Cartagine XVI (a. 418), c. 13: «*Si autem ex communi placito vicinos iudices elegerint, aut unus eligatur, aut tres: ut si tres elegerint, omnium sententiam sequantur, aut duorum*» (riportato in X, I, 43, c. 1); concilio Milevitano (a. 416), c. 24: «*A iudicibus, quos communis consensus elegerit, non liceat provocari*» (riportato in C. II, q. 6, c. 33) e c. 22 (riportato in C. II, q. 6, c. 35).

<sup>10</sup> Concilio di Calcedonia, c. 9: «*Si quis clericus adversus clericum habet negotium, non deserat episcopum proprium et ad saecularia percurrat iudicia, sed prius actio ventiletur apud episcopum proprium vel certe consilio eiusdem episcopi, apud quos utraeque partes voluerint, iudicium continebunt*». Sulla versione modificata del ca-

della Gallia del VI secolo si prevede persino una speciale procedura per sanare i dissidi tra i vescovi, prescrivendo di cercare prima di tutto di riconciliarsi a vicenda e, nel caso di insuccesso, di scegliere dei fratelli fra i presbiteri cui affidare la definizione della lite; se neppure con l'intervento dei presbiteri i contendenti riescano a raggiungere la concordia, devono essere sottoposti al giudizio del sinodo che potrà imporre loro una congrua penitenza per non essersi voluti riconciliare<sup>11</sup>.

Il carattere obbligatorio di queste procedure determina una certa ambiguità nel definire il ruolo di coloro che sono chiamati a risolvere la controversia, a cavaliere tra il *iudex datus* e l'*arbiter ex compromisso*<sup>12</sup>. Tale ambivalenza si può riscontrare per l'*episcopalis audientia*, come già sottolineato, ma si riflette anche nelle espressioni verbali adottate dai menzionati decreti conciliari che chiamano i decisori scelti dalle parti *iudices electi* piuttosto che *arbitri*.

Locuzioni simili, pur con terminologia variabile, si ritrovano anche nelle *epistolae* di Gregorio Magno. Come si è evidenziato<sup>13</sup>, il pontefice ha promosso intensamente il ricorso a metodi consensuali

---

none riportato nel *Decretum* di Graziano (C. XI, q. 1, c. 46) si veda *infra* in questo capitolo, § 2.

<sup>11</sup> «*Item decernitur propter illud coeleste mandatum, 'Pacem meam do vobis', ut pontificalis affectus inter sacerdotes inviolabiliter conservetur. Verum si pro peccatis, ut assolet ex causa livor emerit, ut pendente certamine sibi invicem reconciliari non possint, electis ab utraque parte fratribus, id est presbyteris, praeponderante dulcedine litis iacula finiant, et vota pacis acquirant ... Si quis autem ab utraque parte, ut dictum est, electis presbyteris atque mediantibus fratribus, hoc est, suis membris, reconciliari neglexerit, cum ad synodum venerit, non solum reatum oram coepiscopis se cognoscat incurrere, verum etiam congruae poenitentiae intelligat vindictam subire*» (Concilium Turonense II, c. 2). Il decreto estende a tutte le controversie quanto previsto dal *Concilium Aurelianense IV* nelle controversie temporali (le citazioni sono riprese da A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros*, cit., p. 202).

<sup>12</sup> Del resto, una certa promiscuità definitoria emerge anche dalle fonti romanistiche nella denominazione del ruolo del *iudex privatus* nel processo *per legis actiones* o *per formulas*: come si è annotato (si veda *supra*, cap. II, § 1, nota 10) a seconda delle competenze richieste viene indicato come *iudex* o come *arbiter*, ma i termini risultano talvolta scambiati. Per contro, l'*arbiter ex compromisso* non viene mai designato come *iudex* (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 289-290).

<sup>13</sup> Si veda anche quanto detto *supra*, cap. II, § 3.

e pacifici di risoluzione delle controversie e, tra i vari rimedi, esorta i contendenti a *eligere arbitros* di comune accordo, come il modo migliore di sopire le questioni «*tranquille et legaliter*»<sup>14</sup>, in forma alternativa al giudizio ordinario<sup>15</sup>. Non sempre il ruolo di questi intermediari risulta chiamato con il vocabolo *arbiter* o *arbitrale iudicium*, in quanto a volte sono impiegate altre espressioni, tra loro interscambiabili, come *iudices* o *cognitores*<sup>16</sup>. Per contro si può annotare come la forma della loro designazione sia sempre descritta come una *electio* sulla base del consenso delle parti, mentre non si riscontrano richiami sicuri al *compromissum*.

L'uso della formula generica «*eligere arbitros*» per indicare la scelta dell'arbitrato come metodo alternativo di giudizio può rispecchiare l'allargamento, avvenuto in quell'epoca, delle modalità di costituzione dell'accordo diretto a devolvere la lite alla cognizione di terzi. In effetti, già in età postclassica si sono diffuse nella prassi forme di conclusione del patto di arbitrato che prescindono dal *compromissum*<sup>17</sup> e tale flessibilità è stata probabilmente ampliata successivamente dall'influenza delle tradizioni delle popolazioni germaniche che fanno ampio ricorso delle procedure di composizione con stile più semplice e informale. La possibilità di ricorrere a modalità diverse per istituire un arbitrato viene riconosciuta e sanzionata espressamente da Giustiniano<sup>18</sup> ed è interessante osservare come in

<sup>14</sup> *Registrum*, I, 9 (in *MGH*, I, p. 11).

<sup>15</sup> «... *aut fraternitas vestra inter partes cognita veritate, quod legalis suaserit ordo definiat, aut mutuo sibi consensu arbitros eligant, qui earum valeant allegationes distinguere. A quibus quicquid fuerit statutum, ita vestra provisione servetur, ut nullum inter venerabilia loca iurgium remaneat, quae magnopere alterna pacis sunt fovenda concordia*» (*Registrum*, IX, 197, in *MGH*, II, p. 186).

<sup>16</sup> Per un'analisi puntuale si rinvia allo studio di F. GORIA, *I 'iudices electi' nell'epistolario di Gregorio Magno*, in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRELLO, Edizioni dell'Orso, Alessandria, 2016, pp. 653-680, in particolare p. 655, nota 6.

<sup>17</sup> Sulle forme di costituzione dell'arbitrato, si veda quanto detto *supra*, in questo capitolo, nella nota 4, e le ulteriori considerazioni illustrate *infra*, nel § 4.

<sup>18</sup> C. 2. 55. 4 e C. 2. 55. 5. Su queste riforme si vedano le annotazioni svolte *infra* nel § 4.

alcune costituzioni si accenni all'esistenza di *arbitri electi* che assumono un ruolo equivalente a quello degli *arbitri compromissarii*<sup>19</sup>.

Peraltro, se l'espressione *eligere arbitros* può riferirsi in talune epistole all'assunzione di un arbitrato privato, in altre, invece, Gregorio Magno prevede un'applicazione diversa del sistema di designare persone di fiducia cui affidare la decisione della lite, da utilizzare allorché sussistano ragioni specifiche che dissuadano dall'investire della causa il vescovo, quale giudice ordinario: sia nel caso in cui la controversia abbia come controparte lo stesso vescovo<sup>20</sup>, sia nel caso in cui una parte abbia un motivo di sospetto nei confronti del presule<sup>21</sup>. Diversamente dall'arbitrato scelto volontariamente dai contendenti, in queste fattispecie le parti vengono costrette, dall'*exsecutor* nominato dal vescovo o dal rappresentante del pontefice, a nominare le persone incaricate del giudizio<sup>22</sup>. Si viene così a configurare un metodo di sostituzione dell'ufficio giudicante che presenta una forte somiglianza con la procedura di ricasazione per *suspicio iudicis* che si è venuta a formare in ambito secolare a partire dal V secolo e che è stata successivamente recepita anche da Giustiniano<sup>23</sup>. Dall'analisi del modo in cui viene configurato il ruolo dei

<sup>19</sup> Per la citazione puntuale delle fonti contenute nella compilazione giustiniana, si rinvia al documentato contributo di F. GORIA, *Ricasazione del giudice e iudices electi da Costantino a Giustiniano*, in *Diritto romano d'Oriente*, cit., p. 387.

<sup>20</sup> *Registrum*, I, 36 (MGH, I, p. 49): «*compellas ad eligendum iudicium*»; anche *Registrum*, IX, 41 (MGH, II, p. 69).

<sup>21</sup> *Registrum*, VI, 11 (MGH, I, p. 390): «*Aut si forte, ut adsolet, aliqua illis quolibet modo fuerit nata suspicio et electorum desideraverint fortasse iudicium, sub tua executione eligendi fas habeant cognitores, quatenus hoc modo nec tu amisisse iurisdictionem nec actor apud suspectum litigando videatur praeiudicium sustinere*»; *Registrum*, XI, 58 (MGH, II, p. 345): «*... si quis contra clericum causam habuerit, episcopum ipsius adeat. Qui si forte suspectus fuerit, exsecutor vel ab ipso, aut si et hoc actor refugerit, a tua est experientia deputandus, qui partes sibi mutuo consensu iudices compellat eligere*». L'inciso «*ut adsolet*» (*Registrum*, VI, 11) sembra quasi presupporre che il ricorso alla ricasazione nei confronti dei vescovi sia abbastanza frequente.

<sup>22</sup> Per l'analisi dettagliata delle lettere che richiamano questa procedura, con l'approfondimento dei requisiti e delle modalità da seguire, si veda F. GORIA, *I iudices electi nell'epistolario di Gregorio Magno*, cit., pp. 653-680.

<sup>23</sup> Secondo il documentato studio di F. GORIA (*Ricasazione del giudice e iudices electi*, cit., pp. 367-388) la procedura che attribuisce alle parti la possibilità

sostituiti, tuttavia, si evince come, nonostante l'uso promiscuo del termine *arbitri*<sup>24</sup>, non si tratta di meri arbitri, bensì di veri e propri giudici delegati che vengono designati dalle stesse parti, anziché dal magistrato<sup>25</sup>.

Il meccanismo indicato da Gregorio Magno *ad eligendum iudices* non appare sostanzialmente diverso da quello civile, quanto meno a riguardo della funzione dei *cognitores* che non vengono denominati *arbitri*, ma *iudices*, per sottolinearne la diversa posizione<sup>26</sup>. Invece, per altri aspetti è significativo sottolineare come il pontefice abbia previsto una applicazione più estesa del metodo di selezione consensuale dei giudici, tanto rispetto alle fattispecie, quanto alla procedura<sup>27</sup>. Si può infatti ricorrere a questa forma di sostituzione del giudice nei confronti di qualsiasi autorità giudiziaria competente (vescovo o delegato pontificio); inoltre, il *iudicium electorum* si può attuare non solo su istanza di una delle parti, ma anche su proposta o sollecitazione dello stesso giudice; e ancora, l'eventuale richiesta della parte non deve essere necessariamente supportata dall'indica-

---

di designare concordemente il giudicante nell'ipotesi di una istanza di ricusazione sollevata da una di esse, si trova applicata più o meno frequentemente nell'Italia Ostrogota, mentre viene assunta come regola in Oriente negli editti del *praefectus praetorio*, dei quali si dà notizia in due costituzioni di Giustiniano del 531 (C. 3. 1. 16 e C. 3. 1. 18) che la confermano e la applicano ai giudici delegati.

<sup>24</sup> «... *statutum est necessitatem imponi iudice recusato partibus ad eligendos venire arbitros ...*» (C. 3. 1. 16).

<sup>25</sup> F. GORIA, *Ricusazione del giudice e iudices electi*, cit., p. 387.

<sup>26</sup> Le due figure si trovano accostate in un'altra lettera di Gregorio inserita nel *Decretum* di Graziano (C. XI, q. 1, c. 39) in cui si elencano le diverse possibilità di giudizio: avanti al vescovo o a giudici dallo stesso delegati, oppure avanti agli arbitri scelti dalle parti; ma se la controversia si pone nei confronti dello stesso vescovo è necessario scegliere un giudice terzo: «*si quis contra quemlibet clericum causam habuerit, episcopum ipsius adeat, ut aut ipse cognoscat, aut certe ab ipso iudices deputentur, aut si fortasse ad arbitros eundum est, partes ad eligendum iudices ab ipso executio deputata compellat. Sed si quis vero clericus vel laicus contra episcopum causam habuerit, tunc te interponere debes, ut inter eos aut ipse cognoscas, aut certe te admonente sibi iudices eligant*». Si viene così ad adombrare la distinzione, che sarà perfezionata in epoca classica tra gli arbitri volontari, scelti liberamente dalle parti, e gli arbitri necessari, che sono assimilati ai giudici delegati. Su questa distinzione si veda *infra* in questo capitolo, § 3.

<sup>27</sup> F. GORIA, *I 'iudices electi' nell'epistolario di Gregorio Magno*, cit., p. 679.

zione di precisi motivi di sospetto, tanto che potrebbe prescindere dall'esistenza dei presupposti della ricasazione ed essere determinata da altre ragioni<sup>28</sup>. In definitiva, dalle lettere del pontefice emerge come l'assunzione dei *iudices electi* sia considerata la forma più adeguata per assicurare un giudizio imparziale ogniquale volta possa sussistere il pericolo di un trattamento ingiusto o non equilibrato tra i contendenti, cosicché la sostituzione dei *cognitores* viene ad essere imposta come obbligatoria al giudice, tenuto ad astenersi dal giudicare, mentre giunge ad essere riconosciuta come un diritto di quella parte che tema di non essere trattata correttamente<sup>29</sup>.

2. «Arbitrium est trinus actus personarum sub compromissario iudice litigantium»<sup>30</sup>: *la struttura giuridica dell'arbitrium*

Nonostante l'ampia utilizzazione dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie nell'antichità e nell'alto medioevo<sup>31</sup>, fino all'epoca classica non si trova nella normativa e nella dottrina canonistica una ricostruzione giuridica precisa dell'istituto. Del resto, come per la transazione, non si sente fin da subito l'esigenza di regolare con disposizioni proprie il *compromissum in arbitros*, in quanto appare sufficiente la disciplina stabilita dal diritto secolare e dalle consuetudini locali. Solo a partire dal XII secolo, con la rinascita della scienza giuridica e il perfezionamento dell'organizza-

---

<sup>28</sup> Per l'analisi dei casi, prospettati dalle lettere di Gregorio Magno, nei quali non appaiono motivi di sospetto, si rinvia a F. GORIA, *I 'iudices electi' nell'epistolario di Gregorio Magno*, cit., in particolare pp. 671-672, nota 38.

<sup>29</sup> F. GORIA (*I 'iudices electi' nell'epistolario di Gregorio Magno*, cit., p. 664) ritiene che l'atteggiamento di preferenza verso il *iudicium electorum* possa essere determinato anche dalla necessità di salvaguardare l'imparzialità della giurisdizione ecclesiastica nei confronti dei magistrati civili, al fine di non fornire motivi (veri o presunti) per derogare al *privilegium fori*.

<sup>30</sup> BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, liber I, tit. XXXIII, *De arbitris*, § 1.

<sup>31</sup> G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 2, cit., pp. 180-190. Si veda anche quanto detto *supra* circa la frequenza del ricorso ai metodi alternativi al giudizio (cap. II, § 5).

zione ecclesiale, la dottrina canonistica inizia a dedicare un'attenzione specifica all'istituto e i pontefici intervengono a precisare singoli aspetti della sua applicazione all'ordine interno alla Chiesa. Le trattazioni sistematiche dei decretisti e dei decretalisti, insieme alle nuove prescrizioni normative, riescono progressivamente a delineare una disciplina organica e approfondita, quale risulta dalla combinazione delle disposizioni canonistiche con la base civilistica, che consente di adattare l'arbitrato alle peculiari caratteristiche ed esigenze del sistema ecclesiale.

Il primo passo verso una più chiara definizione dell'identità e della funzione degli *arbitri* viene compiuto da Graziano, il quale individua e denomina come *arbitri* quelli che nelle disposizioni precedenti dei concili particolari erano chiamati «*iudices electi a communi consensu*»<sup>32</sup>. Nel *dictum* a commento di un decreto di un concilio africano in cui si fa riferimento a questa usanza<sup>33</sup>, il Maestro annota: «*Quod de arbitris intelligendum est*» e nel prosieguo del discorso approfondisce il concetto distinguendo le tipologie di *iudices* in *ordinarii* e *arbitrarii*: gli uni sono titolari di potestà di giurisdizione, gli altri, invece, ricevono la competenza a giudicare dalla comune volontà dei litiganti. All'interno di quest'ultima categoria, poi, viene evidenziata l'ulteriore figura degli *ordinarii et arbitrarii*, distinti dagli *arbitrarii tantum*, in quanto sono giudici già titolari di giurisdizione che sono scelti dalle parti per giudicare nei confronti di chi non sarebbe sottoposto alla loro potestà<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Si vedano i decreti conciliari citati *supra*, nota 9.

<sup>33</sup> C. II, q. 6, c. 33: «*A iudicibus, quos communis consensus elegerit, non liceat provocari*» (dal concilio Milevitano, a. 416, c. 24).

<sup>34</sup> «*Iudicum enim alii sunt arbitrarii, alii sunt ordinarii. Ordinarii vero sunt, qui ab apostolico, ut ecclesiastici, vel ab imperatore, utpote seculares, legitimam potestatem accipiunt. Arbitrarii sunt, qui nullam potestatem habentes cum consensu litigantium in iudices eliguntur, in quos compromittitur, ut eorum sententiae stetur. Horum alii sunt ordinarii et arbitrarii, alii arbitrarii tantum. Ordinarii et arbitrarii sunt, qui legitimam potestatem habentes ab eis eliguntur ad arbitrandum, qui non sunt suae ditioni subpositi. Ab his, etsi ut arbitrarii sedeant, et non ut ordinarii, privilegio tamen ordinariae dignitatis, gravatus aliquis appellare valebit*» (C. II, q. 6, *dictum post c. 33*). La differenza di disciplina circa l'appellabilità delle sentenze tra *arbitrarii tantum* e *ordinarii et arbitrarii*, le une inappellabili e le altre appellabili, viene giustifi-

L'orientamento a definire come arbitri i giudici designati dalle parti viene confermato da Graziano anche nel riportare il can. 9 del concilio di Calcedonia<sup>35</sup>, ma secondo una versione modificata che sostituisce alla locuzione generica usata nella versione originale («*apud quos utraeque partes voluerint*») il termine specifico di «*arbitros*»: «*apud arbitros ex utraque parte electos*»<sup>36</sup>. Peraltro, in questa diversa formulazione risulta anche cambiata l'intera frase con l'aggiunta di elementi che vengono a configurare una fattispecie non prevista dal testo precedente: mentre il concilio si limitava a stabilire l'alternativa tra il ricorso al vescovo proprio o a persone scelte dalle stesse parti con il consenso dell'ordinario, invece la variazione impone di eleggere gli arbitri ogniqualvolta sia in discussione un «*negocium ipsius episcopi*»<sup>37</sup>.

Una ricostruzione sistematica più completa e precisa si ritrova nelle trattazioni successive che delineano la struttura giuridica dell'arbitrato e le regole del suo funzionamento sulla base principalmente delle fonti romanistiche, integrate dalle sporadiche disposizioni del diritto canonico. Tuttavia, rispetto alle fonti classiche del diritto romano, che riconoscevano modalità molteplici di attuazione del sistema dell'*arbitrium* quale mezzo di definizione dei conflit-

---

cata dalla citazione successiva di un decreto del concilio di Cartagine III che viene però riportato in una versione errata (risalente secondo E. FRIEDBERG [*Corpus iuris canonici*, I, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz, 1959, p. 479] all'opera di Ivo di Chartres), nella quale risulta appunto omesso l'avverbio *non* avanti a *liceat*: «*Sane, si ex consensu partium iudices electi fuerint, etiam a pauciori numero, quam constitutum est, liceat provocari*» (C. II, q. 6, c. 34).

<sup>35</sup> Citato *supra*, nel § 1, nota 10.

<sup>36</sup> «*Si clericus adversus clericum habet negotium, non relinquat suum episcopum et ad secularia iudicia concurrat, sed prius negocium agitetur apud episcopum proprium; vel certe si fuerit negocium ipsius episcopi, apud arbitros ex utraque parte electos audiatur negocium*» (C. XI, q. 1, c. 46). La versione modificata è stata tratta dalla collezione Hispana, riportata anche da Burcardo di Worms e da Ivo di Chartres (E. FRIEDBERG, *Corpus iuris canonici*, I, cit., p. 640).

<sup>37</sup> La prescrizione collima pertanto con la regola, prevista nelle *Epistolae* di Gregorio Magno, che prescrive di eleggere altri giudici nel caso di un conflitto di interessi tra vescovo e chierico, come afferma la lettera inserita nel *Decretum* in C. XI, q. 1, c. 39 (citata *supra*, nota 26).

ti di interesse tra le parti<sup>38</sup>, sulla base di una concezione prevalentemente privatistica<sup>39</sup>, l'interpretazione data dalla canonistica, in sintonia con la dottrina di diritto comune, viene ad accentuare la funzione processuale dell'arbitrato, quale strumento di risoluzione delle controversie tra litiganti, alternativo ma assimilabile al giudizio ordinario. Questa lettura, che viene a distinguere l'*arbitrium ex compromesso* da altre forme di ricorso alla mediazione di terzi<sup>40</sup>, è stata

<sup>38</sup> All'*arbiter* si può ricorrere ogniqualevolta siano necessarie speciali competenze per precisare la configurazione giuridica del rapporto tra le parti o il contenuto delle prestazioni, sia nell'ambito della regolazione contrattuale delle obbligazioni tra privati, sia nell'ambito del giudizio: infatti nel linguaggio giuridico romano sono usati gli stessi termini (*arbiter* e *arbitrium*) per indicare tanto l'arbitrato *ex compromisso* per dirimere una lite, tanto il ruolo del *iudex privatus* nel processo *per legis actiones* o *per formulas*, quanto quello che con terminologia moderna viene denominato arbitraggio, ossia la devoluzione a un terzo della determinazione delle prestazioni nei contratti consensuali, come il prezzo della compravendita, le quote di partecipazione in una società o il canone di locazione. Sul tema si vedano A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 564; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Giappichelli, Torino, 1969, pp. 479-542; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 517-518.

<sup>39</sup> Alle parti viene riconosciuta l'autonomia di stabilire l'oggetto e i criteri di decisione dell'*arbiter*, scegliendo, nell'ambito dei rapporti contrattuali, tra l'*arbitrium in personam certam* o l'*arbitrium boni viri*: l'uno si deve rispettare «*sive aequum sit sive iniquum*» (PROCULO in D. 17. 2. 76), per cui una interpretazione in epoca moderna l'ha definito *arbitrium merum* pur non ricorrendo questo termine nelle fonti romanistiche; l'altro invece può essere contestato con la *reductio ad aequitatem* (PAOLO in D. 17. 2. 79).

<sup>40</sup> In realtà la distinzione tra le due forme, l'una di arbitrato *ex compromisso* e l'altra di arbitraggio nella forma dell'*arbitrium boni viri*, risulta già indotta dal contesto della compilazione giustiniana, che giunge a modificare parzialmente la disciplina dell'*arbitrium* attraverso la selezione dei brani e le interpolazioni dei testi. In particolare si ricorda l'aggiunta al brano di PROCULO in D. 17. 2. 76, nel quale il testo originario distingue *duo genera arbitriorum* per riferirsi alle due tipologie di arbitraggio (*in personam certam* o *boni viri*), mentre nel testo modificato si viene a contrapporre l'arbitrato all'arbitraggio, nella sola forma dell'*arbitrium boni viri*: «*arbitriorum genera sunt duo: unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est; alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat*». Per approfondimenti si rinvia al contributo di F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., pp. 479-542.

certamente promossa e potenziata dalla prassi dei secoli intermedi, durante i quali, come si è visto<sup>41</sup>, per influenza delle tradizioni delle popolazioni germaniche oltre che per l'ascendenza degli ideali evangelici, si è fatto ampio ricorso all'arbitrato come rimedio alternativo o concorrente al giudizio ordinario per dirimere le liti, in quanto viene considerato più adeguato e preferibile, sia per sottrarsi all'ineadeguatezza delle magistrature secolari, sia per privilegiare le forme di bonaria composizione ritenute più rispondenti alle esigenze delle parti. Peraltro, la successiva sistematizzazione dottrinale che inquadra l'arbitrato tra i mezzi processuali comporta un irrigidimento concettuale che giunge progressivamente a sottrarre la regolamentazione dell'istituto all'autonomia delle parti e a ricondurla al rispetto dell'*ordo iudiciarius*.

L'impostazione processualistica dell'arbitrato emerge chiaramente nelle trattazioni dei canonisti che richiamano come base di partenza e punto di riferimento la frase del giurista romano Paolo, volta a sottolineare la somiglianza tra il modo di stipulazione del *compromissum* e la forma del *iudicium*<sup>42</sup>, e considerano l'*arbitrium «ad instar iudiciorum»*<sup>43</sup>, un «*iudicium voluntarium*»<sup>44</sup> diverso ma simile per struttura al giudizio ordinario. Pertanto, sotto il profilo dell'ordine sistematico di esposizione degli argomenti, l'arbitrato viene collocato tra l'illustrazione delle diverse figure giudicanti e l'analisi del processo<sup>45</sup>. Tale inquadramento concettuale ha influenzato anche le raccolte delle decretali pontificie che a partire dalla *I*

<sup>41</sup> Sull'uso diffuso dei mezzi alternativi si veda *supra*, cap. II, § 5.

<sup>42</sup> «*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*» (PAOLO in D. 4. 8. 1).

<sup>43</sup> TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*; GOFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*.

<sup>44</sup> BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, liber I, tit. XXXIII, *De arbitris*, § 1.

<sup>45</sup> «*Expeditis preparatoriis iudiciorum ad tractatum iudiciorum est veniendum; sed quoniam iudicium voluntarium, quod dicitur arbitrale, gratius esse solet, quam necessarium, quod ordinarium appellatur, merito de arbitris praemittamus*» (BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, liber I, tit. XXXIII, *De arbitris*); «*Quia ad instar iudiciorum arbitria sunt redacta ... postquam tractavimus de aliis iudiciis, consequenter de arbitris videamus*» (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit.

*Compilatio antiqua* dedicano al tema un titolo appositamente denominato *De arbitris*, posizionato alla fine del primo libro, dopo aver trattato dei presupposti dell'ufficio giudicante, e prima del libro secondo, che si occupa dello svolgimento del giudizio<sup>46</sup>.

In conformità a questa ermeneutica dell'istituto, l'attenzione della dottrina è volta a sottolineare gli aspetti di somiglianza e quelli di differenza tra *arbitrium* e *iudicium*.

Il primo fondamentale elemento di somiglianza è dato dalla struttura tripersonale del rapporto tra le parti e l'arbitro: «*Arbitrium est trinus actus personarum sub compromissario iudice litigantium*»<sup>47</sup>. Per contro, il principale carattere differenziale è dato dalla natura volontaria della sottomissione dei litiganti al giudizio dell'arbitro<sup>48</sup> e, di conseguenza, dalla mancanza di effetti coercitivi dei poteri dell'arbitro o della decisione finale, al di fuori di quelli riconducibili alla volontà delle parti espressa nel compromesso<sup>49</sup>. Le ulteriori somiglianze e divergenze puntuali elencate dalla dottrina sulla base prevalentemente della disciplina delle fonti romanistiche non sono che l'applicazione coerente di questi due punti fondamentali<sup>50</sup>: in particola-

---

3, *De arbitris*). Questa premessa al titolo *de arbitris* viene ripetuta anche nelle altre trattazioni: GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*.

<sup>46</sup> Nelle *Decretales Gregorii IX* è il titolo 43 del primo libro.

<sup>47</sup> BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, liber I, tit. XXXIII, *De arbitris*, § 1. Una formulazione simile è ripetuta da GOFFREDO DA TRANI (*Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 1): «*Arbitrium est trinus actus personarum super civili questione in quasi iudicio contententium*».

<sup>48</sup> «*Arbitrium est causa in dicendo iure voluntarie posita cum certarum personarum interpositione*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 1).

<sup>49</sup> «*Arbitri sunt qui de consensu partium eliguntur. Et in eos sub poena stipulatione compromittitur, ut metu poenae ipsorum sententiae stetur; quoniam sententia arbitri non valet sine poenae promissione vel pignorum datione ...; quod verum est nisi in duabus casibus, scilicet si partes subscripserint sententiae arbitri, vel si decem diebus tacerint post sententiam ...*» (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*, § 1).

<sup>50</sup> «*Compromissum autem et iudicium habent similia et dissimilia. Similia sunt in his quia in utroque libellus porrigitur, et in utroque per libelli oblationem fit prescriptionis interruptio ... Item quod ad iuramentum calumniae ... Item quod ad testes qui recepti in uno valent in alio ... Item in utroque ferenda est sententia in scriptis ... Item in utroque fit citatio per nuncium vel epistolam ... Item tam arbiter quam iudex*

re, si sottolinea tra le differenze l'impossibilità di appellare contro la *sententia* dell'arbitro e la necessità di ricorrere al giudice ordinario per ottenere l'esecuzione forzata del suo pronunciamento<sup>51</sup>. Ordinando i punti di discordanza entro un quadro sistematico, la dottrina posteriore elenca le differenze *quoad ipsam constitutionem*<sup>52</sup>, *quoad potestatem*<sup>53</sup>, *quoad processum*<sup>54</sup>, *quoad pronuntiationis vim et efficaciam*<sup>55</sup>,

---

*pronuntiat diebus feriatis ... Item si arbiter non venit ad locum destinatum cognitioni compromissi causa pars illa quae non venit contumax non habetur ... Item sicut iudex sic arbiter litem suam facit si male pronuntiat ... Differunt autem in his quia coram arbitro locum non habet satisfactio de lite prosequenda ... Item reconventio coram iudice locum habet ... sed coram arbitro non ... Item iudex potest punire contumacem ... sed arbiter non ... Item in arbitris mora non purgatur» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, nn. 7-8).*

<sup>51</sup> «Differt autem arbitrium a iudicio in multis, licet ad instar iudiciorum se habeat, sicut dictum est. ... in hoc differt, quoniam a sententia arbitri non potest appellari ... item iudex exsequitur sententiam suam, ... arbiter non; imo iudex ordinarius exsequitur sententiam arbitri» (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*, § 4).

<sup>52</sup> «... nam iudex publica autoritate assumitur; arbiter compromissarius solum privata partium: ille invitatus dari potest; hic non nisi volens» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>53</sup> «... nam arbitraria sunt stricti iuris, et in iis observari fines compromissi debent; ... amplior est potestas iudicis, praesertim ordinarii; hic enim omnia potest, quae in causis ad forum eius spectantibus non sunt expresse excepta» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>54</sup> «... nam procurator coram arbitro litigans non tenetur satisfacere, et cavere dominum rem ratam habiturum; ... quia potest solvere poenam compromissi, et non stare sententiae: secus si litiget coram iudice; ... Item arbiter compromissarius non potest contumaces punire, vel testes cogere, quia iurisdictionem non habet quod tamen potest iudex» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>55</sup> «... nam ex sententia iudicis oritur actio, et exceptio rei iudicatae ... neutra datur ex pronuntiatione arbitri, sed poenae tantum petitio; ... nisi expresse, vel tacite sit approbatum...» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

*quoad firmitatem pronuntiati*<sup>56</sup>, *quoad appellationem*<sup>57</sup>, *quoad executionem*<sup>58</sup>.

Ma, laddove non sia stabilito espressamente il contrario, la struttura simile comporta la tendenziale estensione all'*arbitrium* di «*quidquid in iudiciis statutum est*»<sup>59</sup>.

### 3. Arbitrer, arbitrator, amicus compositor: le diverse figure della mediazione arbitrale

L'assimilazione al giudizio conduce a un progressivo irrigidimento della struttura dell'*arbitrium*, tenuto a rispettare le regole processuali dell'*ordo iudiciarius*. Nondimeno, accanto a questa figura di «*arbitrer proprie ac stricte acceptus*»<sup>60</sup> permangono e si vengono a sviluppare in modo più preciso altre figure di persone di fiducia scelte dalle parti per definire una controversia o singoli punti oggetto di incertezza. Tali forme di intermediari costituiscono applicazioni specifiche del metodo di rivolgersi a mediatori per risolvere pacificamente i possibili contrasti e dimostrano la costante

---

<sup>56</sup> «... *nam arbitrer, si de causa sibi commissa pronuntiando erravit, et sententiam invalidam dixit, errorem corrigere, vel sententiam mutare, non potest; ... iudex ordinarius potest*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>57</sup> «... *nam ab arbitro compromissario, eiusque arbitrio appellari nequit; ... potest appellari a sententia iudicis*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>58</sup> «... *nam iudex sententiam valide a se latam exequi potest; non potest arbitrer; quia iurisdictione caret; ... sed executio demandatur iudici ordinario ipsius rei*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitratorum*, n. 2).

<sup>59</sup> TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*, § 4: «*Et si qui alii sunt casus, in quibus contrarium invenitur expressum, illud obtinet; alioquin quidquid in iudiciis statutum est, in arbitris observari debet*». Egualmente GUGLIELMO DURANTE (*Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbitrium in quibus differat a iudicio*, n. 15): «*In omnibus autem sunt similia, in quibus dissimilitudo non invenitur expressa*». L'affermazione viene ripetuta da A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 21.

<sup>60</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 4.

flessibilità del sistema dell'arbitrato, capace di adeguarsi alle diverse esigenze.

Un primo sviluppo vede l'affiancamento agli *arbitri voluntarii seu compromissarii* degli *arbitri iuris seu necessarii*. La classificazione sistematica dei due generi di arbitri si ritrova nelle opere successive all'epoca classica, ma i presupposti della nascita degli *arbitri necessarii* risalgono, come si è visto, all'età dei concili e alle disposizioni sinodali che prescrivevano di eleggere i giudici per dirimere le controversie in cui erano coinvolti i vescovi. Ancor prima, l'origine è forse da ricondurre direttamente ai precetti paolini che, da un lato, impongono di designare un *sapiens quisquam* per risolvere i dissidi tra fedeli, dall'altro, sollecitano a predisporre misure adeguate per ripristinare la concordia.

Le prime fonti relative agli *arbitri necessarii* sono appunto i canoni sinodali e le lettere pontificie che prescrivono di ricorrere a «*iudices electi a communi consensu*», identificati e definiti come *arbitri* nelle raccolte successive<sup>61</sup>. In seguito, alcune decretali pontificie confermano e precisano l'applicazione della regola di affidare ad arbitri eletti con il consenso delle parti la decisione nelle questioni di sospetto nei confronti di un giudice recusato da uno dei contendenti<sup>62</sup>, e in

---

<sup>61</sup> Oltre alle fonti contenute nel *Decretum Gratiani* (citate *supra*, cap. IV, § 1 nota 9), nel *Liber Extra* (X, I, 43, c. 1) viene inserito il c. 3 del concilio di Cartagine XVI in una versione modificata che sostituisce appunto il termine *arbitri a iudices*: «*Si autem ex communi placito episcoporum, inter quos causa versatur, arbitros elegerint ...*».

<sup>62</sup> X, I, 29, c. 39 (decretale *Suspicionis* di Gregorio IX) (titolo: «*Arbitri electi ad causam recusationis, assignant partibus terminum ad probandam causam suspicionis, et iudex recusatus compellit arbitros ad causam finiendam*»); X, II, 28, c. 61 (decretale *Quum specialis* di Innocenzo III nel concilio Lateranense IV, c. 48); VI, I, 14, c. 4 (decretale *Si contra* di Bonifacio VIII) che elenca tre casi in cui la *causa suspicionis* non viene deferita agli arbitri; VI, I, 14, c. 11 (decretale *Ab arbitris* di Bonifacio VIII) che afferma la competenza della Sede apostolica per l'appello contro le sentenze degli arbitri che decidono le *causae suspicionis* e le questioni sulla revoca dei rescritti quando vi sia disaccordo tra i giudici (fattispecie prevista dalla decretale *Pastoralis* di Innocenzo III, in X, I, 3, c. 14, citata anche nella nota seguente).

più la estendono al caso del disaccordo tra i giudici sulla questione di revoca dei rescritti<sup>63</sup>.

I commentatori delle decretali, quantunque non arrivino ancora a trattare in modo organico la distinzione, rilevano nondimeno la specificità di questa figura di *arbitri* rispetto a quelli che sono liberamente scelti dai privati, tanto da evidenziare gli aspetti che, da un lato, li distinguono dagli arbitri volontari, mentre, dall'altro, li avvicinano al ruolo dei giudici<sup>64</sup>. Si sottolinea, in particolare, come questi arbitri siano dotati dei medesimi poteri di giurisdizione conferiti ai giudici, tanto riguardo alla decisione della causa loro affidata, quanto riguardo alla conduzione del processo, compresi i poteri di coercizione nei confronti delle parti o dei testimoni e di punizione contro i renitenti<sup>65</sup>. Diversamente, infatti, dagli arbitri volontari che ricevono ogni competenza a trattare la questione dal compromesso tra le parti, gli arbitri necessari ottengono, sulla base dell'elezione, poteri analoghi a quelli dei giudici<sup>66</sup>. Proprio perché esercitano un potere di giurisdizione, le sentenze degli arbitri necessari, a differenza di quelle degli altri, possono essere soggette ad appello<sup>67</sup>. E ancora, trattandosi di una funzione essenziale al fine di poter procedere nella causa principale, gli arbitri necessari possono essere co-

<sup>63</sup> X, I, 3, c. 14 (decretale *Pastoralis* di Innocenzo III).

<sup>64</sup> *Glossa ad X, I, 29, c. 39, v. Ad quos omnia*: «Item hic est aliud speciale: quia consensus privatorum eum facit iudicem, qui nulli praeest iudicio, nec isti veri arbitri dicuntur, nisi pro tanto, quia eliguntur sicut arbitri, alii eliguntur de consensu partium».

<sup>65</sup> «Sicut enim iudici omnia commissa intelliguntur quae ad causam ipsam pertinent ... sic et his arbitris: et habent iurisdictionem et coercionem, et possunt compellere testes, et impedientes punire: ut patet hic expresse» (*glossa ad X, I, 29, c. 39, v. Ad quos omnia*). La caratteristica dei poteri di coercizione degli arbitri necessari e la loro assenza, per contro, nelle competenze degli altri arbitri, sono ripetute nella *glossa ad X, I, 43, c. 6, v. De his*.

<sup>66</sup> «Et iurisdictione istorum quasi ordinaria est per electionem, sicut quoniam exercitus sibi eligit imperatorem ... et constitutio confirmat talem iurisdictionem» (*glossa ad X, I, 29, c. 39, v. Ad quos omnia*).

<sup>67</sup> «... et potest appellari ab eis. Sed ad quem appellabitur? Ad Papam appellabitur» (*glossa ad X, I, 29, c. 39, v. Ad quos omnia*). La devoluzione alla Sede apostolica degli appelli contro le sentenze di questi arbitri viene prescritta da Bonifacio VIII (VI, I, 14, c. 11).

stretti dal giudice ad accettare l'incarico e a rendere la sentenza entro il termine dallo stesso fissato<sup>68</sup>.

Le linee essenziali di questa distinzione sono recepite dalla dottrina successiva che riporta come *opinio communis* e indiscussa la teorizzazione del *duplex genus arbitrorum*, esponendo in modo sistematico gli aspetti di somiglianza o differenza degli *arbitri iuris seu necessarii* rispetto sia agli *arbitri voluntarii seu compromissarii*, sia al giudice ordinario o delegato. Entrambe le figure di arbitri rientrano nella qualificazione specifica di «*arbiter proprie et stricte acceptus*»<sup>69</sup>, ma risultano diversi tra loro riguardo al titolo<sup>70</sup>, all'obbligo di assunzione del *munus*<sup>71</sup>, ai poteri di giurisdizione di cui sono investi-

<sup>68</sup> «*Sed quid dices si isti qui eliguntur arbitri a partibus nolunt suscipere arbitrium, quid erit, suntne compellendi? ... Dico quod tenentur accipere tale arbitrium: immo in virtute obedientiae districto precepto a domino Papa iniuncto tenentur id est de appellatione quum speciali; et si huic praecepto non obediant, sunt compellendi*» (glossa ad X, I, 29, c. 39, v. *Ad quos omnia*). L'argomento a sostegno della tesi viene desunto dalla decretale *Quum speciali* di Innocenzo III, nella quale, peraltro, si afferma l'obbligo degli arbitri di svolgere correttamente l'incarico, non l'obbligo di accettare l'incarico: «*Et si nequiverint in unam concordare sententiam, advocent tertium, ut quod duo ex ipsis decreverint robur obtineat firmitatis; sciantque se ad id fideliter exsequendum ex iniuncto a nobis in virtute obedientiae sub obtestatione divini iudicii districto praecepto teneri*» (X, I, 28, c. 61).

<sup>69</sup> «*Arbiter proprie ac stricte acceptus, ... est persona idonea, sive ex legis praescripto, sive ex partium conventionione electa, ut circa controversiam exortam suum iudicium pronunciet*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 4). Simile è la definizione di F.X. SCHMALZGRUEBER (*Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 1. *De natura, et varietate arbitrorum*, n. 1): «*stricte et specificae, ... definiri potest quod sit vir bonus, qui sive ex dispositione iuris, sive ex conventionione partium constituitur, ut super controversia, quae inter eas est, iudicium, sive animi sui sensum proferat, eamque dirimat*».

<sup>70</sup> «*Arbitri iuris (qui et necessarii appellantur) sunt illi qui ex necessitate, seu ex praescripto legis, a iudice vel a partibus constituendi sunt: de quibus in iure varia exempla habeatur ... Arbitri voluntarii, seu compromissarii, e contra dicuntur illi, qui ex libera partium conventionione, seu compromisso constituuntur. Unde et voluntarii appellantur, quia ex nulla iuris necessitate, sed ex privata dumtaxat partium voluntate assumuntur*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, nn. 13-15).

<sup>71</sup> «*... differunt: quia arbitri iuris compelli possunt ad suscipiendum hoc munus, etiam in virtute obedientiae... Sed arbitri compromissarii non possunt compelli ad acceptandum munus istud*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 20).

ti<sup>72</sup>, alla possibilità di appellare la sentenza<sup>73</sup>. Per converso, nei confronti dei giudici, nonostante siano dotati di poteri simili<sup>74</sup>, gli *arbitri necessari* non possono tuttavia essere interamente equiparati né al giudice ordinario, né al giudice delegato<sup>75</sup>.

Anche gli ordinamenti civili, a partire dagli statuti comunali, giungono a prevedere una figura simile di *arbitri iuris* o *ex necessitate statuti*, ma risulta regolata su presupposti e con funzione diversa, rispetto sia all'antico diritto romano sia al diritto canonico<sup>76</sup>. Infatti, l'obbligo di ricorrere agli arbitri non viene stabilito come necessario per le questioni che non possono essere decise dai giudici per un conflitto di interessi, bensì come opzione preferenziale per deter-

<sup>72</sup> «*Deinde differunt: quia arbitri iuris, seu necessari, habent iurisdictionem, et quandam coercionem: nam a lege datur ipsis potestas ad expedienda omnia, quae sunt necessaria ad causam definiendam: ut citare partes, testes compellere, eosque examinare, ac punire, si sint inobedientes ... Econtra arbitri voluntarii, seu compromissarii, nullam habent iurisdictionem, neque coercionem, sed tantum cognitionem, seu notionem quandam ... Hi enim totam potestatem a partibus compromittentibus accipiunt: privati autem non possunt conferre iurisdictionem ... Unde arbitri compromissarii non possunt testes compellere ad comparandum, nec eos delinquentes punire, neque partibus coram se litigantibus imperare, aut contumaciam punire, nisi quatenus ipsae per compromissum sponte se obligaverunt*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, nn. 18-19).

<sup>73</sup> «*Differunt imprimis: quia a dicto, sive sententia arbitrorum iuris, seu necessariorum potest appellari ... e contra a dicto arbitrorum compromissariorum non appellatur*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 17).

<sup>74</sup> Citando la *glossa v. Ad quos omnia* (ad X, I, 29, c. 39) che definisce la giurisdizione degli arbitri necessari «*quasi ordinaria*» si sottolinea il senso dell'uso di tale avverbio: «*quae dictio quasi minuit, et iudicat, dictam arbitrorum necessariorum iurisdictionem non esse mere ordinariam, cum hanc ipsi non habeant, nisi in certo casu: nec mere delegatam, quia princeps eos non elegit, sed consensus partium iure sic volente: ac proinde esse quasi mixtam ex utraque. Quamvis magis ipsorum iurisdicatio videatur accedere ad delegatam, quam ad ordinariam*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 18).

<sup>75</sup> «*Quamvis arbiter, praesertim necessarius, non multum differat a iudice, proprie tamen non est iudex, nec ordinarius, nec delegatus, sed ad similitudinem delegati*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 22).

<sup>76</sup> L. MARTONE, *Arbiter – arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 133-202; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, 2, cit., pp. 183-184.

minate tipologie di cause tra specifiche categorie di persone<sup>77</sup> ogniqualvolta una delle parti della lite eccepisca la volontà di farne ricorso<sup>78</sup>. A seguito di tale richiesta, il giudice impone ai contendenti di procedere alla nomina degli arbitri e sulla base di questa investitura i soggetti designati decidono in modo informale e secondo criteri equitativi. Pertanto, almeno in origine, le competenze degli *arbitri iuris* non si discostano da quelle degli arbitri volontari, e solo con l'evoluzione successiva l'istituto viene avvicinato al ruolo dei giudici delegati, così da riconoscere la possibilità di appellare contro la decisione arbitrale<sup>79</sup>.

Un'altra distinzione tra diverse forme di mediazione viene invece a contrapporre l'*arbiter* con differenti tipologie di arbitraggio. La dottrina infatti recepisce l'uso, invalso nella prassi commerciale e nei formulari notarili<sup>80</sup>, di denominare con il nuovo termine di *arbitrator* il ruolo del terzo che viene designato dalle parti a determinare il contenuto delle prestazioni nei rapporti contrattuali, una figura di mediatore corrispondente a quella che nelle fonti romane viene indicata come *arbitrium boni viri*<sup>81</sup>. Rispetto al graduale irrigidimento della regolamentazione del giudizio arbitrale, tenuto da un lato a procedere *iuris ordine servato*, ma, dall'altro, impossibilitato a consentire la revisione della sentenza mediante l'appello, lo strumento dell'arbitraggio appare come un rimedio particolarmente duttile e conveniente, in quanto il carattere informale della pro-

---

<sup>77</sup> L'arbitrato è prescritto in particolare per tutte le cause tra parenti e affini, per i conflitti tra persone miserabili, per le questioni di lavoro dei mercanti e degli artigiani e i loro dipendenti, tra i soci per le questioni di società.

<sup>78</sup> L. MARTONE, *Arbiter – arbitrator*, cit., pp. 146-150. L'autore sottolinea come gli statuti non attribuiscono al magistrato il potere di imporre l'arbitrato alle parti, ma questo diviene obbligatorio per tutti i contendenti solo dopo la *requisitio* di uno di essi.

<sup>79</sup> L. MARTONE, *Arbiter – arbitrator*, cit., pp. 189-197.

<sup>80</sup> L. MARTONE, *Arbiter – arbitrator*, cit., pp. 74-128.

<sup>81</sup> Mentre nelle fonti classiche del diritto romano l'arbitraggio era possibile nelle due forme dell'*arbitrium in personam certam* e dell'*arbitrium boni viri* (si vedano le citazioni contenute *supra* nella nota 39), secondo l'orientamento emerso dall'impostazione della compilazione giustiniana la devoluzione alla valutazione del terzo viene progressivamente ristretta al solo *arbitrium boni viri*.

cedura e i criteri equitativi della pronuncia consentono all'*arbitrator* di rispondere meglio alle mutevoli esigenze delle parti e di comporre tra loro i diversi interessi, tanto da venire equiparato a un *amicabilis compositor*<sup>82</sup>. Inoltre, applicando la disciplina romanistica dell'*arbitrium boni viri*, se la decisione dell'*arbitrator* viene considerata ingiusta, può essere ridotta *ad aequitatem* ricorrendo al giudice ordinario<sup>83</sup>.

Proprio questi vantaggi pratici conducono a una continua espansione nell'uso dell'*arbitrator*, impiegato non solo per definire le questioni attinenti agli elementi del contratto, ma anche per risolvere le controversie, giungendo così a svolgere compiti di decisione delle liti in precedenza propri dei soli arbitri, pur conservando i caratteri peculiari del rito stragiudiziale e del giudizio *ex bono et aequo*<sup>84</sup>. Questo sviluppo nell'applicazione dell'*arbitrator* pone la dottrina di fronte al problema ermeneutico di cambiare la definizione dell'istituto rispetto all'originaria impostazione romanistica<sup>85</sup> e di trovare una formula che comprenda entrambe le competenze acquisite, sia *super contractu* sia *super re litigiosa*<sup>86</sup>: il problema non è me-

<sup>82</sup> «*Arbitrator vero est amicable compositor, nec sumitur super re litigiosa, vel ut cognoscat: sed ut pacificet, et quod certum est, dividat: ut in societate, quam certum est fuisse contractum. Sed eligitur, ut det cuilibet certam suam partem, quae ipsum ex societate contingit. ... Nec tenetur iuris ordinem observare; ...*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbiter quid sit*, n. 3).

<sup>83</sup> «*nec statur eius sententiae, si sit iniqua: sed reducitur ad arbitrium boni viri*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbiter quid sit*, n. 3). Di seguito, lo *Speculator* precisa: «*quis erit ille bonus vir, cuius arbitrium est sequendum ut praedixi? Respondeo iudex loci*» (*ivi*, n. 4).

<sup>84</sup> Un esempio di arbitraggio nella risoluzione del conflitto conseguente al delitto di ingiurie si trova ricordato nella decretale *Quintavallis* di Innocenzo III, in X, II, tit. 24, c. 23.

<sup>85</sup> Segue ancora questa impostazione la definizione dello *Speculator*, che incentra la distinzione tra *arbiter* e *arbitrator* in base anche all'oggetto: «*Nam arbiter est, quem partes eligunt ad cognoscendum de quaestione, vel lite: et sic sumitur super re litigiosa et incerta, ut de ea cognoscatur ... Arbitrator vero est amicable compositor, nec sumitur super re litigiosa, vel ut cognoscat*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbiter quid sit*, nn. 2-3).

<sup>86</sup> Nel commentare la decretale *Quintavallis* Innocenzo IV già estende la competenza dell'*arbitrator*: «*Arbitrator autem est, qui eligitur, ut aliquid aestimet, veluti precium, vel operas, vel partes societatis, vel quid sibi videatur de aliqua re, sine ordi-*

ramente teorico-concettuale, ma implica rilevanti risvolti concreti, dal momento che costituisce la premessa necessaria per giustificare l'estensione anche al nuovo ruolo della diversa disciplina sull'appello. Per conservare una definizione unitaria dell'*arbitrator* che lo distingua dall'*arbiter*, dunque, la dottrina canonistica giunge ad accogliere l'interpretazione dei commentatori civilisti che equiparano la pronuncia dell'*arbitrator*, venutasi a chiamare *arbitramentum*, alla transazione, per cui anche quando assume l'incarico di risolvere una controversia l'*arbitrator* si pronuncia comunque *super contractu*, ossia «*super contractu transactionis ineundo*»<sup>87</sup>. Nonostante le perplessità sollevate a riguardo della non piena riconducibilità dell'*arbitramentum* alla transazione<sup>88</sup>, la tesi viene generalmente condivi-

---

*ne iudiciario dicet, vel super ea arbitret*» (*In quinque decretalium libros commentaria doctissima*, II, Tit. XXIV, *De iureiurando*, c. XXIII *Quintavallis*, n. 5). Il discrimine principale, dunque, resta la procedura, dato che l'*arbiter* procede «*in substantiabilibus servato ordine iudiciali*» (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbiter quid sit*, n. 4).

<sup>87</sup> Così NICCOLÒ DEI TEDESCHI (*Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, n. 7) riporta la tesi di Bartolo: «*quia arbitramentum est quaedam transactio ... unde dicitur assumi super contractu transactionis ineundo, unde in effecto arbitrator semper assumitur super contractu aut complendo: quia fuerat a partibus inchoatus ... aut super ineundo et perficiendo ut quando assumitur super lite ut transigat inter partes*».

<sup>88</sup> GUGLIELMO DURANTE (*Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Arbiter quid sit*, *Additio i*) non ritiene che si possa considerare la pronuncia dell'*arbitrator* equivalente alla transazione, dal momento che non è un accordo sottoscritto dalle parti: «*licet compromissum possit large dici transactio, in quo partes sic concordant: laudum tamen ex compromisso secutum non habet specificè consensum partium, sicut transactio: et ideo non mirum si reformari potest, et ab illo recedi*». Anche l'*Abbas Siculus* rileva come non possa essere considerato una transazione in senso proprio e stretto, in quanto può non prevedere un accomodamento «*aliquo dato, aliquo retento*» se la pronuncia conduce ad una condanna o ad una assoluzione totale, «*unde intelligas quod arbitramentum est quaedam transactio in genere: hoc est quaedam conventio per quam aliter reciditur. Contrarium vero procedit in transactione in specie: in qua requiritur quod aliquid detur vel retineatur. Ex quibus infertur quod arbitrator assumptus super lite poterit in totum absolvere vel condemnare*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, n. 7).

sa<sup>89</sup>, dal momento che consente di mantenere un regime differenziato tra l'*arbiter* e l'*arbitrator*<sup>90</sup>.

Sulla distinzione si viene pertanto a formare una *communis opinio* che elenca molteplici differenze tra i due istituti<sup>91</sup>, ma le principali, che costituiscono anche le ragioni di quelle ulteriori ad esse consequenziali, restano gli elementi caratteristici che hanno contrassegnato fin dall'origine il ricorso all'*arbitrator*, ossia la procedura informale stragiudiziale, la pronuncia *ex bono et aequo*, la possibilità della *reductio ad arbitrium boni viri*<sup>92</sup>. Tra le altre differenze si può ricordare la libertà di assumere come *arbitrator* anche persone che non potrebbero svolgere il *munus* di arbitri<sup>93</sup> e persino di investire

<sup>89</sup> «Concludo ergo quod prima differentia principalis est quod arbiter assumitur super lite: arbitrator super contractu: aut perficiendo aut ineundo» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, n. 7).

<sup>90</sup> Secondo questa interpretazione, infatti, viene ancora data la definizione di *arbitrator* dalla dottrina posteriore: «*Arbitrator vero semper sumitur super contractu: nam, ubi constat de contractu, v.g. societatis, transactionis, emptionis etc. arbitrator assumitur, ut videat, quid aequum sit, ut unus det alteri ex causa talis contractus; vel ut aestimet pretia rerum aut operarum, sicque super contractu discordantes pacificet cuilibet tribuendo portionem suam, quae ipsum contingit. ... Et quamvis arbitrator quandoque in litibus, citra formam iudicialis definiendis, videatur locum habere ...: tamen re vera etiam tunc intervenit contractus, saltem finiendus, ut loquitur Abbas ... cum arbitrator ille assumatur super contractu transactionis ineundae, imo ipsum arbitramentum sit quaedam transactio*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 7).

<sup>91</sup> Il *Panormitanus* ne elenca ben ventidue nel suo commento alla decretale *Quintavallis* (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, nn. 7-45).

<sup>92</sup> «*Arbitrator econtra non tenetur servare iuris ordinem, sed extrajudicialiter, atque ex aequo et bono rem componit. ... Rursus sententiae arbitri compromissarii standum est, sive aequa sit, sive iniqua ... Sibi enim imputet, qui eum elegit. Sententia vero arbitratoris propter quamcumque gravem laesionem, quam pars laesa probaverit, reducit ad arbitrium boni viri*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, nn. 8-9).

<sup>93</sup> «*Insuper officium arbitratoris regulariter omnes suscipere possunt; non item officium arbitri*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 8). Possono così essere investite dell'incarico le donne: «*in feminam potest compromitti tamquam in arbitratricem*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, n. 2).

della questione uno dei contendenti, perché decida *in propria re*<sup>94</sup>. Peraltro, si sottolinea anche la differenza tra l'*arbitrator* e il *compositor amicabile*, entrambi diretti a realizzare un accomodamento *ex bono et aequo*, ma l'uno *sua sponte* e senza effetti vincolanti per le parti, l'altro sulla base di una specifica pattuizione che obbliga a recepire quanto disposto<sup>95</sup>.

#### 4. *La libertà di conclusione dell'accordo di arbitrato*

La disciplina dell'arbitrato, come si è visto, nella struttura essenziale viene ripresa dalla dottrina canonistica, al pari dei civilisti, secondo l'interpretazione delle fonti del diritto romano raccolte nella compilazione giustiniana. Alcune decretali pontificie, tuttavia, sono intervenute ad apportare delle modifiche o delle integrazioni per adattare la regolamentazione dell'istituto ai principi fondamentali dell'ordinamento della Chiesa e alle esigenze peculiari dell'organizzazione ecclesiale, dando in definitiva una caratterizzazione specifica all'applicazione dell'arbitrato nel diritto canonico. Taluni di questi cambiamenti, in particolare, possono essere ricondotti all'attuazione dell'ideale della riconciliazione come metodo di risoluzione delle controversie, dal momento che sono ispirati all'intento di facilitare il perfezionamento degli arbitrati e quindi di promuovere l'uso di strumenti pacifici per sanare i conflitti.

Un primo di questi aspetti attiene alla libertà riconosciuta alle parti nel decidere sia in merito alla scelta di avvalersi dell'istituto, sia circa le modalità di conclusione dell'accordo e di elezione degli ar-

---

<sup>94</sup> «... *in facto proprio quis non potest esse arbiter sed arbitrator sic*» ((NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum*, tit. XXIV, c. XXIII *Quintavallis*, n. 10).

<sup>95</sup> «*Porro compositor amicabile differt ab arbitratore, ut genus a specie. Nam, omnis arbitrator potest dici compositor amicabile, non econtra: sic enim, qui sua sponte, et absque praeviso in ipsum facto compromisso, discordantes inter se componit, et pacificat, recte dicitur compositor amicabile; non vero arbiter, vel arbitrator, idque defectus compromissi*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 1, n. 3).

bitri. Un analogo principio di libertà in tutto ciò che non sia espressamente proibito dall'ordinamento si ritrova già nel diritto romano, ma nel diritto canonico risulta ancora più esteso.

Si riconosce anzitutto alle parti la facoltà di perfezionare l'accordo con le modalità che preferiscono: con scrittura pubblica o privata, oppure a viva voce, sia tra presenti sia tra assenti, per lettera oppure tramite procuratore munito di mandato speciale<sup>96</sup>. Non essendo stabilite formalità particolari da osservare ai fini della validità, si può riconoscere valore vincolante anche al patto espresso *nudis verbis*, privo di qualsiasi strumento di sanzione formale, in quanto nel diritto canonico, diversamente dal diritto civile, viene attribuita rilevanza anche al cosiddetto *pactus nudus*<sup>97</sup>. Nondimeno, dato che sotto il profilo dei mezzi di tutela processuale non è stata disposta una normativa canonica apposita, le decretali e la dottrina continuano a fare riferimento alle misure esecutive previste dal diritto romano giustiniano, ma poiché queste attribuiscono effetti diversi all'accordo tra le parti e alla successiva sentenza dell'arbitro a seconda dello strumento formale adottato, nella riflessione canonistica si sono aperti diversi dibattiti su quale sia la corretta interpretazione delle fonti che risulti coerente tanto ai principi fondanti dell'ordinamento ecclesiale quanto alle esigenze di giustizia tra i contendenti<sup>98</sup>.

Prendendo quindi le mosse dal diritto romano, occorre rilevare come, in aggiunta ai mezzi di difesa previsti dalle fonti classiche per il *compromissum* concluso con la doppia stipulazione della promes-

---

<sup>96</sup> «Potest compromitti non solum voce, aut nutibus inter praesentes, sed etiam per epistolam, vel internuntium inter absentes; per nudum pactum, nulla interveniente stipulatione, vel etiam hac interveniente, absolute, et sine adiectione poenae vel apposita poena cum iuramento, vel sine illo, in unum, vel plures arbitros» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 4. *De arbitrii forma, effectu, et contrariis*, n. 21).

<sup>97</sup> Si vedano le annotazioni svolte nel capitolo relativo alla transazione (cap. III, § 2).

<sup>98</sup> Le discussioni sono riportate da A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, cit., coll. 874-877; A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros*, cit., pp. 206-208.

sa di pagare una penale<sup>99</sup>, il diritto giustiniano prevede altre forme di tutela che estendono l'azionabilità processuale a diverse modalità di pattuizione dell'arbitrato. Così, con una costituzione del 529 Giustiniano riconosce la prassi di concludere compromessi giurati, cui si aggiunge il giuramento dell'arbitro, e prevede la possibilità di istituire tanto un'*actio in factum*, per richiedere l'adempimento delle prestazioni stabilite, quanto una *condictio ex lege* e un'*actio in rem utilem*, per ottenere la restituzione di quanto dato o la consegna di quanto dovuto in base all'accordo<sup>100</sup>. L'*actio in factum* viene concessa anche quando il patto non sia stato costituito con le *stipulationes*, né con i giuramenti, ma la sentenza dell'arbitro sia stata accettata con sottoscrizione per iscritto dalle parti<sup>101</sup>. Inoltre, una costituzione del 530 riconosce la medesima *actio in factum* pure senza un'accettazione espressa, ma solo presunta, se le parti non abbiano comunicato il proprio dissenso entro dieci giorni dalla pronuncia della decisione<sup>102</sup>. Infine, una *novella* del 539 viene a proibire l'uso di vincolarsi con giuramento all'osservanza della sentenza degli arbitri, consentendo, a garanzia dell'esecutività del patto, solo la forma della promessa del pagamento di una penale qualora una delle due parti rifiuti di sottostare alla decisione dell'arbitro<sup>103</sup>.

Tenendo come impostazione di fondo il sistema sopra delineato, le decretali pontificie e la dottrina canonistica riconducono un trattamento giuridico diversificato alle diverse modalità formali con le quali può essere concluso l'accordo di arbitrato: con la stipulazio-

---

<sup>99</sup> Nel caso di inadempimento dell'altra parte, l'attore può chiedere il pagamento della somma stabilita come penale con l'*actio ex stipulatu*. Il convenuto, invece, può opporre l'*exceptio pacti* solo se la stipulazione della penale sia stata pattuita esclusivamente a favore dell'altra parte (ULPIANO in D. 4. 8. 13. 1). Sulla peculiarità di questa limitazione nella concessione dell'*exceptio pacti*, si veda C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 196-197.

<sup>100</sup> C. 2. 55. 4. § 4.

<sup>101</sup> C. 2. 55. 4. § 6.

<sup>102</sup> C. 2. 55. 5. § 1.

<sup>103</sup> Nov. 82. 11. La modifica sembra motivata dall'alto numero di casi in cui le parti, per aver designato arbitri inadatti, si rifiutano di accettare la sentenza, violando il giuramento e commettendo quindi uno spergiuro. Per approfondimenti si rinvia a C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, cit., pp. 199-206.

ne di una penale per inadempimento<sup>104</sup>, o con giuramento<sup>105</sup> ovvero *simpliciter* e senza alcuna solennità<sup>106</sup>.

La forma classica di perfezionamento dell'accordo avviene con l'aggiunta delle promesse reciproche di pagamento di una penale se non venga rispettato l'accordo o se non sia eseguita la sentenza arbitrale, detta *laudum*<sup>107</sup>. Con questa garanzia, l'efficacia del patto viene assicurata dal timore di dover pagare la somma stabilita<sup>108</sup>. Nel caso di inadempimento di una delle parti, peraltro, la dottrina di-

<sup>104</sup> Nel titolo delle *Decretales Gregorii IX* dedicato agli arbitri sono contenute decretali che riguardano accordi di arbitrato conclusi nelle diverse modalità. Patti sanzionati con la promessa di una penale sono previsti nelle decretali *Dilecti filii* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 4); *Per tuas* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 9); *Exposita nobis* di Onorio III (X, I, 43, c. 11).

<sup>105</sup> Patti confermati con giuramento sono previsti nelle decretali *Non sine* di Alessandro III (X, I, 43, c. 2); *Pervenit* di Alessandro III (X, I, 43, c. 3); *Quum tempore* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 5); *Per tuas* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 9); *Ex parte tua* di Onorio III (X, I, 43, c. 10).

<sup>106</sup> La decretale di riferimento nella disciplina di questa fattispecie è la *Per tuas* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 9). In realtà il provvedimento non riguarda un accordo *nudis verbis*, bensì un arbitrato concluso da un procuratore privo di mandato speciale, ma nel disporre le conseguenze da dedurre dall'inefficacia dell'accordo per il *dominus*, esamina le diverse possibilità di forma dell'arbitrato: «*Si ex parte plebani arbitrium receptum fuerit, indistincte ratum haberi debet, hac per hoc iuxta tenorem mandati apostolici executioni mandari. Si vero receptum non fuerit, refert, utrum fuerit vel non fuerit de observando ipsum poena statuta. Et quidem si poena fuerit apposita in compromissione, agi potest ad poenam. At si nulla poena statuta fuerit sed simpliciter, quod staretur sententiae, fuerit compromissum, procurator ad interesse poterit conveniri, quia iuramento suo se ipsum personaliter, non ecclesiam poterat obligare*» (X, I, 43, c. 9).

<sup>107</sup> I primi decretalisti chiamano la decisione dell'arbitro *sententia*, analogamente al diritto romano; in epoca successiva prevale l'uso di denominarla *laudum*.

<sup>108</sup> «*Si vero arbitrium non fuit receptum, et poena fuit apposita: tunc agitur ad poenam ... et ita per poenam ad servandum arbitrium quis compellitur*» (glossa ad X, I, 43, c. 9, v. *Ratum haberi debet*). «*Stabatur inquam sententiae arbitri metu poenae, si poena fuit compromissum vallatum ... Sed si sententiae non stetur agetur ex stipulatione ad poenam*» (GOFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 6 *Arbitratorum effectus*). L'interpretazione viene presentata come *doctrina certa et communis*: «*Quando poena in compromisso apposita fuit, tunc sub eadem poena sententiae per arbitrum latae standum est a compromittentibus; adeoque is, qui arbitrio, sive laudo eiusmodi stare recusat, poenam committit, atque ad hanc persolvendam actio institui, ipseque compelli potest. Ita certa, et communis DD.*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 87).

scute in merito a quale delle due obbligazioni sorte dal patto, vale a dire pagare la penale ovvero sottostare alla decisione dell'arbitro, il renitente possa essere costretto a eseguire con *actio ex stipulatu*. Se non risulta stabilito diversamente nel compromesso, l'opinione comune ritiene che le due obbligazioni si pongano in via alternativa, per cui il soccombente può scegliere se eseguire la sentenza o se pagare la penale<sup>109</sup>. Qualora invece, oltre alla stipulazione della penale, sia stata inserita la clausola *rato manente pacto*<sup>110</sup>, nella formula specifica attinente all'arbitrato, ossia «*rato manente compromisso et arbitrio super eo dato*», allora la parte renitente può essere costretta sia a pagare la penale, sia ad adempiere alla decisione<sup>111</sup>.

Una seconda modalità di garanzia dell'efficacia del patto consiste nell'aggiunta di un giuramento *de laudo servando*. Infatti, nonostante e in senso opposto al divieto introdotto nell'ambito civile dal diritto giustiniano, le decretali pontificie impongono di tenere fede ad una promessa giurata<sup>112</sup>, anche prima che il principio di conservazione dei patti suggellati con giuramento venga affermato

<sup>109</sup> «*Quandoque ... in compromisso intercessit poena sine iuramento. Et hoc casu pars contraveniens tenetur solvere poenam: nec potest compelli ad observantiam sententiae*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 16). La tesi viene confermata anche dalla dottrina successiva: «*Abbas ... recte notat quod soluta poena apposita in compromisso non possit agi ut stetur sententiae*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 88).

<sup>110</sup> La clausola era già prevista nel diritto romano (D. 2. 15. 16).

<sup>111</sup> «... nisi compromisso dictum sit, ut poena soluta stetur arbitrio» (glossa, ad X, I, 43, c. 4, v. *Per poenam*). «*Quandoque ... compromissum fuit poenale: sed fuit apposita clausula quod poena soluta ratum maneat pactum. Et hoc casu si pars contradixit tenetur solvere poenam: numquid autem soluta poena possit compelli ad observantiam laudi virtute illius clausulae rato manente pacto*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 18). «*Quia, ubi in compromisso dicta clausula fuit apposita, contraveniens non solum poenae solve-re, sed insuper, sententiam arbitri observare compellitur*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 91).

<sup>112</sup> «... ex quo tamen intervenit servandum est, dummodo arbitrium sit licitum vel aequum» (glossa ad X, I, 43, c. 11, v. *Sacramentum*); «*Siquidem in c. Non sine, c. Pervenit, c. Cum tempore, c. Per tuas, intervenit iuramentum in compromisso, nec tamen Papa illud reprobatur, immo mandat, tale iuramentum servari*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 90).

con portata generale nella decretale *Quamvis pactum* di Bonifacio VIII<sup>113</sup>. Pertanto, nel caso di inadempimento di un arbitrato sancito con giuramento, la parte interessata può agire per chiedere al giudice ordinario di costringere il renitente all'esecuzione di quanto stabilito dalla decisione arbitrale<sup>114</sup>.

Una questione particolare, che ha animato la discussione in dottrina, riguarda il caso in cui il giuramento *de laudo servando* sia stato aggiunto alla stipulazione di una penale per inadempimento. In proposito, i canonisti si interrogano se in forza del giuramento la parte renitente possa essere costretta ad adempiere al *laudum* anche dopo che abbia preferito pagare la penale. Una prima tesi sostiene che il giuramento, al pari della *stipulatio poenae*, abbia valore condizionale, per cui lo stipulante si obbliga a *sententiae stare* oppure a *solvere poenam*<sup>115</sup>. Per contro, altri aderiscono alla dottrina civilistica che attribuisce al giuramento lo stesso valore della clausola *rato manente pacto*, cosicché intendono le due obbligazioni in senso cumulativo e non alternativo: «*Et sic contraveniens teneturolvere poenam: et nihilominus compellitur servare sententiam*»<sup>116</sup>. Ancora nella

<sup>113</sup> «*Quamvis pactum ... improbet lex civilis: si tamen iuramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet, quum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum*» (VI, I, 18, c. 2).

<sup>114</sup> «*Sed si compromissum non sit poena vallatum sed iuramento secundum canones ... et compelluntur partes ad observantiam iuramenti ratione*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 6 *Arbitrorum effectus*). Di contro all'opinione che richiede l'accettazione delle parti, detta *emologatio*, per poter dare esecuzione al *laudum*, il Panormitano ribadisce che per il diritto canonico il giuramento è vincolante e tutelato con azione: «*Item cum de iure civili antiquitus daretur actio si in compromisso intervenerat iuramentum ... ergo fortius dicendum est quod de iure canonico et hodie et olim debet dari actio si compromissum fuit iuratum*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 11).

<sup>115</sup> «*... in compromissis omnia verba, quae ibi ponuntur, intelligenda sunt conditione tali, ..., quod stabo sententiae, vel poenam solvam. ... Et idem dicitur de iureiurando ... quod sic est intelligendum iureiurandum vel quod servabit sententiam arbitri, sicut iuravit, vel poenam solvet*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, I, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, nn. 2-3).

<sup>116</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 14. L'*Abbas Siculus* riprende questa tesi dall'interpretazione data dal giurista Baldo a una norma civile sulla transazione. È interessante

dottrina più recente le opinioni sono divise: per alcuni il giuramento vale al pari della clausola *rato manente pacto*<sup>117</sup>, altri invece affermano che il giuramento non muta il carattere disgiuntivo delle obbligazioni assunte dalle parti, per cui se il renitente assolve la pena, non può essere costretto a eseguire la pronuncia arbitrale<sup>118</sup>.

Privo invece di qualsiasi garanzia preventiva di efficacia appare il patto perfezionato *simpliciter*, ossia senza penale e senza alcuna solennità formale. Anche se nel diritto canonico, a differenza del diritto civile, il cosiddetto *pactus nudus* viene considerato valido, tuttavia di fatto nessuna decretale pontificia è intervenuta per imporre l'osservanza di un arbitrato concluso con una promessa informale, per cui la dottrina discute su quali siano le conseguenze riconducibili a tale fattispecie, sotto il profilo delle possibilità di dare esecuzione all'accordo<sup>119</sup>.

Richiamando la decretale *Per tuas* di Innocenzo III, si distingue a seconda che la sentenza arbitrale sia stata o meno accettata dalle parti. «*Si ... arbitrium receptum fuerit*» si applica la disciplina, già prevista dal diritto giustiniano, nel caso di accettazione espresa o implicita della decisione arbitrale: «*Si enim arbitrium a partibus approbatur, vel etiam silentio decem dierum, ex eo datur actio, et exceptio*»<sup>120</sup>. Peraltro, le modalità di recezione della sentenza arbitra-

---

sottolineare come, quantunque Baldo affermi che la norma non si applica all'arbitrato, il canonista ribatte: «*Dic quod hoc dixit habito respectu ad ius civile: quia de iure civili iuramentum fuit reprobatum in compromisso: sed cum de iure canonico iuramentum non sit reprobatum in compromisso ... ergo debet habere vim illius clausulae*» (*ibidem*).

<sup>117</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 89.

<sup>118</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, § 4. *De arbitrii forma, effectu, et contrariis*, n. 24.

<sup>119</sup> «... quandoque sit compromissum simplici et nudo pacto nulla interveniente stipulatione neque poena neque iuramento et tunc ... tenetur quod de iure civili non oritur ex arbitrio actio vel exceptio ... sed de iure canonico est dubium» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 8).

<sup>120</sup> *Glossa ad X*, I, 43, c. 9, v. *Ratum haberi debet*. «*Sed si nullo remedio compromissum valletur. Et sententiae infra x dies non fuerit contradictum, emologatur idest*

le, detta *emologatio*, sono interpretate in senso più estensivo rispetto al diritto romano, in quanto per l'accettazione espressa non si ritiene necessaria la sottoscrizione<sup>121</sup>, ma può bastare una qualsiasi manifestazione di consenso, priva di qualunque solennità<sup>122</sup>. Pertanto, in qualsiasi modo il *laudum* sia stato approvato dalle parti, tacitamente o espressamente, «*tunc istud indistincte ratum haberi debet; daturque ex eo tum actio in factum ad petendam coram ordinario iudice executionem laudi, tum etiam exceptio*»<sup>123</sup>.

Qualora invece la sentenza dell'arbitro non sia stata in alcun modo accettata, né in forma esplicita né tacita, non viene riconosciuta l'*actio in factum* diretta a ottenere l'esecuzione di quanto disposto, ma solo un'*actio ad interesse* nei confronti dell'inadempiente<sup>124</sup>. Nell'interpretazione data dai canonisti, questo rimedio non consente all'attore di conseguire l'oggetto della contesa sul quale si è pronunciato l'arbitrato, ma solo di pretendere le spese sopportate a mo-

---

*confirmatur silentio x dierum tacite vel expresse*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 6 *Arbitrarium effectus*).

<sup>121</sup> «*Quidam tamen dicunt, quod sufficit sola emologatio sine subscriptione secundum canones*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, I, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 2).

<sup>122</sup> Notando come il pontefice nella decretale *Per tuas* non stabilisca alcuna formalità per la *receptio arbitrii*, il *Panormitanus* aderisce alla tesi estensiva: «*Et satis placet mihi per istum textum ubi papa solum requirit quod arbitrium fuerit receptum ad hoc ut habeat executionem: nullam autem mentionem fecit de subscriptione ... Inspicimus enim in hoc consensum, non autem istam solemnitatem extrinsecam quae solum adhibeatur ad consensum manifestandum*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 9).

<sup>123</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 86.

<sup>124</sup> «*Si nulla fuit poena statuta, sed simpliciter compromiserant stare arbitrio, agi potest ad interesse ex stipulatu*» (glossa ad X, I, 43, c. 9, v. *Ratum haberi debet*); «*Si neutrum intervenit et infra x dies contradicat sententiae, agi potest ad interesse ... si simpliciter sit compromissum sententiae stari*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 6 *Arbitrarium effectus*). Sul punto concorda il *Panormitanus* citando la dottrina precedente: «*Hostiensis tenet quod ex tali compromisso potest agi ad interesse secuto arbitrio et placet haec opinio ... et satis videtur mihi vera: quia de iure canonico potest agi ex nudo pacto ... Ergo potest agi ad interesse quemadmodum si intervenisset stipulatio*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 8).

tivo della lite<sup>125</sup>, tanto quella passata quanto quella futura<sup>126</sup>. Anche nella dottrina posteriore si mantiene costante l'affermazione che dal compromesso semplice, non giurato e non omologato, «*detur actio ad interesse*», sottolineando la differenza tra il diritto canonico e il diritto civile in tema di tutela del *nudus pactus*<sup>127</sup>. Pure la nozione di interesse continua a essere intesa nel senso di tenere indenne la controparte delle «*expensae in tali lite mota factae, aut faciendae*»<sup>128</sup>.

Espressione del principio di favore nei confronti delle composizioni pacifiche delle controversie è anche la facoltà riconosciuta alle parti di nominare come arbitri le persone che preferiscono<sup>129</sup>, nel numero che vogliono<sup>130</sup>. Vale la regola del comune consenso, per

<sup>125</sup> «*Ad interesse: quod non videtur aliud posse, nisi expensae, quas fecit in lite coram compromissariis. Res autem in qua condemnatus est reus, non est interesse vincen-tis. Tamen si sua est, etiam post sententiam arbitri sua manet, et eam non obstante sen-tentia arbitri petere potest ... et si non erat sua, vel sibi debita, non interest sua, nec tunc etiam sua interest*» (INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commenta-ria doctissima*, I, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 4).

<sup>126</sup> L'Ostiense intende la formula nel modo più ampio: «*Ego intelligo hoc de omni interesse ... Et interesse extenditur etiam ad expensas litis futurae*» (ENRICO DA SUSA, *Commentaria*, I, *De Arbitris*, c. IX, *Per tuas*, n. 13). Alla tesi aderisce l'*Abbas Siculus*, per il quale «*eo casu quo non potest peti executio sententiae*», «*tunc interesse non comprehendit aestimationem rei petitae: sed aliud interesse contingens ratione litis motae vel movendae*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decreta-lium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 17).

<sup>127</sup> «*Quando compromissum simpliciter factum est nulla adiecta poena, et laudum nondum a partibus fuit receptum expresse, nec tacite lapsu decem dierum homologatum: tunc ex eo datur actio ad interesse ... Nec obstat, quod hic videatur intervenire nudum pactum; ... enim spectato iure canonico etiam ex pacto nudo oriri actionem*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 83).

<sup>128</sup> «*Ac proinde pars a laudo resiliens, tenetur alteram partem servare indemnem, solvendo eidem, quanti eius interest arbitrium servatum esse*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 4, n. 85).

<sup>129</sup> «*Possunt esse arbitri omnes, qui non prohibentur*» (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, parte 1, tit. 3, *De arbitris*, § 2); «*Arbitri esse potest qui non prohi-betur a iure*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 2); «*Generatim loquendo omnes possunt esse arbitri, qui non reperiuntur speciali-ter prohibiti*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbi-tris*, § 2, n. 38).

<sup>130</sup> Non è stabilito un numero fisso per gli arbitri. L'indicazione di nomina-re uno o tre arbitri, in numero dispari (X, I, 43, c. 1) è intesa come un consiglio o un'esortazione, data la difficoltà, rilevata ancora nella giurisprudenza romana, di

cui, se sono accettate da tutti i contendenti, possono essere designate persone di diverse condizioni, qualità e competenze; poco importa «*an sit integrae fama an ignominiosus*»<sup>131</sup>: dal momento che le hanno scelte, conoscendo le loro capacità, le parti non potranno dolersi del risultato.

Peraltro, già nel diritto romano erano previste delle limitazioni, per coloro che sono ritenuti incapaci di agire in rapporto a qualsiasi negozio o comunque all'assunzione del ruolo di arbitro. Il diritto canonico recepisce alcune di queste esclusioni<sup>132</sup>, mentre altre le attenua, e altre ancora le introduce *ex novo* in base a esigenze proprie del sistema ecclesiale.

Così, l'incapacità delle donne di rivestire un incarico giudicante<sup>133</sup> viene temperata in merito alla nomina come *arbiter* nei confronti di quei soggetti femminili che siano titolari della giurisdizione ordinaria in virtù di consuetudini o leggi locali<sup>134</sup>. Per quan-

---

giungere a una decisione quando gli arbitri sono in numero pari e non si possa applicare il criterio della maggioranza, nel caso di opinioni discordi (ULPIANO in D. 4. 8. 17. 6). Nelle decretali sono comunque contemplati casi in cui sono stati nominati due (X, I, 43, c. 2) o quattro arbitri (X, I, 43, c. 3).

<sup>131</sup> «*Nihil enim refert eum qui arbitrium suscipit, an sit integrae fama, an ignominiosus*» (C. III, q. 7, c. 2, § 17). La frase di Graziano riprende espressioni analoghe usate da ULPIANO in D. 4. 8. 7: «*parvi referre, ingenuus quis aut libertinus sit, integrae fama quis sit arbiter an ignominiosus*».

<sup>132</sup> «*Tria sunt quibus aliqui impediuntur ne iudices fiant: Natura, ut surdus, mutus et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege, qui senatu motus est. Moribus, foeminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est ut civilibus non fungantur officiis*» (C. III, q. 7, c. 1, *dictum*). Sono conservate le proibizioni relative agli schiavi (C. III, q. 7, c. 2, § 19), ai minori dei venti anni (per quelli tra i venti e i venticinque è previsto invece un regime speciale), per chi è soggetto a tutela, per chi difetta dell'uso di ragione: queste disposizioni sono ripetute come dottrina certa (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*, § 2; GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, nn. 2-3; A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universonum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 2, nn. 32-37).

<sup>133</sup> C. III, q. 7, c. 1, *dictum*.

<sup>134</sup> La decretale *Dilecti filii* di Innocenzo III dispone di osservare l'*arbitrium* pronunciato dalla *regina Francorum*: «*quia tamen iuxta consuetudinem approbatam, quae pro lege servatur, in partibus Gallicanis huiusmodi foeminae praecllentes in subditos suos ordinariam iurisdictionem habere noscuntur*» (X, I, 43, c. 4). Le donne, inoltre, possono essere investite dell'*arbitratus* (si veda *supra*, cap. IV, § 3).

to concerne invece il giudice, ordinario o delegato, nella causa di cui è investito, le interpretazioni della dottrina non sono tutte concordi<sup>135</sup>: Graziano, pur riconoscendo che molti sono favorevoli alla nomina del giudice come arbitro<sup>136</sup>, interpreta le fonti romane nel senso che al giudice sia proibito non solo di imporre di essere scelto come arbitro, ma anche di essere liberamente nominato come arbitro dalle parti<sup>137</sup>. Nondimeno, nelle decretali pontificie risultano molti casi di arbitrati affidati a giudici ordinari<sup>138</sup> o a giudici delegati<sup>139</sup> che non vengono riprovati dal papa, ma anzi confermati nella loro validità. Di fatto, quindi, nonostante le obiezioni avanzate da parte della dottrina<sup>140</sup>, la possibilità di affidare l'arbitrato allo stesso giudice già investito della causa sembra costituire una tradizione consolidata nel diritto canonico<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Una sintesi delle discussioni dottrinali viene riportata da A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, cit., col. 871; A. JULLIEN, *Evolutio historica compromissi in arbitros*, cit., p. 211.

<sup>136</sup> «*Nam et iudicem eum esse posse plerisque placet*» (C. III, q. 7, c. 2, § 18).

<sup>137</sup> Richiamando il passo del Digesto (4. 8. 9) («*Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, in se compromitti iubere prohibetur lege Iulia*»), Graziano afferma: «*Si quis vero iudex sit, arbitrium recipere eiusdem rei, de qua iudex est, et in se compromitti iubere prohibetur et si sententiam dixerit, non est danda poenae persecutio*» (C. III, q. 7, c. 2, § 19).

<sup>138</sup> Nella decretale *Quum tempore* Innocenzo III dispone di osservare l'*arbitrium* del vescovo di Magdeburgo in una causa in cui era giudice ordinario (X, I, 43, c. 5). Nella *glossa ad X, I, 43, c. 5, v. Magdeburgen. Archiepiscopi* si rileva: «*Ex hoc videtur quod ordinarius possit esse arbiter*». Come argomento a sostegno di questa disposizione si richiama un altro passo del Digesto (26. 5. 4) nel quale si proibisce al pretore non tanto di fungere da arbitro, ma solo di imporre autoritativamente la propria nomina a tale incarico («*Praetor ipse ... nec compromissarius ex sua sententia fieri potest*»), per cui si giunge a limitare la portata della proibizione riferita da Graziano: «*sed hic solum prohibet quod ordinarius non potest iubere ut partes in se compromittant*».

<sup>139</sup> Esempi di arbitrati considerati validi anche se affidati a giudici delegati sono riportati nelle decretali: *Quum olim* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 7), *Ex parte tua* di Onorio III (X, I, 43, c. 10), *Quum a nobis* di Gregorio IX (X, I, 43, c. 13) e *Literas vestras* di Innocenzo III (X, II, 23, c. 14).

<sup>140</sup> GOFFREDO DA TRANI (*Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 3) espone una «*triplex ratio, quare in ordinarium compromitti non potest*».

<sup>141</sup> Lo stesso GOFFREDO DA TRANI (*Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 3) riconosce come la sua opinione sia contraddetta dalla prassi: «*Contra*

Proibizioni proprie del diritto canonico, invece, concernono i religiosi<sup>142</sup>, i laici nelle questioni spirituali<sup>143</sup> e gli *excommunicati vitandi*<sup>144</sup>, ma non si tratta di esclusioni assolute, quanto piuttosto condizionate, dal momento che possono essere superate se vengono rispettate determinate cautele.

5. «De omnibus causis, quae expresse non prohibentur, possit in arbitros compromitti»<sup>145</sup>: *le materie che possono essere oggetto di arbitrato*

Un altro profilo di libertà nella disciplina dell'*arbitrium* concerne le materie che possono essere deferite alla cognizione degli arbitri. Ancora al seguito del diritto romano viene affermata la regola

---

*hanc sententiam facit consuetudo frequenter cum in ordinarios compromittitur et valet quod sit ... similiter et in delegatos compromittitur ... tu dicas quod prohibitio legalis non habet locum secundum iura canonica*». Anche la dottrina posteriore riconosce quest'usanza di fatto nel diritto canonico (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 15). Seguendo il parere della glossa, A. REIFFENSTUEL (*Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § 2, n. 48) limita tale facoltà alla sola ipotesi in cui il giudice sia scelto spontaneamente dalle parti: «*Potest in iudicem compromitti, tamquam arbitrum, etiam respectu causae coram ipso agitatae, dummodo id fiat a partibus sponte, et non iubente eodem iudice*».

<sup>142</sup> I religiosi non possono assumere la funzione di arbitro, se non quando corrisponda all'utilità del monastero e con l'assenso del superiore (C. XVI, q. 1, c. 35).

<sup>143</sup> «*Ad hoc generaliter prohibemus, ne super rebus spiritualibus compromittatur in laicum, quia non decet, ut laicus in talibus arbitretur*» (Innocenzo III nel concilio Lateranense IV, c. 40, in X, I, 43, c. 8). La proibizione si collega al divieto generale per i laici di occuparsi dei *negotia ecclesiastica* (X, II, 1, c. 2), ma può essere superata da un indulto della Sede apostolica. Invece, è sufficiente la licenza del superiore o del giudice ecclesiastico per consentire ai laici di essere arbitri insieme ai chierici, anche se i laici sono in numero maggiore dei chierici (X, I, 43, c. 9).

<sup>144</sup> In ragione della proibizione di comunicare con loro (C. XVI, q. 1, c. 35; X, V, 39, c. 39). Peraltro, la dottrina più recente ritiene che se lo scomunicato viene di fatto nominato arbitro, la decisione sia comunque da ritenere valida, in quanto l'arbitro riceve la competenza dalle parti e la decisione non è un atto di giurisdizione per cui si possa invocare l'invalidità per difetto di potestà (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 12, 4).

<sup>145</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 69.

generale per cui «*de omnibus causis, quae expresse non prohibentur, possit in arbitros compromitti*»<sup>146</sup>. Alcune proibizioni sono recepite dallo stesso diritto romano, come l'esclusione delle cause criminali<sup>147</sup>, e le cause relative allo *status libertatis*<sup>148</sup>. A sostegno di tale restrizione viene accolta anche la giustificazione fornita dai giuristi più antichi, ossia la considerazione che siffatte questioni «*maiores iudices exigant*»<sup>149</sup>. Alle precedenti fattispecie le decretali pontificie aggiungono poi altri divieti espliciti concernenti le cause matrimo-

<sup>146</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 69. La regola si trova espressa in modo unanime fin dalla dottrina precedente: TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars 1, tit. 3, *De arbitris*, § 3; GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 5; ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De arbitris*, § *De qua re possit compromitti*, n. 5; GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, part. I, *De arbitro et arbitratore*, § *Restat*, n. 3.

<sup>147</sup> Nelle cause criminali si distingue a seconda che l'istanza sia presentata *civiliter* o *criminaliter*: seguendo la dottrina dell'Ostiense (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De arbitris*, § *De qua re possit compromitti*, n. 5) si ritiene che la proibizione valga solo «*de causa criminali criminaliter intentata: nam illa exigit maiores iudices; secus in causa criminali civiliter intentata. Nam super illam potest arbiter assumi*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLI, *De in integrum restitutione*, c. IX, *Causa restitutionis*). Conformi A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 75; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 16.1.

<sup>148</sup> La nozione di *causa liberalis* viene intesa in senso stretto, in relazione solo alle questioni in cui «*disputatur an quis sit servus vel liber*», non invece per quelle che riguardano lo stato di soggezione ecclesiale: «*secus cum agitur de subiectione alicuius ecclesiae ... super subiectione ecclesiae potest fieri compromissum*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLI, *De in integrum restitutione*, c. IX, *Causa restitutionis*). Proseguono nell'interpretazione in senso stretto A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 74; F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 16.4.

<sup>149</sup> Decretale *Causa restitutionis* di Gregorio IX (X, I, 41, c. 9). Nel ricordare la proibizione di queste cause la decretale richiama la stessa motivazione contenuta nel diritto romano: «*ut maiores iudices habere debeat*» (D. 4. 8. 32. 7). «*In liberali vero favor libertatis quae maiores iudices requirit ... Arbitr autem non est magnus iudex sed parvus, unde ipsius sententia non est per omnia sententia ... Et haec eadem ratio locum habet quare in criminali non compromittitur*» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium, De arbitris*, n. 5).

niali che attengono alla validità del vincolo<sup>150</sup>, le cause di *restitutio in integrum*<sup>151</sup> e l'*arbitrium* che contesti quanto già deciso da una sentenza divenuta *res iudicata*<sup>152</sup>.

Commentando la decretale *Causa restitutionis* che elenca le materie sottratte all'arbitrato in ragione dell'esigenza di *iudices maiores*, la dottrina ritiene di poter dedurre una regola generale che estende la proibizione anche oltre le fattispecie espressamente escluse, «*in omnibus causis exigentibus maiores iudices*»<sup>153</sup>. Così, tra le cause precluse sono annoverate pure le questioni che sono state riservate alla cognizione esclusiva del Romano pontefice e sulle quali nessuno può intromettersi se non con un mandato speciale<sup>154</sup>. Di queste *causae maiores* viene redatto un lungo inventario nella *glossa v. Reser-*

<sup>150</sup> La decretale *Accedentibus* di Innocenzo III, assunta nel IV concilio Lateranense (c. 60) (X, V, 31, c. 12) riserva alla cognizione del vescovo una serie di cause, tra cui quelle matrimoniali. In seguito, la decretale *Causa restitutionis* di Gregorio IX annovera nell'elenco delle questioni sottratte agli arbitrati, in quanto richiedono *maiores iudices*, anche la *causa matrimonialis* (X, I, 41, c. 9). La dottrina giustifica questa limitazione richiamando il valore del sacramento e il *periculum animae*: «*periculum animae: et quia quos deus coniunxit homo non sepat; et quia excellens est sacramentum*» (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De arbitris, § De qua re possit compromitti*, n. 5); «*in causa matrimoniali: ... Illa enim propter sacramentum matrimonii exigit maiorem iudicem*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLI, *De in integrum restitutione*, c. IX, *Causa restitutionis*). La riserva ai vescovi delle cause matrimoniali viene confermata dal Concilio di Trento, *Sessio 24*, c. 20 *de reformatione*: «*unde spectato iure communi solus episcopus de ipsis cognoscit (c. Accedentibus, ac novissime decrevit Concilium Tridentinum Sess. 24, cap. 20 De reformat.)*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 72).

<sup>151</sup> Decretale *Causa restitutionis* di Gregorio IX, in X, I, 41, c. 9: «*arbitri de hac causa cognoscere nequeunt, nisi coram eis mota fuerit incidenter*».

<sup>152</sup> Decretale *Exposita* di Onorio III, in X, I, 43, c. 11 dal titolo: «*Arbiter post rem iudicatam super discordiis novis assumptus, non potest per suum arbitrium sententiam immutare*». La decretale dispone di revocare l'*arbitrium* «*irritum*».

<sup>153</sup> «*Et licet ista litera non enumeret nisi quatuor causas. Tamen pondera ratione literae in eo quod dicit quod istae causae exigunt maiores iudices: ergo potest fieri regula quod in omnibus causis exigentibus maiores iudices arbiter assumi non potest*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLI, *De in integrum restitutione*, c. IX, *Causa restitutionis*).

<sup>154</sup> La decretale *Quod translationem* di Innocenzo III (X, I, 30, c. 4) dispone che nessuno può intromettersi nelle cause riservate al romano pontefice, se non abbia ricevuto un mandato speciale.

vata alla decretale *Quod translationem*<sup>155</sup> e ad esso si rinvia per l'indicazione delle materie che non possono essere oggetto di arbitrato<sup>156</sup>.

L'analisi delle cause sulle quali si può compromettere, peraltro, è strettamente correlata all'esame in merito alla capacità delle parti di disporre in ordine all'oggetto dell'*arbitrium*. Per definire chi possa stipulare un accordo di arbitrato, occorre considerare non solo la capacità di agire dei soggetti in ordine all'attività negoziale, ma anche la legittimazione a compiere l'atto in relazione allo specifico bene o rapporto giuridico oggetto del patto. In generale, poiché il deferimento della regolamentazione agli arbitri implica una disposizione dei diritti sui quali viene ad incidere il lodo, si richiede che le parti siano titolari del potere di disporre in ordine a tali posizioni giuridiche, analogamente alla capacità richiesta per concludere una transazione<sup>157</sup>. Così, al pari della transazione, per costituire un arbitrato si richiede che il *procurator* abbia ricevuto dal *dominus* un mandato speciale, altrimenti il giuramento produce effetti solo sulla sua sfera personale<sup>158</sup>. Egualmente, nel caso dei preposti a uffici o cariche ec-

<sup>155</sup> *Glossa ad X*, I, 30, c. 4, v. *Reservata*: «Item maiora non promittuntur sine speciali mandato».

<sup>156</sup> «Et ex his infertur quod in causis reservatis papae arbiter non potest assumi quantumcumque partes consentiant. De quibus causis vide glo. in c. Quod translationem» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLI, *De in integrum restitutione*, c. IX, *Causa restitutionis*). La tesi viene accolta dalla dottrina posteriore: «Sic quippe in omnibus causis maioribus, et Papae specialiter reservatis, arbiter intervenire non potest, quantumcumque partes velint, et consentiant; prout recte notat Abbas ... ponderando rationem illius capituli. Porro, quae sint causae Summo Pontifici specialiter reservatae enumerat Glossa in cap. 1 v. Pertineant. De translata. Episc.» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 76).

<sup>157</sup> Si veda *supra*, cap. III, § 4.

<sup>158</sup> La decretale *Per tuas* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 9) equipara la *potestas compromittendi* con la *potestas transigendi* e precisa che il procuratore, «ut ... compromittere vel transigere possit super eo», abbia bisogno di un mandato speciale, non essendo sufficiente un mandato solo generale. Nel caso il procuratore non abbia ricevuto la necessaria investitura «*procurator ad interesse poterit conveniri, quia iuramento suo se ipsum personaliter, non ecclesiam poterat obligare*». La necessità del mandato speciale viene ribadito nella decretale *Qui ad agendum* di Bonifacio VIII (VI, I, 19, c. 4): «*Procurator quoque absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causae administratio libere sit concessa*».

clesiastiche, occorre che siano dotati di una competenza ad amministrare *de rebus Ecclesiae* che includa tutti i possibili effetti dell'arbitrato sul patrimonio loro affidato. Pertanto, se dal lodo possa derivare l'alienazione dei diritti sui beni ecclesiali, bisogna che i compromittenti siano titolari del potere di alienare, ovvero che il negozio sia stato approvato dal superiore gerarchico competente<sup>159</sup>. Con una formulazione generale, riprendendo l'analoga competenza prevista per la transazione, si afferma: «*illi possunt compromittere in arbitros, qui habent liberam rerum administrationem*»<sup>160</sup>.

L'analogia tra il compromesso e la transazione viene costantemente richiamata in dottrina: «... *procurator non potest compromittere unde sicut transigere non potest sine speciali mandato ita nec compromittere*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. IX, *Per tuas*, n. 2). Parimenti le conseguenze della carenza di mandato valido: «*Item notat quod procurator qui compromisit sine mandato tenetur satisfacere de suo*» (*ivi*, n. 6).

<sup>159</sup> Ragionando sulla decretale *Quum tempore* di Innocenzo III (X, I, 43, c. 5) che dichiara di non doversi osservare la sentenza arbitrale nella parte in cui dispone di diritti dei quali i compromittenti non avevano il potere di disporre, l'*Abbas Siculus* riscontra un argomento per affermare «*quod is qui non potest rem alienare seu libere de illa disponere non potest super ea compromittere cum per compromissum posset sequi alienatio*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 3). Giunge così a formulare una regola: «*quod super omnibus quae quis potest alienare potest compromissum facere: in aliis autem quae alienare non potest saltem sine certa solemnitate non potest compromittere sine ista solemnitate*» (*ivi*, n. 3). Quale conseguenza della mancanza di una adeguata competenza, si precisa: «*valebit laudum quatenus per id non fit alienatio rei ... intelligebatur ergo compromissum habere vires secundum potestatem compromittentium*» (*ivi*, n. 4).

<sup>160</sup> Così si afferma seguendo la dottrina del *Panormitanus*: «*Generatim loquendo, illi possunt compromittere in arbitros, qui habent liberam rerum administrationem: qui autem alienare, seu libere de re disponere nequeunt, nec circa eam compromittere in arbitros possunt, quando celebratur compromissum in forma quae alienationem inducat. ... secus dicendum, si alienatio rei prohibita inde non inducatur, sed pars succumbens solummodo teneatur solvere pecuniam alteri parti: quia valet tale compromissum (dummodo aliud non obstet) licet res ipsa alienari non possit*» (A. REIFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, nn. 32 e 35). Egualmente F.X. SCHMALZGRUEBER (*Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 6): «*Regulariter possunt omnes, qui rerum suarum liberam administrationem habent, ut de iis disponere etiam alienando possint ... Ratio est, quia sicut transactio, ita et compromissum est via ad alienationem: igitur sicut is, qui alienare non potest, etiam non potest transigere; ita neque compromittere in arbitros. Quod*

Alcune questioni specifiche sono state peraltro oggetto di peculiare attenzione in dottrina. La prima concerne la possibilità per un preposto a una *ecclesia exempta* di poter disporre con arbitrato del *privilegium exemptionis*. Il tema viene affrontato nella decretale *Quum tempore* di Innocenzo III<sup>161</sup>, con la quale si stabilisce che l'*arbitrium* «*pro parte tenet, et pro parte non tenet*»<sup>162</sup>, in quanto la sentenza arbitrale non deve essere osservata nella parte in cui risulta *contra libertatem ecclesiae exemptae*, dal momento che il prelado non può rinunciare al privilegio *sine licentia Romani Pontificis*. Cercando di individuare la *ratio* del perché «*non valuit compromissum super exemptione*»<sup>163</sup> la dottrina riconduce la proibizione a disporre senza l'autorizzazione della sede apostolica non tanto al motivo che si tratti di una *causa liberalis*<sup>164</sup>, né all'argomento che esclude la possibilità di concludere arbitrati sui privilegi o altri favori, sia concessi dal papa sia da altri<sup>165</sup>, bensì alla specificità del *privilegium exemptionis* che

---

*tamen intelligendum erit cum effectu, si scilicet compromissum actu inducat alienationem; nam si res, circa quam compromittitur, apud compromittentem manet, compromissum de ea facere non prohibetur etiam is, qui alienare non potest».*

<sup>161</sup> X, I, 43, c. 5: «*arbitrium ab ipso prolatum decernimus observandum, illis dumtaxat capitulis exceptis, quae contra libertatem ipsius monasterii et duarum capellarum eiusdem in arbitrio sunt expressa, quum, etsi sponte volueris de iure tamen nequiveris sine licentia Romani Pontificis renunciare privilegiis vel indulgentiis libertatis».*

<sup>162</sup> *Glossa ad X*, I, 43, c. 5, v. *Capitulis exceptis*: «*Nota quod arbitrium pro parte tenet, et pro parte non tenet ... Sic et sententia pro parte tenet, et pro parte non, immo corrigitur».*

<sup>163</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 3.

<sup>164</sup> Questa giustificazione viene avanzata dalla *glossa ad X*, I, 43, c. 5, v. *Libertatis* («*quia in causa liberali arbiter intervenire non potest*») ma non viene accolta dalla dottrina che interpreta in senso stretto la nozione di *causa liberalis*: «*sed illa ratio non est vera*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 3, *Quarta ratio*). Sull'interpretazione di *causa liberalis* si vedano le precisazioni svolte *supra* nella nota 148.

<sup>165</sup> Mentre alcuni riconducono la proibizione alla derivazione del privilegio dal papa («*nemo citra papam potest cognoscere de privilegiis ipsius papae*»), l'*Abbas* rileva come non possa essere considerata una regola generale: «*hanc rationem non puto procedere generaliter in arbitrio: quoniam in privilegiis tangentibus tantum favorem privilegiati bene possunt partes sponte se subicere arbitrio alicuius sicut possent*

coinvolge l'interesse dell'autorità superiore che l'ha concesso<sup>166</sup>, per cui senza il consenso della stessa autorità «*exemptus non potest renuntiare directe privilegio exemptioni: ergo nec super ea compromittere*»<sup>167</sup>.

Una seconda questione riguarda la non obbligatorietà delle disposizioni negoziali che arrecano un pregiudizio alla Chiesa<sup>168</sup>. L'applicazione di questa regola all'arbitrato viene esaminata in dottrina sulla base della decretale *Pervenit* di Alessandro III, nella quale si affronta il caso di un arbitrato concluso tra un chierico e un laico che giunge a devolvere a favore di quest'ultimo le decime di una chiesa. Il pontefice stabilisce che una tale spoliazione non abbia alcun effetto, per cui non possa essere in alcun modo rivendicata, e raccomanda invece di ammonire le parti a cercare una diversa composizione pacifica e amichevole alla loro controversia<sup>169</sup>. Il commento della *glossa v. Aliquid ulterius vindicare praesumat* collega le conclusioni del provvedimento a un'altra decretale dello stesso pontefice con la

---

*illis renuntiare*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 3, *Tertia ratio*).

<sup>166</sup> «*Ecclesia exempta non potest renuntiare privilegio libertatis. Unde licet generaliter dicatur quem posset licite renuntiare iuri et favori pro se introducto ... in privilegio exemptionis tangit nedum favor exemptionis et favor ipsius superioris qui exemit eum et eximendo ab aliis immediate illum suae iurisdictioni subiecit. Unde interest sua non perdere istam immediatam subiectionem: secus autem in aliis privilegiis in quibus versatur dumtaxat favor privilegiati*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 2).

<sup>167</sup> NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. V, *Cum tempore*, n. 3, *Prima ratio*; «*Item interest romani pontificis qui est superior immediatus ut subditus suus non iudicetur ab illo nec etiam absolvatur ut ipse possit recognoscere qualitatem subditi sui*» (*ivi*, n. 2). La giustificazione viene accolta dalla dottrina successiva: «*Ratio est: quia hoc vergeret potius in praeiudicium ipsius Romani Pontificis, tollendo ius eius, quod sibi in exemptos reservavit, quam ipsorum exemptorum*» (A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 78).

<sup>168</sup> La massima, che vieta al vescovo di disporre delle *res ecclesiae* «*nisi ut meliora prospiciat*» e con il consenso di tutto il clero, si trova affermata già in una *epistola* del pontefice Leone Magno (C. XII, q. 2, c. 52).

<sup>169</sup> «*... fraternitati tuae per apostolica scripta mandamus ... praeinominatum G. diligenter commoneas, et ecclesiastica districtione compellas, ut ecclesiae ... praelibatas decimas omni occasione et appellatione remota liberas omnino dimittet, nec sibi occasione huiusmodi aliquid ulterius vindicare praesumat. Clericum vero ... moneas, ut cum eodem G. amicabiliter pacificeque studeat convenire*» (X, I, 43, c. 3).

quale si dichiara: «*Non valet donatio quam facit praelatus inconsulto capitulo et in damnum ecclesiae*»<sup>170</sup>. Alla base delle due lettere apostoliche si intravede infatti lo stesso principio per cui il prelado non può disporre *de rebus ecclesiae* «*in damnum ipsius ecclesiae*»<sup>171</sup>, cosicché ogni negozio che renda deteriore la condizione della chiesa viene considerato *ipso iure* privo di efficacia vincolante<sup>172</sup>.

Nel riprendere questa regola, peraltro, la dottrina successiva inquadra i limiti di disponibilità derivanti dal pregiudizio ai beni ecclesiali nell'ambito delle condizioni generali delle competenze di *libera administratio*. Pertanto, se ancora si conferma che il chierico non sia tenuto a soddisfare gli obblighi negoziali che arrecano un danno *de iure* o *de facto* alla chiesa<sup>173</sup>, nondimeno si precisa come, al pari di qualsiasi alienazione, anche le disposizioni *de rebus ecclesiae* risultano possibili se vengono approvate dall'autorità superio-

<sup>170</sup> Titolo della rubrica alla decretale *Fraternitatem tuam* di Alessandro III, in X, III, 24, c. 2: «*graves donationes et onerosas ecclesiae in rebus episcopatus ad quorundam instantiam fecit in detrimentum ecclesiae, suis canonicis catholicis inconsultis. Unde quoniam donationes huiusmodi de iure non tenent, auctoritate apostolica indulgemus tibi, ut liceat tibi donationes huiusmodi tam a clericis quam a laicis revocare*». Viene prospettata una doppia ragione per cui le *donationes* «*de iure non tenent*»: sono *in detrimentum ecclesiae* e nella procedura non è stato consultato il capitolo dei canonici. Peraltro la *glossa ad X, III, 24, c. 2, v. Inconsultis* sottolinea: «*maxime cum nec eorum consilio potest facere donationem damnosam ecclesiae*».

<sup>171</sup> *Glossa ad X, I, 43, c. 3, v. Aliquid ulterius vindicare praesumat*: «*non licuit illi clerico conditionem ecclesiae facere deteriolem ... nec alienare potuit rem ecclesiae in damnum ipsius ecclesiae*». Nel commento all'altra decretale si precisa meglio il fondamento del principio: «*Nota quod praelatus non est dominus, sed procurator rerum ecclesiae. Item conditionem ecclesiae meliorare potest, deteriorare non*» (*glossa ad X, III, 24, c. 2, v. Casus*).

<sup>172</sup> «*Nota quod factum praelati in damnum ecclesiae valere non debet*» (*glossa ad X, I, 43, c. 3, v. Casus*); «*... et ita ipso iure non tenuit arbitrium. Sic ergo ad factum tantum respicit revocatio huius arbitrii*» (*glossa ad X, I, 43, c. 3, v. Aliquid ulterius vindicare praesumat*).

<sup>173</sup> La regola viene presentata come dottrina condivisa: «*tamen non debet fieri satisfactio ... propter praeiudicium quo in futurum posse ecclesia gravari: et hoc nemo negat*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. III, *Pervenit*, n. 2).

re competente<sup>174</sup> e se siano concluse secondo le *solemnitates* richieste dal diritto<sup>175</sup>.

Infine, per quanto concerne le *causae beneficiales*, «*seu super beneficiis ecclesiasticis conferendis*»<sup>176</sup>, si applica la regola già prevista per la transazione, per cui, essendo necessaria una *canonica institutio* per il conferimento dei titoli beneficiari<sup>177</sup>, risulta possibile disporre per arbitrato solo se «*accedat auctoritas superioris, aut in ipsismet ordinarium veluti in arbitrum compromittatur*»<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> «... *solus sacerdos non potest concedere rem ecclesiae etiam iusto titulo alicui ad vitam suam. Nam largo modo videtur alienatio: et sic debuit intervenire auctoritas superioris ... rector ecclesiae non potest sine consensu diocesani compromittere si per compromissum obligaretur ecclesia in futurum*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, tit. XLIII, c. III, *Pervenit*, n. 4). Anche la dottrina successiva afferma la proibizione a *compromittere in arbitros* per il «*Parochus, vel alius beneficiatus sine consensu episcopi in praeiudicium ecclesiae, vel beneficii sui*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 7.10).

<sup>175</sup> F.X. SCHMALZGRUEBER (*Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 8) distingue: «*si agatur de re mobili non pretiosa*» non sono richieste particolari cautele, «*nam huiusmodi res libere alienare potest*»; invece, «*si agatur de rebus ecclesiae immobilibus quidem, aut mobilibus pretiosis*» «*etiam cum alienationis periculo*», allora occorre rispettare determinate cautele formali: «*si accedat iusta causa, et consensus capituli, aliaequae solemnitates*».

<sup>176</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 77.

<sup>177</sup> La prescrizione viene inserita nelle *Regulae iuris* allegate al *Liber Sextus*: «*Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione canonica obtineri*» (*Regula I*).

<sup>178</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, I, tit. XLIII, *De arbitris*, § III, n. 77. Conforme F.X. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, I, 2, tit. XLIII, *De arbitris*, § II, n. 16.3: «*ne sine canonica institutione aperiatur via ad beneficia ecclesiastica contra reg. I in 6*».



## CAP. V

### LA RICONCILIAZIONE TRA I DUE CODICI

#### 1. *L'eredità della tradizione canonistica alle soglie della codificazione*

L'analisi storica precedente ha mostrato come la tradizione canonistica, in connessione o nell'ambito del giudizio, abbia sviluppato diversi strumenti giuridici per promuovere e favorire la risoluzione consensuale o quantomeno pacifica delle controversie, in forme e regole che in parte sono comuni allo *ius civile* e in parte, invece, rispecchiano esigenze specifiche dell'ordinamento ecclesiale. In particolare si osserva come il principio di riconciliazione di ispirazione evangelica abbia impresso una peculiare connotazione al modo in cui questi rimedi compositivi sono intesi fin dall'origine e vengono successivamente perfezionati dal diritto canonico. Invero, il concorso dei due doveri, l'uno del fedele di astenersi dal litigare e l'altro del vescovo-giudice di adibire tutti i mezzi possibili per sanare il conflitto, convergenti entrambi verso il medesimo fine di favorire una soluzione conciliativa, ha contribuito a conferire un carattere stringente all'uso degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, così da ampliarne l'ambito di applicazione e di consentire interventi anche impositivi da parte dell'autorità. Tali aspetti, pur evoluti, perdurano ancora fino all'epoca di avvio della codificazione.

Anzitutto, è significativo sottolineare come nell'esposizione della disciplina processuale si prospettino come vie alternative, egualmente esperibili e ordinariamente praticabili per comporre i conflitti, tanto quella *per pacta seu conventiones* quanto quella *per iudicia*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici: De iudiciis ecclesiasticis in scholis Pont. Sem. Rom. habitae*, I, 1, Typis Vaticanis, Romae, 1896, pp. 19-24; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, *De iudiciis*, tit. II, Giachetti, Prati, 1914, pp. 30-39. In particolare F.X. WERNZ (*op.cit.*, p. 32, n. 36) rileva come nelle cause avanti alla Sede apostolica sia frequente il ricorso alla transazione.

Riguardo alla via consensuale per porre fine ai conflitti, peraltro, si rimarca la configurazione di un *favor iuris* «*ob eius efficaciam ad lites praeveniendas et extinguendas*»<sup>2</sup> e la possibilità di ricorrere sempre alla conciliazione in qualsiasi momento o fase del giudizio, fino al passaggio della sentenza in *rem iudicatam*<sup>3</sup>.

Circa la configurazione e la regolamentazione degli strumenti consensuali per prevenire o risolvere le controversie, risultano largamente recepiti e consolidati i risultati dell'elaborazione precedente in merito alla molteplicità dei possibili accordi e alla libertà di stipulazione. In particolare, per quanto concerne la transazione, si continuano a prevedere le diverse tipologie di composizione, sia stragiudiziale che giudiziale<sup>4</sup>, a titolo oneroso o a titolo gratuito<sup>5</sup>. Egualmente vengono conservati tanto il carattere informale del patto, quanto l'efficacia giuridica vincolante della concordia raggiunta<sup>6</sup>.

Pure in merito all'arbitrato persiste la «*suprema arbitratorum divisio*» tra *arbitri iuris seu necessarii* e *arbitri compromissarii seu voluntarii*<sup>7</sup>. Parimenti viene preservata la possibilità di istituire arbitri in

---

<sup>2</sup> M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 38, n. 12.

<sup>3</sup> F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 38, n. 44.

<sup>4</sup> M. LEGA (*Praelectiones*, I, 1, cit., p. 21, n. 2) precisa come *practice* in foro l'accordo giudiziale si chiama concordia, ma di seguito afferma come in realtà i termini (*transactio, amicabile compositio, concordia*) vengano usati spesso in modo promiscuo (*ivi*, p. 26, n. 6).

<sup>5</sup> Resta ferma la distinzione tra la composizione a titolo oneroso, definita transazione in senso stretto, e quella a titolo gratuito detta transazione in senso lato, corrispondente all'*amicabilis compositio* (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 27, n. 6; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 30, n. 34).

<sup>6</sup> Si ribadisce come nel diritto canonico non siano richieste speciali solennità per la conclusione della transazione, ma basti il solo consenso delle parti (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 28, n. 6; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 38, n. 43). Circa l'efficacia, la transazione viene equiparata alla sentenza giudiziale e ha valore di *res iudicata* (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 39, n. 12; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 40, n. 46).

<sup>7</sup> M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 44, n. 18. Sono ribaditi i caratteri differenziali tra le due figure di arbitri precisati dalla dottrina anteriore (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., pp. 46-48, n. 19; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 47, n. 53) e i casi nei quali il diritto prescrive la costituzione degli *arbitri iuris*: oltre a quelli classici, si ricorda anche la fattispecie prevista dal Concilio di Trento per regolare il conflitto di competenza tra giudici («*Concil. Trid. In sess. 14, c. 5 de*

senso stretto, che procedono *forma iudiciali* e decidono *iuris ordine servato*, ovvero di utilizzare gli *arbitratores*, che sono considerati «*quasi amicabile compositores*»<sup>8</sup>. E ancora, sono mantenuti i risultati dell'elaborazione precedente in relazione alla libertà di forma nella costituzione dell'arbitrato<sup>9</sup> e all'efficacia della sentenza arbitrale<sup>10</sup>.

Anche a proposito delle questioni che sono state oggetto di discussione dottrinale, vengono recepite le interpretazioni della *opinio communis*, o di quella prevalente, che danno rilevanza ai profili o elementi di peculiarità del diritto della Chiesa. Si pensi ai limiti di diritto divino che proibiscono di ricorrere alla composizione consensuale in determinate materie<sup>11</sup>, ovvero per le *res spirituales vel spiritualibus adnexae* impongono di rispettare modalità pattizie adeguate alla natura gratuita della disposizione<sup>12</sup>. E ancora, in ordine alle convenzioni che concernono *iura et munia publica*, si ritiene

---

*reform. cavet controversias inter iudices conservatores [nempe delegatos] et ordinarios dirimendas esse per arbitros iuris»*) (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 49, n. 21).

<sup>8</sup> M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 48, n. 20. Sulla scorta degli sviluppi precedenti si sottolinea il diverso ruolo dell'*arbitrator* e le differenze del regime dell'*arbitramentum* rispetto al lodo: «*arbitrator non est iudex controversiae sed potius vir probus et peritus, qui, exorto aliquo dubio, vel in executione contractus vel in aestimatione rei, interrogatus suam exprimit sententiam quoad rectam practicae difficultatis solutionem. Unde ab arbitris compromissariis nullimode appellare licet vel ad alios arbitros provocare; ab arbitratore vero propter laesionem gravem quam pars laesa parata est probare, recurritur ad arbitrium boni viri seu ad iudicem ordinarium. ... Namque ab arbitratore non tantum attenditur negotii definitio iudicialis, quam dubii solutio extraiudicialis, quod dubium si revera non solvatur, consequens est ut alterius periti et probi viri expostuletur votum»* (*ibidem*).

<sup>9</sup> «*Compromissum et receptum fieri potest non solum viva voce vel nutibus vel scriptura inter praesentes; sed etiam per epistolam vel nuntium et procuratorem inter absentes, nudo pacto aut stipulatione, adiecta poena aut sine poena, denique iuratum vel non iuratum esse potest»* (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 55, n. 63).

<sup>10</sup> M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., pp. 58-59, nn. 30-31; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 58, n. 66.

<sup>11</sup> In particolare in merito al matrimonio, sono vietate le transazioni che pregiudicano l'indissolubilità del vincolo, mentre sono possibili le pattuizioni *de sponsalibus*, oppure sugli altri diritti connessi al coniugio: «*quoad individuum vitae consuetudinem, dotem, bona patrimonii communia, etc.*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 33, n. 10).

<sup>12</sup> Sono lecite le pattuizioni «*si spirituale pro spirituali veniat*» oppure se consistono in *compositiones amicales* a titolo gratuito (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit.

che possano essere stipulate dalle autorità pubbliche che ne abbiano competenza e con le necessarie autorizzazioni richieste per disporre *de rebus ecclesiasticis*<sup>13</sup>.

Riguardo poi alle disposizioni o soluzioni giuridiche che più intensamente e direttamente sono state motivate dall'esigenza di promuovere la composizione pacifica delle contese, tanto da derogare alle regole del diritto comune, pure queste persistono nelle linee fondamentali anche se hanno subito delle variazioni per adattarsi alle modifiche del sistema processuale intervenute nel frattempo.

Così, si continua a prevedere l'impegno del giudice, fin dalle fasi preliminari dell'istanza, di interporsi tra le parti per favorire il raggiungimento della concordia, quantunque l'accentuazione del fondamento volontario e libero dell'eventuale transazione abbia condotto a ridimensionare, non peraltro ad eliminare, i poteri di ingerenza nell'imposizione di un compromesso. Infatti, in conformità con la dottrina precedente, si afferma che il giudice di regola '*potest suadere partibus*' a dirimere la controversia con una pattuizione<sup>14</sup>, anzi in determinate cause o circostanze il suo compito diventa ancora più gravoso e '*debet*' indurre le parti alla concordia<sup>15</sup>. Con un

---

p. 34, n. 10). In senso conforme anche F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 35, n. 40).

<sup>13</sup> «*Demum quae iuris publici sunt, sive divini sive humani, privatorum pactis seu transactionibus mutari non possunt ... De iis vero quae sunt iuris publici positivi humani, publica auctoritas transigere valet, et planum est*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 34, n. 10). Le concordie e le transazioni che non rispettano le solennità prescritte dalle norme vigenti producono effetti solo nei confronti delle parti contraenti e non vincolano i terzi, ossia i successori nella carica o titolo ecclesiastico. In proposito si distinguono le transazioni reali, che «*transeunt ad successores eosdemque obligatos tenent; sunt enim pactiones perpetuae et reales*», dalle transizioni personali che obbligano il contraente «*personaliter, quamdiu ecclesiam vel beneficium retinet*» (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 33, n. 38). Sulla distinzione si veda anche M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 29, n. 7.

<sup>14</sup> «*... iudex potest semper partibus transactionem inculcare, quando hoc utile videtur: ita Rota Romana et SS. Congr. Rom. Quando expedire putent, partibus respondere solent: 'Placere de concordia'*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 41, n. 14).

<sup>15</sup> «*At iudex etiam ecclesiasticus partibus suadere potest, imo non raro debet, praesertim in causis quibusdam matrimonialibus ... aliisque causis arduis et cum magnis sumptibus protrahendis ... ut partes litigantes per amicabilem compositionem con-*

crescendo di intensità si prevede ancora la possibilità che il giudice in particolari situazioni sia in grado persino di *cogere partes ad concordiam*, sebbene le ipotesi prospettate siano indicate in modo parzialmente diverso e con portata ridotta rispetto all'elencazione molteplice della dottrina precedente<sup>16</sup>.

La promozione della pacificazione non viene meno neppure nelle cause criminali, anche se, per la caduta in desuetudine del sistema accusatorio a seguito della prevalenza di quello inquisitorio<sup>17</sup>, le forme della conciliazione siano cambiate. Le discussioni più risentite in merito all'ammissibilità della transazione nei crimini capitali, o in quelli che prevedono sanzioni assimilabili, pur riportate puntualmente, sono considerate ormai superate<sup>18</sup>. La transazione viene

---

*troversiam dirimant, vel si materia capax sit, etiam per veram transactionem*» (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, p. 39, n. 45); «*Hoc iam ordinaverat ipsum ius Decretalium: ... decernit iudicem ecclesiasticum experiri debere praesertim si causa sit valde ardua et implicata, concordiam inter partes inducendam*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 41, n. 14). Si ricordano alcune istruzioni sul processo giudiziale nelle cause matrimoniali, emanate in alcuni Paesi (come quella austriaca del Cardinale Rauscher), che prescrivono al giudice di adoperarsi «*ut partes postulantes ... antea ad concordiam adducere*» (*ibidem*).

<sup>16</sup> F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, V, 1, tit. II, p. 39, n. 45: «... *ad transactionem cogere non valet, nisi partium iura post discussionem litis intricatae apparent aequalia, ut iudex aut invitis partibus ad divisionem rei controversae, quatenus divisibilis sit, possit procedere, aut ratam habere valeat transactionem a partibus litigantibus initam, utique non plane libere, sed ad vitandam divisionem iudicalem. ... Praetera iudex supremus, qui liberam habet facultatem disponendi de re controversa, velut R. Pontifex de beneficio litigioso, pariter optione proposita potest cogere litigatores ad transactionem aut sibi reservare aliam provisionem*». Le medesime fattispecie, con termini equivalenti, sono previste da M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 42, n. 14.

<sup>17</sup> Il sistema accusatorio non è stato espressamente abrogato, ma sono divenute molto rare le azioni promosse da privati e ormai per tutti i crimini l'iniziativa viene intrapresa d'ufficio. Peraltro, in base a norme particolari, in determinati luoghi taluni crimini possono essere perseguiti solo a querela della parte offesa (D. BOUIX, *Tractatus de judiciis ecclesiasticis ubi et de vicario generali Episcopi*, II, J. Le coffre, Parigi, 1884<sup>3</sup>, pp. 3-11).

<sup>18</sup> «... *nostra aetate nullius sunt practici momenti*» (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 38, n. 42). Anche M. LEGA (*Praelectiones*, I, 1, cit., pp. 37-38, n. 11) non considera più valide le tesi estensive.

ritenuta aliena al sistema penale canonico<sup>19</sup>, non solo perché l'esercizio dello *ius accusandi* da parte di un privato è divenuto assai raro, ma perché si ritiene che l'introduzione dell'azione penale, da chiunque esperita, sia diretta sempre a perseguire il bene pubblico e non la mera utilità privata<sup>20</sup>. Nondimeno, restano possibili altre modalità per dare rilevanza alla conciliazione tra offeso e reo, ponendo fine al processo penale.

Fatta salva la possibilità di transazione nell'azione civile *orta ex damno illato*<sup>21</sup>, nei casi e nei luoghi in cui l'azione criminale è proponibile solo a querela di parte, la *remissio* fatta da chi ha subito danni dal delitto vale ad estinguere l'azione penale<sup>22</sup>. Nelle altre ipotesi, invece, l'accordo o il perdono unilaterale dell'offeso può avere rilevanza solo attraverso un atto di recezione da parte dell'autorità che abbia competenza ad abolire lo *ius accusandi* e, dal momento che tale potere viene considerato alla stregua del potere di dispensa, la sua disposizione è riservata al romano pontefice o al vescovo nelle materie in cui ne abbia la facoltà. Perciò, nell'eventualità che l'accusa sia mossa da un privato, la desistenza dall'azione può avere efficacia nel porre termine al processo solo a seguito dell'*abolitio* del vescovo che lo assolve dal dovere di proseguire l'accusa<sup>23</sup>. Analogamente

---

<sup>19</sup> In alcuni casi «*transactio inita inter reum et accusatorem privatum ... expresse et graviter est prohibita veluti in crimine sollicitationis, in crimine coryphaeorum et dum sectae massonicae ...*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 37, n. 11).

<sup>20</sup> «... *locum non esse transactioni ad extinguendam sive accusationem sive poenam; quia in Ecclesia non adsunt delicta vere privata*» (M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici: De iudiciis ecclesiasticis*, II, 4, Typis Vaticanis, Romae, 1901, p. 249, n. 185).

<sup>21</sup> F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 37, n. 421. Peraltro, la remissione dell'azione civile non preclude né incide sull'azione criminale.

<sup>22</sup> M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 249, n. 185; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 2, Giachetti, Prati, 1914, pp. 5-6, n. 767.

<sup>23</sup> Viene usata l'espressione «*abolitio iuris accusandi*» per indicare l'estinzione dell'accusa, anche se il termine, preso dal diritto romano, non compare letteralmente nel diritto canonico. Del resto, si è visto (*supra*, cap. III, § 5) come nel periodo del diritto comune l'*abolitio* sia richiamata usualmente dai civilisti e dai canonisti come competenza del giudice. Successivamente, come rileva M. LEGA (*Praelectiones*, II, 4, cit., pp. 249-251, nn. 185-186), il potere di estinguere l'accusa non spetta al giudice come tale, ma all'autorità dotata del potere di dispensare.

mente, quando l'accusa è promossa dal *promotor fiscalis*, non sono ammesse pattuizioni tra lo stesso e l'imputato<sup>24</sup>, ma se il vescovo ritiene per ragioni di bene superiore<sup>25</sup> che non sia necessario proseguire il processo per condannare e applicare la pena, come nel caso appunto che il reo si sia pentito e abbia riparato i danni all'offeso, può esonerare il promotore dal proseguire il processo, dopo aver recepito il consenso dell'accusato<sup>26</sup>.

A volte, anzi, l'iniziativa di raggiungere una soluzione diversa dall'applicazione della sanzione può partire dallo stesso accusato, con la richiesta di poter accedere al rimedio della *compositio*<sup>27</sup>. Questo metodo alternativo di soluzione del processo criminale consiste sostanzialmente in una commutazione della pena e nonostante il nome, che richiama l'antico istituto longobardo<sup>28</sup>, non dipende da alcuna pattuizione, quantunque nella procedura di formazione siano coinvolti sia il reo, che propone l'istanza, sia l'offeso, che deve acconsentire. Si tratta in realtà di un atto autoritativo di concessione della commutazione della pena e sotto questo aspetto assomiglia all'evoluzione della *compositio* avvenuta in epoca moderna negli ordinamenti secolari, ma se ne discosta non solo per il fatto che si richieda la previa *postulatio* del reo, ma anche dal punto di vista

<sup>24</sup> Le pattuizioni tra il reo e il *promotor fiscalis* sono anzi considerate «*gravior criminosa, quia proderet officium publicum*» (M. LEGA, *Praelectiones*, I, 1, cit., p. 38, n. 11).

<sup>25</sup> A fondamento e giustificazione dell'uso di questo potere straordinario del vescovo viene indicato lo spirito di moderazione della Chiesa nell'applicazione delle sanzioni penali: «*Ipsum vero bonum publicum aliquando magis exoptat poenae relaxationem et actionis abolitionem seu gratiam quam severam poenae applicationem; et haec est ratio iuridica huius extraordinariae potestatis in moderatoribus rei publicae*» (M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 250, n. 186).

<sup>26</sup> «*Haec est abolitio specialis. Hodie, per hanc abolitionem Episcopus promotorem fiscalem eximit ab onere suo institutam inquisitionem aut accusationem ulterius proseguendi, dummodo consentiat accusatus atque id expostulet bonum publicum*» (M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 250, n. 186).

<sup>27</sup> D. BOUIX, *Tractatus*, II, cit., pp. 546-548; M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 251, n. 186; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 2, cit., p. 14, Scholion II.

<sup>28</sup> F.X. WERNZ (*Ius decretalium*, V, 2, cit., p. 14, Scholion II) ritiene che il fondamento della moderna *compositio* derivi proprio da quella più antica e richiama il passo di X, V, 37, c. 2 (citato *supra*, cap. III, § 5.2, nota 148).

dell'autorità competente, dato che nel diritto canonico è riservata al solo vescovo. Infatti, il fondamento della *compositio* è incentrato sul potere del vescovo di dispensare in determinati casi dall'osservanza della norma penale, per cui, potendo rimettere la pena, può anche concedere di sostituire la sanzione prevista per legge con un'altra ritenuta più adeguata alle condizioni del reo e alle circostanze della condotta criminosa<sup>29</sup>. Per il reo che dimostra di essersi emendato il vantaggio della *compositio* deriva, oltre che dal sottrarsi all'inquietudine e alle molestie, anche economiche, del processo criminale, dal sostituire la sanzione più grave con una pena o una penitenza più lieve<sup>30</sup>, composta generalmente dal pagamento di una somma pecuniaria che viene devoluta per il compimento di opere pie<sup>31</sup>.

Presupposto ritenuto indispensabile è la *postulatio* del reo<sup>32</sup> che chiede al vescovo di porre fine al processo criminale e contemporaneamente dichiara di essere disponibile a sottomettersi alla pena o

---

<sup>29</sup> «... qui cum valeat integre poenam remittere, nempe in certis casibus, multo magis potest statutam poenam in alium modum satisfactionis commutare» (M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 251, n. 186). Per questo, è possibile ammettere il reo alla *compositio* solo per quei crimini nei quali il vescovo può dispensare: «*Episcopus admittere valet ad compositionem, dummodo crimen unum ex illis sit in quibus ipse valet dispensare*» (*ibidem*).

<sup>30</sup> «*delinquentes iam poenitentes et emendatos vel emendationem serio et efficaciter promittentes in acceptatione poenitentiae impositae vel correctionis per superiorem ecclesiasticum factae, a molestiis iudicii criminalis et severiore poena per illud imponenda saltem in delictis minoribus liberat*» (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 2, cit., p. 15, Scholion II).

<sup>31</sup> «*Hic modus satisfactionis est solutio pecuniae in certa summa a iudice singulis vicibus statuenda, quae deponenda esset penes depositarium mulctarum vel ... penes ipsam curiam deponi statuitur ut eadem pecunia in pios usus erogetur*» (M. LEGA, *Praelectiones*, II, 4, cit., p. 251, n. 186).

<sup>32</sup> Secondo D. BOUX (*Tractatus*, II, cit., pp. 546-547) la *compositio* viene solitamente richiesta da chi è colpevole, per cui non può dichiararsi innocente, ma nella formula della domanda occorre utilizzare formule appropriate per evitare che le dichiarazioni siano interpretabili come una confessione. M. LEGA (*Praelectiones*, II, 4, cit., p. 251, n. 186) ritiene inoltre che si possa ammettere il reo alla *compositio* solo «*si crimen nullimode sit controversum*», dal momento che risulta necessario che «*satis constiterit de crimine qualitate et gravitate, et planum est*».

alla penitenza assegnate in alternativa<sup>33</sup>. Se il vescovo ritiene che ricorrano le giuste motivazioni per concedere la *compositio*, scrive la sua accettazione in calce alla richiesta e prescrive che venga comunicata alla parte lesa; se l'offeso acconsente, viene emanato il *decretum compositionis*, il quale, a sua volta, deve essere accettato e sottoscritto dal reo<sup>34</sup>. Con il decreto l'accusato viene assolto e si pone totalmente fine al processo<sup>35</sup>.

## 2. La nuova impostazione del codice piano benedettino

Il flusso dell'elaborazione canonistica sugli strumenti giuridici di attuazione del principio di riconciliazione viene infine incanalato secondo le categorie logiche e le scelte sistematiche del codice piano benedettino<sup>36</sup>. Il nuovo testo organico delle norme del diritto canonico recepisce nella sostanza le concezioni teoriche e le regole giuridiche stratificate intorno al *Corpus iuris*, ma l'impostazione data alla mate-

---

<sup>33</sup> Secondo la formula riportata da D. BOUIX (*Tractatus*, II, cit., p. 547): «... *lites cum fisco habere refugiens ... oro ... Episcopum ... ut velit supradicto processui finem et fisco silentium imponere: me submittens ad poenam poenitentiamve sibi benevisam, si forte quam mihi injungendam existimaret*».

<sup>34</sup> Ancora secondo la formula proposta da D. BOUIX (*Tractatus*, II, cit., p. 548): «*Attentis remissione partis, necnon qualitate delicti et delinquentis, ac aliis iustis de causis animum nostrum digne moventibus, supra dictum N. ... ad compositionem quam curiae et fisco sponte obtulit, et ad quam admitti postulavit, admittimus; et solutis per eum in manibus depositarii poenarum nostrae curiae scutis ... ipsum absolvimus et totaliter liberamus; fisco silentium imponimus, et mandamus ...*».

<sup>35</sup> Si riscontra un vantaggio anche per l'accusato che sia innocente «*ad vitandam inquietudinem et vexationem iudicii*» (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 2, cit., p. 15, Scholion II).

<sup>36</sup> A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, cit., coll. 889-895; P. BELLINI, voce *Transazione. Diritto canonico*, in *Enciclopedia Giuridica*, 31, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994; F. DELLA ROCCA, *Istituzioni di diritto processuale canonico*, UTET, Torino, 1946, pp. 391-406; A. JULLIEN, *Compromissum in arbitros iuxta Codicem Iuris Canonici*, in *Apollinaris*, 10, 1937, pp. 544-569; M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, ALCI, Romae, 1950, p. 149; R. NAZ, voce *Transaction*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, VII, cit., coll. 1314-1319; F. SALERNO, *Transactio e compromissum in arbitros (seu arbitrium) dal ius canonicum vetus al Codex '17*, cit., pp. 266-289.

ria introduce significative innovazioni che incidono sia sulla rilevanza riconosciuta agli istituti, sia sulla loro evoluzione successiva<sup>37</sup>.

Sotto il profilo formale si nota innanzi tutto la diversa collocazione nell'apparato strutturale del codice e la semplificazione normativa. Dal punto di vista dell'ordine sistematico il legislatore ha optato, fin dal primo indice, di riunire le forme di composizione pacifica in un settore apposito, inserito nell'ambito della disciplina del processo<sup>38</sup>. Nei successivi *schemata* la posizione della materia si sposta dall'inizio della *pars secunda* dedicata al processo giudiziale in generale<sup>39</sup>, all'e-

---

<sup>37</sup> Le notizie sui lavori della codificazione sono tratte principalmente dal volume *Il Libro "De Processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, I, *Cenni storici sulla codificazione "De iudiciis in genere", Il processo contenzioso ordinario e sommario, Il processo di nullità del matrimonio*, a cura di J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, Giuffrè, Milano, 1999. Informazioni si trovano anche nel contributo di F. ROBERTI, *Codicis iuris canonici schemata de processibus*, in *Acta Congressus iuridici internationalis VII saeculo a decretalibus Gregorii IX et VIX a codice iustiano promulgatis, Romae 12-17 novembris 1934*, IV, Libreria Pontifici Instituti utriusque iuris, Romae, 1937, pp. 27-42.

<sup>38</sup> Nell'ordine delle materie elaborato dai consultori nelle sedute svolte tra aprile e giugno del 1904 erano stati inseriti all'inizio della *pars prima generalis* del libro IV sui processi due titoli appositi, il I, *De transactionibus* e il II, *De arbitris* (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 303). Successivamente, nell'*Index materiaram codicis iuris canonici* approvato nella seduta del 26-28 giugno 1904 dal *coetus* dei cardinali, con la conferma del romano pontefice, i due titoli vengono riuniti in un titolo unitario (*De modis pacificis componendi lites seu de transactionibus et de arbitris*), ma l'ordine viene cambiato e non appaiono più nella prima parte generale del libro *De iudiciis* (divenuto *Liber quintus*), bensì nella *pars secunda* (*De iudiciis non criminalibus*), *sectio I* (*De iudiciis non criminalibus in genere*), pur restando all'inizio della sezione (titolo VI) (*ivi*, p. 348).

<sup>39</sup> Nel primo *schema* del 1908 relativo alla *pars II* (*De iudiciis non criminalibus*) il titolo apposito, ridenominato come *De litibus vitandis et componendis*, risulta essere il primo (titolo VI) della *sectio I* (*De iudiciis non criminalibus in genere*) e viene suddiviso in due capitoli: I, *De transactione seu concordia*; II, *De compromisso in arbitros* (*Il Libro "De Processibus"*, cit., pp. 671-675). Nel secondo *schema* del 1909 della *Pars II* (*De processu iudiciario in generali*) il titolo viene ridefinito come «*Praeliminaris*» e resta collocato all'inizio e suddiviso nei due capitoli tematici (*ivi*, pp. 699-703). La medesima sistematica permane anche nel primo *schema* unitario del *codex*, preparato nel 1909 per l'esame del congresso dei cardinali del 1910 (*ivi*, pp. 752, 774-777).

sordio dello stesso libro *De iudiciis*<sup>40</sup>, per poi essere relegata nel testo finale tra i processi speciali, come primo titolo della *sectio II (De peculiaribus normis in certis quibusdam iudiciis servandis)* della *prima pars* del *Liber De processibus*, divenuto ora il quarto<sup>41</sup>. Restano comunque fermi il posizionamento all'interno della disciplina del processo e la distinzione tra i due capitoli, il primo *De transactionibus* e il secondo *De compromisso in arbitros*. Alla concordia giudiziale, invece, non viene dedicata una trattazione specifica, ma nel canone introdotto del primo capitolo viene premesso, sebbene in modo indiretto, il monito a evitare le liti e si afferma il compito del giudice di esortare le parti a ricercare la concordia nelle controversie sottoposte alla sua cognizione<sup>42</sup>.

Qualche perplessità può sorgere a riguardo della *ratio* di una simile partizione. Questi istituti, infatti, sono accomunati dal codice nel quadro dei mezzi di tutela delle controversie, sulla base della considerazione che condividano e siano caratterizzati dal medesimo fine di tendere a evitare le liti giudiziarie. Se può apparire corretto, e l'evoluzione storica lo dimostra, che gli strumenti di com-

<sup>40</sup> Nello *schema* inviato del 1914 i canoni relativi alle forme di composizione pacifica sono estratti dal titolo apposito, ridotti grandemente di numero e collocati tra le norme preliminari del libro V (*De iudiciis ecclesiasticis*) (<https://www.iuscanonreg.it/pdf/Schema%20Codicis%20Iuris%20Canonici.%20Liber%20quintus%20%5BP.%20Gasparri,%201914%5D.pdf>).

<sup>41</sup> *Liber IV (De processibus)*, Pars I (*De iudiciis*), *sectio II (De peculiaribus normis in certis quibusdam iudiciis servandis)*, titolo XVIII (*De modis evitandi iudicium contentiosum*), *caput I (De transactione: cann. 1925-1928)* e *caput II (De compromisso in arbitros: cann. 1929-1932)*. Rispetto ai primi schemi si nota il cambio della denominazione del titolo (*De modis evitandi iudicium contentiosum*) e del primo capitolo (non viene più menzionata la *concordia*), ma soprattutto la fuoriuscita dalla sezione sul giudizio in generale e l'inserimento tra i processi speciali.

<sup>42</sup> Can. 1925, §§ 1-3. Nella stesura dei primi *schemata* del 1909, su proposta del *votum* di S. Many del 1908 (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 611), si faceva espresso riferimento al fondamento apostolico del precetto di non litigare: «*Cum, secundum Apostolum, servum Dei non oporteat litigare, iudex, quaestione aliqua sibi proposita, si spes aliqua compositionis affulgere videatur, curet ut partes ad eam deveniant*» (can. 1 [111], § 1, *schema* unitario del 1909) (*ivi*, p. 774). Il richiamo viene tuttavia eliminato con la revisione apportata dal congresso dei cardinali il 4 aprile 1910 (*ivi*, p. 1223).

posizione consensuale abbiano svolto la funzione pratica di porre fine alle contese, nondimeno nelle motivazioni ideali hanno finalità più ampie della sola pacificazione giudiziale, in quanto il principio di riconciliazione, che li ispira, mira a promuovere la concordia nelle relazioni interpersonali, ossia a cambiare il modo di rapportarsi agli altri non solo nelle ipotesi di dissidi che possano dare adito a conflitti giudiziari, ma, in senso più ampio, in ogni situazione di contrasto o di divergenza, potenziale o effettiva: nelle cause oggetto di processo possono favorire la ricerca di una soluzione consensuale che prevenga o faccia cessare la lite; in generale tendono comunque a impostare i rapporti reciproci secondo gli ideali evangelici di carità, di benevolenza e di solidarietà vicendevole. Risulta quindi riduttivo incasellare questi istituti, ordinati a svolgere un ruolo essenziale nella costruzione della comunità ecclesiale, nel settore dedicato ai metodi diretti meramente a evitare le controversie giudiziarie. Per giunta, il titolo che li raggruppa viene relegato dopo la trattazione sui presupposti generali e sulla procedura da seguire nel giudizio contenzioso, mentre si sarebbe dovuto inserirlo prima o quanto meno all'inizio della *sectio I (De iudiciis in genere)*, dato che il principio di riconciliazione costituisce un assioma fondamentale dell'intero sistema di protezione dei diritti, in conformità ai precetti della Sacra Scrittura che chiedono di ricercare prima di tutto la concordia tra i fedeli e di considerare il giudizio come l'*extrema ratio*<sup>43</sup>.

Per quanto concerne invece la semplificazione normativa, si osserva come nei primi *schemata* del libro quinto era contenuta una normativa articolata della transazione e del compromesso arbitrale, che traduceva e sintetizzava in modo organico i risultati dell'elaborazione canonistica in merito alle tipologie, ai presupposti, al fun-

---

<sup>43</sup> In effetti, nei primi *schemata* il titolo apposito era il primo della parte dedicata ai giudizi in generale, ma già nel testo del secondo *schema* del 1909 (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 701) e in quello unitario dello stesso anno (*ivi*, p. 774) si trova una nota che sottolinea come sia preferibile uno spostamento al fondo: «Questo titolo che in molti codici civili si pone come preliminare al codice di procedura, sembra che più naturalmente, anche per l'intelligenza dei termini legali, andrebbe alla fine di questa parte, come un titolo ultimo». In questo senso si era appunto espresso il *votum* di O. Fischer del 1907 (*ivi*, p. 540).

zionamento e agli effetti di questi istituti; solo per la forma con cui si concludono le pattuizioni era fatto rinvio alle legislazioni civili del luogo<sup>44</sup>. Invece, nelle revisioni successive al congresso dei cardinali del 1910<sup>45</sup> l'impostazione del titolo venne interamente modificata sino ad eliminare gran parte delle disposizioni sostanziali e processuali che regolavano gli istituti, facendo salvi solo pochi canoni e rinviando per la restante disciplina alle leggi civili del luogo in cui è stato concluso l'accordo di transazione o di compromesso arbitrare<sup>46</sup>. Nel testo definitivo, quindi, rimane una normativa ristretta a determinati profili specifici, mentre per tutti gli altri aspetti strutturali e funzionali viene preferita la tecnica della regolazione indiretta, attraverso il rinvio agli ordinamenti secolari<sup>47</sup>. Tale scelta corrisponde a un orientamento generalizzato, che si trova codificato anche a riguardo dei contratti relativi ai beni ecclesiastici temporali<sup>48</sup> e che

<sup>44</sup> Così prevedeva lo *schema* unitario del 1909 in merito alla transazione: «*In forma ineundi transactionem, servari possunt normae statutae a legibus civilibus loci, in quo transactio perficitur, dummodo hae non contradicant iuri divino aut ecclesiastico*» (can. 7 [117]). Egualmente si stabiliva per il compromesso arbitrare e l'arbitrato: «*In forma ineundi transactionem et in forma iudicii ab arbitro vel arbitris peragendi, normae servari possunt statutae a legibus civilibus loci, in quo compromissum executioni mandatur, nisi iuri divino aut ecclesiastico adversentur*» (can. 13 [123]) (*Il Libro "De Processibus"*, cit., pp. 775-776).

<sup>45</sup> La normativa più estesa risulta ancora conservata nello *schema* «*Liber Tertius*» elaborato probabilmente in una data immediatamente successiva al congresso dei cardinali (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 172). Sulle incognite di questo strano *schema*, si rinvia alla stessa raccolta documentata (*ivi*, pp. 171-172).

<sup>46</sup> In questo senso viene formulato in modo unitario il can. 7 dello *schema* del 1914: «*In compromisso in arbitros et in transactione servantur normae statutae a legibus civilibus loci in quo compromissum aut transactio executioni mandatur, nisi iuri divino vel ecclesiastico adversentur et salvo praescripto canonum qui sequuntur*». Il testo finale del *codex* sancisce un analogo metodo di regolazione indiretta tramite il rinvio alle legislazioni civili, ma preferisce una previsione con norme distinte per la transazione (can. 1926) e per l'arbitrato (can. 1930).

<sup>47</sup> Can. 1926: «*In transactionibus servantur normae statutae a legibus civilibus loci in quo transactio inicitur, nisi iuri divino vel ecclesiastico adversentur et salvo praescripto canonum qui sequuntur*»; per il *compromissum in arbitros* il successivo can. 1930 richiama il can. 1926: «*Praescripta can. 1926 ... etiam compromissum in arbitros applicentur*».

<sup>48</sup> Nel libro II, *De rebus*, pars VI, *De bonis Ecclesiae temporalibus*, titolo XXIX *De contractibus*, can. 1529: «*Quae ius civile in territorio statuit de contractibus tam in*

tende a favorire la corrispondenza tra il diritto della Chiesa e quello degli Stati, per fare in modo che sia riconosciuta la rilevanza in sede civile degli atti di gestione del patrimonio che sono diretti a produrre effetti anche nella sfera di competenza degli ordinamenti secolari<sup>49</sup>. Si registra pertanto una ulteriore svalutazione di questi istituti, che vengono considerati alla stregua di metodi di amministrazione dei beni temporali e che, di conseguenza, non rientrano nelle competenze specifiche ed esclusive dell'istituzione ecclesiale, ma possono essere rimessi alla regolamentazione della legislazione civile.

### 3. *La restrizione alle cause relative al bonum privatum*

Questa impostazione riduttiva a livello formale riscontrata nelle scelte sistematiche e di tecnica normativa del codice piano benedettino risulta strettamente connessa con un mutamento sostanziale nel modo di intendere gli istituti di attuazione della riconciliazione che ha condotto a contrarre il loro valore ideale e la loro portata concreta. Un cambio di prospettiva che deriva però da un equivoco nell'interpretazione data dal legislatore alla disciplina classica, giungendo ad applicare nozioni e schemi logici che non corrispondono alla precedente tradizione canonistica.

Il travisamento si può riscontrare principalmente nella definizione dell'ambito di applicazione della *concordia* realizzata tramite la transazione su impulso del giudice. In proposito, infatti, il can. 1925, § 1 prevede che il giudice possa proporre alle parti di comporre pacificamente la lite se la controversia riguardi «*privatum eo-*

---

*genere, quam in specie, sive nominatis sive innominatis, et de solutionibus, eadem iure canonico in materia ecclesiastica iisdem cum effectibus servantur, nisi iuri divino contraria sint aut aliud iure canonico caveatur».*

<sup>49</sup> Quali motivazioni alla base di questa preferenza vengono indicate, oltre alla corrispondenza della rilevanza tra ordinamento canonico e ordinamento civile, anche la possibilità di ricorrere a una normativa adatta alle tradizioni giuridiche e alle esigenze del luogo.

*rum bonum*»<sup>50</sup>. Ricorrendo quindi alla distinzione concettuale tra il *bonum privatum* e il *bonum publicum*, il codice viene a restringere la possibilità di transigere un accomodamento consensuale alle sole controversie che attengono al *bonum privatum*, mentre la esclude per quelle che riguardano il *bonum publicum*. Una simile formulazione dei limiti posti alla transazione, o alla composizione in sede giudiziale, si discosta dall'elaborazione classica, tanto per l'uso di categorie teoriche generalizzanti, dato che la decretalistica è solita adottare il metodo casistico, quanto per la contrapposizione tra il trattamento delle questioni relative al *bonum publicum* e quello delle questioni relative al *bonum privatum*.

Come si è visto nei capitoli precedenti, né il diritto romano né il diritto delle decretali sono ricorsi alla distinzione tra cause relative al *bonum privatum* e cause relative al *bonum publicum* per definire le questioni sulle quali sia possibile transigere o compromettere *in arbitros*, ma il presupposto della disponibilità del diritto viene impostato dal punto di vista della legittimazione soggettiva a trattare una determinata materia, anziché sulla natura oggettiva del bene pattuito. Sono stati piuttosto gli interpreti successivi, mossi da intenti sistematici, che hanno cercato di dedurre dalla casistica una *ratio* generale esplicativa e a tal fine hanno utilizzato nozioni e categorie generali, che prescindono dall'analisi della motivazione specifica sottesa alle diverse proibizioni elaborate dalla tradizione precedente e, ricalcando la contrapposizione moderna tra diritto privato e diritto pubblico<sup>51</sup>, identificano l'ambito della disponibilità con il bene privato e quello dell'indisponibilità con il bene pubblico<sup>52</sup>. Si

<sup>50</sup> «*Cum valde optandum sit ut lites inter fideles evitentur, iudex exhortationes adhibeat, ut cum aliqua contentiosa controversia quae privatum eorum bonum respiciat, ei proponitur iudicii forma dirimenda, per transactionem, si qua concordiae spes affulgeat, lis componatur*» (can. 1925, § 1).

<sup>51</sup> Sull'incerta adozione della contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico nella disciplina del processo canonico, si veda anche *Il Libro "De Processibus"*, cit., pp. 92-94.

<sup>52</sup> La tesi si trova già esposta in alcune trattazioni precedenti alla stesura del codice del 1917: si veda, in riferimento alla transazione quanto afferma M. LEGA: «*Demum quae iuris publici sunt, sive divini sive humani, privatorum pactis seu tran-*

giunge così ad affermare in modo quasi apodittico e senza ulteriori spiegazioni l'esistenza di una regola generale, per la quale non sono ammessi i compromessi e le transazioni in tutte le cause che interessano il bene pubblico<sup>53</sup>.

Per contro, come si è sottolineato nella parte storica, in epoca classica le varie forme di composizione consensuale erano utilizzate anche a riguardo di rapporti o situazioni giuridiche che, applicando le categorie attuali, potrebbero essere considerati di natura pubblicistica, avendo riguardo a beni del patrimonio degli enti dell'organizzazione istituzionale, ovvero a competenze delle autorità di governo, o ancora a *status* nelle relazioni gerarchiche<sup>54</sup>. La condizione della disponibilità del diritto oggetto della convenzione non ateneva tanto alla natura pubblica o privata della situazione giuridica, quanto alla *libera administratio* del soggetto agente, cioè alla sua competenza in ordine alla materia della pattuizione, con riguardo particolare al diritto di stabilire l'alienazione dei beni. Pertanto, anche su beni o diritti di natura pubblica si possono realizzare attività di conciliazione per raggiungere un accomodamento, ovvero accordi per definire una transazione o un compromesso arbitrale, purché gli atti che conducono a una modifica della situazione giuridica siano assunti da chi sia titolare del potere di produrre quel determinato effetto.

Tale impostazione, peraltro, non viene del tutto contraddetta dal codice piano benedettino, nonostante l'inciso del can. 1925, §

---

*sactionibus mutari non possunt*» (*Praelectiones*, I, 1, cit., p. 34, n. 10); oppure, in merito all'arbitrato F.X. WERNZ: «*In arbitros compromitti potest de omnibus rebus, de quibus id nullo iure reperitur prohibitum, et generatim omnes causae, quae spectant ad ius publicum et in se arduae sunt et magni praeiudicii, ut maiores exigant iudices et publicam auctoritatem, arbitris subiici nequeunt*» (*Ius decretalium*, V, 1, cit., p. 53, n. 59).

<sup>53</sup> A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, cit., col. 878; A. JULLIEN, *Compromissum in arbitros iuxta Codicem Iuris Canonici*, cit., pp. 216 e 549; M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, cit., p. 116, n. 3 e pp. 122-123, n. 4; F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, VI, 2, Apud aedes Universitatis Gregoriana, Romae, 1949<sup>2</sup>, p. 631.

<sup>54</sup> Si vedano le fattispecie illustrate nei capitoli precedenti, in particolare cap. III, § 4 e cap. IV, § 5.

1. Infatti, negli altri canoni che regolano sia la transazione, sia (*per relationem*) il compromesso arbitrale, la questione dei limiti al potere di disporre nelle composizioni pacifiche viene regolata secondo il metodo casistico, recependo le fattispecie già elaborate dal diritto delle decretali<sup>55</sup>. Così, nell'elenco delle cause sottratte alla transazione sono ricomprese anche le controversie attinenti al titolo dei benefici, ma, in conformità alla tradizione classica, il divieto di transigere non è espresso in forma assoluta, bensì in forma condizionata, ossia «*nisi legitima accedat auctoritas*». Risulta quindi ammessa la possibilità di transigere sulla concessione dei benefici, una posizione giuridica certamente di rilevanza pubblica, se la pattuizione sia conclusa, o quanto meno approvata, dall'autorità ecclesiastica competente a conferire l'istituzione canonica del titolo<sup>56</sup>. Come si nota, non si sottrae alla transazione la materia in sé del titolo beneficiale, ma si prescrive solo che la concessione sia disposta da chi ne abbia il potere.

Esaminando poi gli altri casi che il can. 1927, § 1 considera ostativi alla transazione sulla base della dottrina classica, si può rilevare come si tratti di fattispecie tra loro eterogenee e sebbene possano essere accomunate sotto il profilo dell'impossibilità di essere sottoposte a transazione, in realtà il motivo che giustifica il divieto risulta

<sup>55</sup> Can. 1927, § 1 per la transazione, richiamato dal can. 1930 per il compromesso arbitrale.

<sup>56</sup> Sulla scorta della tradizione classica, la dottrina ammette pacificamente le composizioni nelle *causae beneficiales*, anche quelle che coinvolgono la concessione del titolo con l'intervento dell'autorità competente: «*Causae beneficiales, quae concernunt ipsam tituli collationem, nisi accedat auctoritas superioris competentis aut in ipsum Ordinarium tamquam in arbitrum compromittetur, ne quis sine canonica institutione beneficium ecclesiasticum consequatur ...; de aliis vero causis beneficiariis velut de electione vel de lite orta ex iure praesentandi compromissum in arbitros non est interdictum*» (F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, 2, cit., p. 652, n. 681). Egualmente viene ammessa la transazione: «*Beneficia ecclesiastica quod spectat, si agatur de ipso tituli beneficii seu ut quis recipiatur ad munus publicum, transactio, inita privata auctoritate, non valet, ... nam beneficia, officia ecclesiastica nequeunt obtineri valide sine provisione canonica. Alia iura vero quae cohaerent beneficiato eiusque dispositioni tribuuntur, possunt deduci in pacta et transactionem a beneficiato, iuxta explicata superius, et generales iuris regulas*» (M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, 1, cit., p. 127, n. 8).

diverso per ciascuna di esse<sup>57</sup>. In particolare, per le cause *de matrimonio dissolvendo* la ragione della proibizione risiede nella intoccabilità della proprietà dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, ma con questo non si esclude la possibilità di addivenire a una conciliazione nelle contese tra i coniugi, purché non si pretenda di apportare alcuna deroga ai principi di diritto divino<sup>58</sup>. Riguardo alle cause criminali, invece, l'impedimento è da ricondurre alla necessità di provvedere alla salute spirituale di chi, avendo commesso un crimine, si trova a perseverare in una condizione di peccato, ma anche in questo caso, non viene preclusa qualsiasi possibilità di giungere a una concordia tra l'offeso e l'offensore, cui segua la remissione della pena, se il riavvicinamento sia mosso da spirito di carità e di benevolenza e se si accompagna al sincero pentimento del colpevole<sup>59</sup>. Infine, per quanto concerne la composizione *de rebus spiritualibus*, la transazione non è impedita del tutto, ma si richiede soltanto, per evitare di incorrere in una forma di simonia, che il negozio sia gratuito o si prometta lo scambio tra *res spirituales* e non tra una *res spiritualis* e una *res temporalis*.

Seguendo quindi la tradizione, implicitamente conservata dal codice piano benedettino, non si può indicare una *ratio generalis* unitaria a fondamento dei casi in cui non sia possibile ricorrere ad

---

<sup>57</sup> Sull'origine di queste proibizioni si rinvia a quanto detto *supra* nell'analisi dell'evoluzione storica (cap. III, § 4 e cap. IV, § 5).

<sup>58</sup> La dottrina è concorde nell'escludere la possibilità di composizioni private nelle cause *de validitate vel nullitate matrimonii*; egualmente è concorde nel ritenere invece ammissibili transazioni e arbitrati nelle cause riguardanti gli *sponsalia de futuro*, ovvero i diritti e i doveri conseguenti alla separazione dei coniugi (sulla dote, sui *bona patrimonii communia*, sugli alimenti, ecc.). Non sussiste per contro unanimità di opinioni circa la possibilità di disporre consensualmente in merito alle cause *de separatione a thoro et cohabitatione* (A. JULLIEN, *Compromissum in arbitros iuxta Codicem Iuris Canonici*, cit., p. 548; M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, 1, cit., p. 126, n. 8; F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, 2, cit., p. 635, n. 668 e p. 652, n. 681).

<sup>59</sup> Risulta ormai dottrina consolidata la possibilità di stipulare transazioni o arbitrati nelle cause criminali «*si de crimine civiliter agatur ad compensationem partis laesae obtinendam*» (F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, 2, cit., p. 652, n. 681).

accomodamenti consensuali, né tanto meno si può riscontrare una ragione giustificativa nella natura pubblica del bene oggetto di patuizione.

Nondimeno, come si è visto, in dottrina è giunto progressivamente ad affermarsi l'orientamento che estrapola da questa casistica la regola generale diretta a escludere dall'uso di questi strumenti le cause relative al *bonum publicum* e a consentirne l'applicazione solamente alle cause relative al *bonum privatum*<sup>60</sup>. Tale indirizzo ermeneutico è stato accolto dagli estensori del codice e richiamato, sebbene in forma indiretta, nel can. 1925, § 1 con una disposizione che appare anomala, non solo per la contraddizione con la disciplina classica e con gli altri canoni del codice, ma anche per le modalità di stesura. Invero, nei primi *schemata* non si trova indicata la limitazione alle controversie relative al *bonum privatum*, né nel canone che prevede l'opera di conciliazione del giudice, né nei canoni che trattano delle materie sulle quali si può transigere o concludere un compromesso<sup>61</sup>. Un accenno indiretto si può riscontrare solo nel canone che riguarda l'efficacia della transazione e che ne definisce l'oggetto come «*iuris privati controversia*»<sup>62</sup>. Peraltro, questo

<sup>60</sup> In forza di un tale supposto principio generale, la dottrina ritiene che la lista contenuta nel can. 1927, non sia un elenco esaustivo ma possa essere estesa anche ad altri diritti o posizioni di cui si predichi la natura pubblicistica: gli esempi di ulteriori cause sottratte agli accordi transattivi che vengono indicati in dottrina riguardano le cause *de statu personarum*, come quelle che nascono dalla professione religiosa o dall'ordine sacro (P. BELLINI, *Transazione*, cit., pp. 2-3; A. JULLIEN, *Compromissum in arbitros iuxta Codicem Iuris Canonici*, cit., p. 549).

<sup>61</sup> Nello *schema* unitario del 1909 il potere di disporre tramite la transazione viene regolato nel can. 3 [113] che sancisce prima un principio generale analogo a quello che si ritrova nelle trattazioni dottrinali di epoca classica («*Transigere tantum licet de rebus super quibus potest quis pacta inire*»: § 1) e poi ricorda l'elenco delle cause non transigibili recepito dalla tradizione (§ 2). Per quanto concerne l'arbitrato, nel can. 10 [120] si richiama l'applicazione dei canoni disposti per la transazione (*Il Libro "De Processibus"*, cit., pp. 775-776).

<sup>62</sup> «*In quacumque iuris privati controversia, licet iudicialiter definita, licet transigere et concordiam inire, si contra sententiam aliquod adhuc supersit remedium, vel extraordinarium, ceu restitutionis in integrum*» (can. 4 [114]) (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 775). La disposizione viene tratta dal *votum* di G. Noval del 1908 (*ivi*, p. 571).

canone scompare a seguito della drastica riduzione della disciplina nello *schema* del 1914 e nel testo così rielaborato non risulta più alcuna menzione della restrizione generale al *bonum privatum*<sup>63</sup>. Pertanto, l'inciso contenuto nel can. 1925, § 1 della stesura finale del codice sembra essere un'aggiunta che è stata inserita nell'ultima fase dei lavori, pur se distonica rispetto all'impostazione tramandata dalla disciplina classica.

Ciononostante, l'accoglimento nel codice di questa nuova interpretazione ha determinato un cambio di prospettiva nel modo di intendere gli istituti di composizione pacifica delle controversie e nel valore loro riconosciuto in seno all'ordinamento ecclesiale. Infatti, tanto la transazione quanto il compromesso arbitrale sono qualificati come delle convenzioni o pattuizioni<sup>64</sup> stipulate liberamente dalle parti in ordine a situazioni giuridiche che sono lasciate al loro potere di autonomia privata e che quindi possono decidere di esercitare come vogliono: tramite rinuncia, o cessione, ovvero con la prosecuzione della lite. Questa accentuazione privatistica viene a distorcere la comprensione del principio di riconciliazione nella Chiesa, nella misura in cui non è più inteso come un precetto necessario in tutte le relazioni all'interno della comunità, sia interpersonali sia istituzionali, ma risulta trattato alla stregua di una mera facoltà rimessa alla valutazione discrezionale dei singoli e solo nelle materie soggette alla disponibilità privata. Vengono meno, pertanto, tanto la portata estensiva, quanto la dimensione obbligatoria del principio che erano state connotazioni peculiari della sua attuazione nel diritto canonico fin dalla sua origine.

---

<sup>63</sup> Nessuna limitazione viene ricordata nel can. 6, § 1 relativo alla conciliazione giudiziale («*Cum valde optandum sit ut lites inter fideles evitentur, iudex, controversia sibi proposita iudicii forma dirimenda, curabit litem per transactionem componere, si spes aliqua affulgeat concordiae*»), mentre nel can. 8, § 1 sul potere di disporre in entrambe le pattuizioni si ricorre all'usuale metodo casistico, senza richiamare alcun criterio generale di restrizione.

<sup>64</sup> La transazione viene indicata come il negozio che produce come effetto la *compositio* o *concordia* (can. 1928, § 1), mentre del compromesso arbitrale si dice espressamente che è una *conventio* (can. 1929).

#### 4. L'attenuazione del carattere doveroso

La riduzione all'ambito dell'autonomia privata ha condotto anche all'attenuazione del carattere doveroso dell'attuazione del principio di riconciliazione. È significativo annotare, sotto questo profilo, come da un lato non risulti alcuna prescrizione di obbligatorietà nell'uso degli strumenti di composizione pacifica e, dall'altro, siano state omesse le varie forme di imposizione alle parti di un metodo di riconciliazione che erano state elaborate nel corso della storia sulla base dei passi della Sacra Scrittura.

In particolare, non risulta più menzionato il dovere di tutti i fedeli di astenersi dal litigare e di sanare pacificamente i conflitti, come risulta invece statuito in termini perentori nelle fonti più antiche. Invero, nel can. 1925, § 1, norma introduttiva sia del titolo XVIII sia del capitolo sulla transazione, si trova solo una blanda esortazione a evitare le liti, espressa anche in forma impersonale, come premessa alla successiva enunciazione del compito del giudice di tentare la conciliazione tra le parti<sup>65</sup>. In forma più precettiva viene sancito l'*officium* del giudice di adoperarsi per convincere le parti «*ut ... per transactionem ... lis componatur*», ma l'attuazione di questo impegno resta imprecisa, tanto riguardo al carattere vincolante, quanto riguardo alla procedura da seguire e agli effetti conseguiti.

In merito al primo aspetto, si osserva come la formulazione del canone nei §§ 1-2 rende l'adempimento dell'*officium* del tutto discrezionale e condizionato. Si prescrive infatti che il giudice, se ritiene che in una controversia di carattere privato sottoposta al suo giudizio si possa delineare la speranza di una composizione pacifica, deve esortare le parti a cercare di risolverla con una transazione<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Sulla originaria formulazione del canone negli *schemata* del 1909 e sulla successiva eliminazione del riferimento al precetto apostolico, si vedano le precisazioni svolte *supra* nella nota 42.

<sup>66</sup> «*Cum valde optandum sit ut lites inter fideles evitentur, iudex exhortationes adhibeat, ut cum aliqua contentiosa controversia quae privatum eorum bonum respiciat, ei proponitur iudicii forma dirimenda, per transactionem, si qua concordiae spes affulgeat, lis componatur*» (can. 1925, § 1).

Come si nota, il giudice non ha un obbligo assoluto di cercare in via preliminare di comporre pacificamente la lite, ma solo se a giudizio introdotto e nel corso del processo intraveda la possibilità di una risoluzione consensuale<sup>67</sup>. Nessuna conseguenza, peraltro, è stabilita né nei confronti del giudice che non svolga l'attività di conciliazione quando sia possibile, né nei confronti delle parti che si ostinino a rifiutare una qualsiasi composizione pacifica.

Per quanto attiene al secondo aspetto, inoltre, il canone non precisa quale sia la procedura da seguire, né quale efficacia abbia la concordia eventualmente raggiunta. Il § 3 si limita infatti a suggerire che l'attività di conciliazione non sia assunta direttamente dal giudice, ma venga affidata a un altro sacerdote<sup>68</sup>. Non sono state invece conservate nel testo finale le indicazioni ulteriori che erano previste nei precedenti *schemata*. In particolare, nello *schema* del 1909, oltre a prescrivere di assegnare il compito a un uditore, si precisava che questi dovesse convocare personalmente le parti e cercare di indurle a concludere una composizione «*de bono et aequo*»<sup>69</sup>. In un canone successivo, poi, erano indicate le due diverse modalità di for-

---

<sup>67</sup> Il can. 1925, § 2 afferma che il giudice può svolgere la funzione conciliativa fin dalle primissime fasi del giudizio (*antequam partes in iudicium vocentur*) e durante tutto il corso del processo, ma tale compito viene definito come una facoltà (*poterit*) non come un dovere necessario, a pena di invalidità degli atti successivi.

<sup>68</sup> «*Convenit tamen dignitati iudicantis ne ipse per se, regulariter saltem, hoc negotium suscipiat tractandum, sed ut illud alicui sacerdoti, praesertim ex iudicibus synodalibus, committat*» (can. 1925, § 3). Come si nota, si tratta di una prescrizione di opportunità, non di una regola imposta in modo vincolante, diversamente da quanto stabilito nello *schema* del 1909: «*Debet tamen, saltem generatim, compositionis negotium non ipse suscipere tractandum, sed committere alicui Auditori ...*» (can. 1 [111], § 3) (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 775). La modifica è stata disposta a seguito del dibattito avvenuto nel congresso dei cardinali del 4 aprile 1910, quantunque si fosse obiettato che lo svolgimento delle trattative per la conciliazione potrebbe successivamente rendere sospetta la funzione giudicante del giudice (*ivi*, p. 1223).

<sup>69</sup> «*... committere alicui Auditori, qui partes personaliter, si fieri possit, convocet, et de bono et aequo ad transigendum et ad compositionem ineundam inducat*» (can. 1 [111]) (*Il Libro "De Processibus"*, cit., p. 775). La precisazione si ritrova ancora, pur se modificata nella formulazione, nello *schema* del 1914: «*Convenit tamen dignitati iudicantis ne ipse per se, de regula saltem, hoc negotium suscipiat tractandum, sed ut illud alicui sacerdoti, praesertim ex iudicibus synodalibus, committat, qui ex*

malizzazione della concordia: «*Concordia interventu iudicis inita, et ab eo sancita, vim sententiae iudicialis et paratam executionem habet; ... Quae sine interventu iudicis inita est, pollet tantum vi pacti*»<sup>70</sup>. Sulla base di queste disposizioni vengono ad essere regolate le due modalità di conclusione della composizione pacifica della lite: l'una giudiziale e l'altra stragiudiziale. Quella stragiudiziale è rimessa interamente all'attività spontanea delle parti e si conclude con un accordo (transazione o altro tipo di negozio) fondato esclusivamente sul loro consenso e con il valore di pattuizione privata. Quella giudiziale, invece, si realizza su impulso del giudice e con la mediazione in via equitativa dello stesso giudice o di un suo delegato, ma per il suo perfezionamento si richiede comunque l'assenso delle parti e la recezione della concordia in un provvedimento del giudice che assume il valore della sentenza.

Con la rimozione della gran parte della disciplina della transazione, anche queste norme sono state eliminate dal testo finale del codice, con il risultato che la conciliazione stragiudiziale risulta confusa con la transazione, mentre la conciliazione giudiziale resta imprecisa e incompleta. È singolare osservare come tra le fonti del can. 1925, § 2 sia indicato il § 38 delle *Regulae servandae in iudicis apud S. Romanae Rotae* del 4 agosto 1910<sup>71</sup>, nel quale viene definita una procedura da seguire per attuare la conciliazione delle parti in sede giudiziale. L'*iter* è sostanzialmente simile a quello previ-

---

*bono et aequo transactionem suasurus ipsas partium personas, si fieri possit, convocabit*» (can. 6, § 3).

<sup>70</sup> Can. 8 [118]. La norma era inserita nel capitolo *De transactione et concordia* e regolava gli effetti della raggiunta concordia. Il testo completo era diviso in tre paragrafi: «§1. *Effectus transactionis ad exitum feliciter perductae dicitur compositio seu concordia.* § 2. *Concordia interventu iudicis inita, et ab eo sancita, vim sententiae iudicialis et paratam executionem habet; nec potest nisi ex capite erroris, vis et metus, aut doli impugnari.* § 3. *Quae sine interventu iudicis inita est, pollet tantum vi pacti*» (*Il Libro "De Processibus"*, cit., pp. 775-776). La disposizione non si ritrova più nello *schema* del 1914, essendo stata stralciata insieme con tutti i canoni che disciplinavano la transazione.

<sup>71</sup> *Codex iuris canonici, Praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab Em.mo Petro Card. Gasparri auctus*, Typis polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1948, p. 537.

sto nello *schema* del 1909: il ponente, se intravede la speranza di un buon esito, deve favorire il raggiungimento della concordia tra le parti, ma la proposta di accomodamento deve comunque essere approvata con decreto dal turno giudicante, sia se sia stata concordata tra le parti, sia se, non essendosi raggiunto un accordo, sia stata proposta dallo stesso collegio<sup>72</sup>. Risulta dunque *a fortiori* inspiegabile perché, nonostante esistesse già una procedura di conciliazione giudiziale normativamente regolata per il tribunale apostolico, il legislatore non abbia ritenuto necessario inserirla nel testo normativo universale per renderla obbligatoria per tutti i tribunali ecclesiastici.

Oltre all'attenuazione del carattere doveroso del tentativo di raggiungere un accomodamento equitativo nelle fasi preliminari o nel corso del giudizio, un altro profilo di affievolimento della forza vincolante del principio di conciliazione si riscontra nella scomparsa dal codice di ogni forma di ingiunzione obbligatoria di una soluzione pacificatrice, cui invece si ricorreva usualmente in epoca classica. È curioso notare come, nonostante le fonti del primo paragrafo del can. 1925 siano proprio le decretali che prevedevano la competenza del giudice a imporre in via autoritativa la concordia tra le parti<sup>73</sup>, l'impostazione privatistica degli strumenti di soluzione delle controversie adottata dal codice abbia eliminato la possibilità della composizione *imperata* o *auctoritate iudicis*. Si è visto, infatti, come nel testo del can. 1925, § 1 il compito del giudice si limita a invitare i contendenti a mettersi d'accordo e un'eventuale proposta di com-

---

<sup>72</sup> «1. Si ex actis instantiae iudicialis praevis, et praecipue ex discussione, quam partes habuerunt ad concordanda dubia, Ponens perspiciat, nec difficile nec infructuosum esse concordiam experiri inter partes, hanc debet eisdem consulere, viam sternens ad concordiam. Haec autem unice decerni potest a turno cui res a Ponente remittetur. 2. Si turnus proponat concordiam, aut propositam acceptet, fit decretum: «Placere de concordia et ad D. Ponentem iuxta mentem». Mens autem significat Ponenti conditiones servandas in concordia ineunda, eademque, nisi turnus has secretas manere decernat, debent partibus interesse habentibus manifestari» (§ 38, *Regulae servandae in iudiciis apud S. Romanae Rotae* del 4 agosto 1910).

<sup>73</sup> Decretale *Ex parte*, in X, II, 36, c. 11; decretale *Ex litteris*, in X, II, 4, c. 1 (*Codex iuris canonici, Praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab Em.mo Petro Card. Gasparri auctus*, cit., p. 537).

posizione amichevole prospettata dal giudice deve essere comunque accettata dalle parti, non può essere intimata coercitivamente. Così, l'unico modo con cui può essere perfezionata la conciliazione, anche in sede giudiziale, è «*per transactionem*», ossia con una pattuizione fondata sul consenso libero delle parti<sup>74</sup>.

Anche in merito al *compromissum in arbitros* si può riscontrare un'analoga impostazione privatistica. In proposito, anzi, il codice fornisce una definizione dell'istituto qualificandolo come una *conventio*, ossia una pattuizione conclusa in accordo tra le parti<sup>75</sup> e all'autonomia delle stesse lascia la facoltà di scegliere il numero degli arbitri (uno o più)<sup>76</sup> e i criteri cui devono attenersi per decidere la controversia, se applicare le norme di diritto o comporre la contesa *ex bono et aequo*. Facendo riferimento alle concettualizzazioni elaborate dalla dottrina, il codice denomina i primi *arbitri*, i secondi *arbitratores*<sup>77</sup>, ma in realtà in tali definizioni si riscontrano una certa ambiguità e confusione di ruoli. Invero, nell'elaborazione classica le funzioni degli *arbitri* e degli *arbitratores* erano distinte non tanto per l'estensione delle competenze, dal momento che per entrambi erano le parti a stabilirle nel compromesso, quanto piuttosto per la natura della procedura da seguire e per l'efficacia del pronunciamento: in forma simile al giudizio gli uni, per via negoziale gli altri<sup>78</sup>. L'unificazione delle due figure in un'unica nozione di arbitra-

<sup>74</sup> Can. 1925, § 1. Si veda anche il can. 1928, § 1 che definisce la *compositio seu concordia* come l'esito positivo della transazione: «*Effectus transactionis ad exitum feliciter perductae dicitur compositio seu concordia*».

<sup>75</sup> «*Ad evitanda iudicialia contentiones, partes possunt quoque inire conventionem, qua controversia committatur iudicio unius vel plurium qui ad normam iuris quaestionem dirimant, vel de bono et aequo negotium pertractent et transigant; illi arbitri, isti arbitratores proprio nomine appellantur*» (can. 1929).

<sup>76</sup> Sono conservate alcune delle proibizioni recepite dalla tradizione in ordine all'assunzione delle funzioni di arbitri, a riguardo dei laici nelle cause ecclesiastiche; degli scomunicati e degli infami; dei religiosi senza la licenza del superiore (can. 1931).

<sup>77</sup> Can. 1929.

<sup>78</sup> Tanto è vero che gli *arbitratores* erano assimilati agli *amicabiles compositores*: «*Hinc arbitrator non est iudex controversiae, sed potius vir probus et peritus qui, exorto aliquo dubio, vel in executione contractus vel in aestimatione rei, interrogatus suam*

to conduce in definitiva ad accentuare l'impostazione privatistica dell'istituto, in quanto, da un lato, si viene ad ampliare le possibilità di scelta delle parti circa la tipologia di decisione deferita agli arbitri; dall'altro, si fa dipendere interamente dall'accordo tra le parti non solo i poteri loro conferiti, ma anche la disciplina da applicare.

Per contro, non risultano più contemplati gli *arbitri iuris seu necessarii*, quali decisori imposti forzosamente alle parti, con poteri analoghi a quelli dei giudici. Invero, nelle fattispecie in cui il diritto delle decretali aveva previsto il ricorso alla scelta obbligatoria degli arbitri per decidere casi di sospetto o di conflitto d'interessi, la legislazione piano benedettina ha preferito utilizzare altri criteri per individuare, nel quadro dell'apparato organizzativo dei giudici ordinari, un giudice imparziale cui deferire la cognizione della questione<sup>79</sup>.

In conclusione, si evidenzia come l'opera di sistemazione organica compiuta dai redattori del codice abbia condotto a rivedere l'impostazione degli istituti attuativi del principio di conciliazione secondo alcune linee di tendenza che risulteranno avere incidenza sull'evoluzione successiva. Anzitutto, la selezione, tra le diverse forme di ricerca della concordia sorte nel corso della tradizione canonistica, delle due modalità pattizie della transazione e del compromesso arbitrale. In secondo luogo, l'accentuazione della dimensione privatistica dei due istituti, riconoscendo solo le forme di attuazione volontaria e nelle materie rimesse alla disponibilità dei privati. Infine, la piena facoltatività del perseguimento della via della conciliazione, con l'eliminazione delle forme obbligatorie e di qualsiasi sanzione nei confronti di chi non sia disponibile a promuovere la concordia.

---

*promit sententiam ad rectam practicae difficultatis solutionem*» (M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, 1, cit., p. 135, n. 7). Sulle differenze tra *arbiter* e *arbitrator* secondo la dottrina delle decretali si veda *supra*, cap. IV, § 3.

<sup>79</sup> In tal senso provvedono il can. 1572, § 2 per il conflitto di interessi e i cann. 1614-1617 per la revocazione.

## 5. Gli sviluppi nella legislazione giovanneo paolina

Il codice latino del 1983 sviluppa e potenzia le linee di cambiamento apportate dalla normativa piano benedettina alla disciplina classica della transazione e del compromesso arbitrale, dirette ad accentuare la dimensione privatistica. Invece, per quanto concerne la conciliazione giudiziale, la nuova normativa recupera in parte l'afflato ideale del principio di riconciliazione.

Nell'esaminare i canoni del titolo XVIII del libro IV del codice del 1917 il *coetus De Processibus* incaricato della revisione della normativa affronta alcune questioni preliminari circa il modo di trattare la materia nella nuova legislazione e le scelte fatte possono essere considerate sintomatiche della concezione relativa ai metodi di composizione delle controversie che sta alla base dell'attuale codice.

Il primo interrogativo posto al gruppo di lavoro riguarda la collocazione sistematica del titolo, se conservarlo nella parte sui processi speciali o se trasferirlo nella prima parte dedicata ai giudizi in generale<sup>80</sup>, come in effetti era previsto nel *motu proprio Sollicitudinem nostram* che conteneva le norme *de iudiciis pro Ecclesia Orientali*<sup>81</sup>. In proposito, il relatore incaricato propone di dare una disposizione distinta ai diversi strumenti di composizione pacifica, argomentando principalmente sulla base del rinvio al modello della legislazione civile.

Così, in merito all'arbitrato, si sottolinea, da un lato, come i codici di procedura civile degli ordinamenti statali regolino l'istituto della decisione arbitrale alla stregua di un vero giudizio, benché spe-

---

<sup>80</sup> Sessio VII, *adunatio* 9 maggio 1969, in *Communicationes*, 39, 2007, pp. 156-157.

<sup>81</sup> Pio XII, m.p. *Sollicitudinem nostram*, 6 gennaio 1950. Il *caput* IV *De modis evitandi iudicia* era collocato dopo il *caput* III (*De variis tribunalium gradibus et speciebus*) e prima del *caput* V (*De disciplina in tribunalibus servanda*). Era diviso in due articoli: il primo (*De transactione*) richiamava sostanzialmente i cann. 1925-1928 del CIC 17 (cann. 94-97); il secondo invece (*De compromisso in arbitros*) introduceva una normativa puntuale e particolareggiata a riguardo sia della stipulazione del compromesso, sia della procedura da seguire per formare il giudizio arbitrale, sia dei mezzi di impugnazione della decisione (cann. 98-122).

ziale, e lo pongano pertanto tra le procedure speciali; dall'altro, si osserva come appaia incongruo nella normativa orientale l'aver inserito la disciplina puntuale di una procedura speciale, prima di avere definito in forma generale i diversi elementi del giudizio. Per questo, il relatore ritiene che i canoni sul compromesso arbitrale debbano restare nella parte sui processi speciali.

Diversamente, per quanto concerne la transazione, si rileva come nei codici civili questo istituto sia inserito tra i contratti e alla stregua di tale modello si suggerisce che nella nuova normativa la disciplina di questo accordo sia trasferita nell'ambito del libro *De rebus*. La diversa sistemazione risulterebbe del resto giustificata anche alla luce della previsione del can. 1927, § 2 del codice piano benedettino, per la quale la transazione riguarda principalmente la gestione dei beni ecclesiastici.

Per contro, il relatore propone di introdurre un ulteriore canone all'inizio della parte *de iudiciis*, nel quale «*simul cum exhortatione vitandi lites*» si richiamino la transazione e il compromesso arbitrale come mezzi per comporre le controversie<sup>82</sup>. Approvando questa sistemazione, il *coetus* procede in una seduta successiva<sup>83</sup> a formulare una nuova norma da inserire nella parte prima sui giudizi in generale, che riprende l'esortazione a evitare le liti contenuta nel can. 1925, § 1 del codice del 1917. Nel prevedere il compito del giudice di invitare le parti a comporre pacificamente la controversia indica anche i mezzi in cui può avvenire tale composizione, ossia la transazione e il compromesso arbitrale<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> *Communicationes*, 39, 2007, pp. 157 e 295.

<sup>83</sup> *Sessio VIII, adunatio II*, 21 ottobre 1969, in *Communicationes*, 39, 2007, p. 296.

<sup>84</sup> Can. 1607 bis (*Communicationes*, 39, 2007, p. 312). Nello *schema* del 1976 la norma diviene il canone introduttivo del *caput I (De officio iudicum et tribunalis ministrorum)* del titolo III (*De disciplina in tribunalibus servanda*): «*Cum valde optandum sit ut lites in populo Dei evitentur, aut pacifice quamprimum componantur, proposita aliqua controversia quae privatum bonum respiciat, iudex in limine litis, aut quolibet alio processus stadio ante sententiam definitivam, partes hortetur, ut per transactionem vel compromissum in arbitros finis litis habeatur*» (can. 46) (*ivi*, 41, 2009, p. 365).

In quello che era il titolo XVIII *De modis evitandi iudicium contentiosum*, essendo stata estrapolata la transazione<sup>85</sup>, la trattazione resta dedicata al solo compromesso arbitrale (*De compromisso in arbitros*)<sup>86</sup>, ma i consultori si pongono l'ulteriore interrogativo «*de mensura tribuenda instituto*»<sup>87</sup>. L'alternativa si pone tra la scelta di rimettere in tutto o in parte la disciplina dell'istituto al diritto civile, come era previsto nel codice piano benedettino, e la scelta, invece, di regolare interamente la materia, secondo il modello del codice orientale. Avendo rilevato il carattere eccessivamente minuzioso e complicato della normativa orientale e l'opportunità, per contro, che siano applicate norme conformi alle leggi del luogo, il *coetus* approva la proposta del relatore di rimettere la regolamentazione «*sive substantialis, sive proceduralis ad ius particulare (si habeatur), alioquin ad ius civile vigens in loco, et simul statuuntur exceptiones quas ius canonicum exigit quoad causas excludendas ab arbitrato, quoad personas arbitratorum et quoad structuram iudicariam canonicam*»<sup>88</sup>. Di fatto, peraltro, nella nuova formulazione della norma che viene a sostituire il can. 1929 e in parte il can. 1930 del codice del 1917 sono indicate, come fonti regolatrici, le norme stabilite dalle leggi civili del luogo<sup>89</sup>, ma nello *schema* del 1976 il testo risulta parzial-

<sup>85</sup> La scelta sistematica viene ribadita nuovamente con la medesima motivazione: «*Rev. mus Relator ... respondit transactionem non esse nisi contractum qui nullum exigit tramitem processualem et ideo poni posse in parte "de bono ecclesiae temporalibus", sub tit. "de contractibus"*» (*Communicationes*, 39, 2007, p. 296).

<sup>86</sup> Nello *schema* del 1976 i canoni sul compromesso arbitrale sono raccolti nella *sectio III* della parte III *De iudiciis specialibus*, ossia al fondo.

<sup>87</sup> *Sessio VIII, adunatio III*, 21 ottobre 1969, in *Communicationes*, 39, 2007, p. 297.

<sup>88</sup> *Communicationes*, 39, 2007, p. 298.

<sup>89</sup> «*§ 1. Ad evitandas iudiciales contentiones, partes possunt inire conventionem, qua controversia committatur iudicio unius vel plurium qui quaestionem dirimant ad normam iuris. § 2. In compromisso in arbitros servantur normae statutae a legibus civilibus loci ubi conventio inicitur (fit), nisi iuri divino adversentur vel ius canonicum aliud statuatur, et salvis praescriptis canonum qui sequuntur*» (can. 1) (*Communicationes*, 39, 2007, p. 312).

mente modificato con l'indicazione delle «*normae legis civilis a partibus selectae*»<sup>90</sup>.

Un altro punto oggetto di discussione che viene a modificare la legislazione precedente concerne la distinzione tra *arbitri* e *arbitratores*. Lo *schema* inizialmente redatto dal relatore, infatti, limita la possibilità di pattuire un compromesso solo per gli arbitri «*qui quaestionem dirimant ad normam iuris*», venendo quindi a espungere dal can. 1929 del codice del 1917 il *compromissum in arbitratores*<sup>91</sup>. Al fondo di questa proposta si intravede la dottrina che equipara la decisione dell'arbitro a una specie di giudizio, per cui gli *arbitratores*, che «*de bono et aequo negotium pertractant et transigunt*», sono considerati «*veluti amicabile compositores, non iudices controversiae*»<sup>92</sup>. Il *coetus* approva l'omissione della menzione degli *arbitratores* nella nuova formulazione del canone, ma non ritiene di lasciare la locuzione «*ad normam iuris*» per definire il ruolo degli arbitri, in quanto si obietta che le legislazioni civili, alle quali si può demandare la regolamentazione dell'arbitrato, possano prevedere che gli arbitri dirimano la questione «*ad normam iuris vel de bono et aequo*»<sup>93</sup>. Pertanto, sebbene sia espunta la figura degli *arbitratores*, non si esclude la possibilità di deferire agli arbitri un giudizio equitativo.

Quanto alle *causae quae compromissum non patiantur* viene sottoposto all'esame del *coetus* un elenco di controversie che riporta in forma più estensiva e generalizzata le ipotesi del can. 1927 del codice piano benedettino. Mentre sono approvate le proibizioni relative alle cause criminali «*nisi agatur de actione civili ad reparanda*

---

<sup>90</sup> *Communicationes*, 41, 2009, p. 438.

<sup>91</sup> *Communicationes*, 39, 2007, p. 298.

<sup>92</sup> Nel delineare la figura degli *arbitratores* viene seguita la tesi di M. LEGA (si veda la citazione fatta *supra* nella nota 78): «*potius sunt viri probati et periti qui, exorto aliquo dubio, vel in executione contractus vel in aestimatione rei, interrogati suam promunt sententiam ad rectam practicae difficultatis solutionem*» (*Communicationes*, 39, 2007, p. 298).

<sup>93</sup> *Communicationes*, 39, 2007, p. 298.

*damna ex delicto orta*» e a quelle *de statu personarum*<sup>94</sup>, invece per le altre due previsioni *de re beneficiaria* e *de rebus spiritualibus* si ritiene di dover attendere le norme sostanziali redatte dagli altri gruppi di lavoro. Nella revisione successiva dello *schema* del 1976, tuttavia, scompare questa indicazione casistica e si preferisce una formulazione più sintetica, espressa con categorie generali che richiamano la nozione di cause attinenti al bene pubblico già indicata come regola generale dalla dottrina<sup>95</sup>.

Con la rielaborazione dello *schema* del 1976 le norme sopra esaminate vengono ad assumere la fisionomia che manterranno nella stesura finale del codice vigente.

Degna di nota è soprattutto l'estensione che giunge ad acquisire il canone che richiama l'esortazione a evitare le liti e che risulta articolato in più paragrafi<sup>96</sup>. Quantunque sia conservata la collocazione nel capitolo *De officio iudicis et tribunalis ministrorum*, nel § 1 la portata del monito alla conciliazione viene ampliata e configura-

<sup>94</sup> Mentre il can. 1927 CIC17 indicava solo le cause *de matrimonio dissolvendo*, la Commissione, seguendo l'orientamento generalizzante della dottrina, estende la previsione a tutte le cause *de statu personarum*, giustificando così tale scelta: «*verum est quod per hanc formulam exceptio a compromisso in arbitros aliquatenus forsan dilatatur; sed iuvatur aequilibratae systematis canonici, ita ut causae quae eximuntur a re iudicata, eximuntur quoque ab arbitrato*» (*Communicationes*, 39, 2007, pp. 299-300). A tale argomentazione si può obiettare che la *ratio* alla base del non passaggio in giudicato delle cause *de statu personarum* si fonda su motivazioni ben diverse da quelle che potrebbero giustificare una loro eventuale sottrazione all'arbitrato, per cui non sembra legittima un'estensione indiscriminata della proibizione, per mere ragioni sistematiche.

<sup>95</sup> *Schema* del 1976, can. 378: «*Praeter casus lege civili, de qua in can. 377, § 2, exclusos nequeunt in arbitros valide compromitti controversiae circa res vel ea iura, quae ad bonum publicum pertinent, aliaque, de quibus partes libere disponere nequeunt*» (*Communicationes*, 41, 2009, pp. 438-439). «*Circa materias excludendas a compromisso, proponitur formula magis ampla quam praesens, ita ut comprehendat quoque casus a selecta lege civili exclusos*» (*Praenotanda* allo *schema* del 1976, in *Communicationes*, 8, 1976, p. 198). La spiegazione desta molta perplessità, se si considera che la norma dovrebbe tutelare la specificità del diritto canonico, non i casi esclusi dal diritto secolare che risultano già rilevanti in forza del rinvio alle leggi civili.

<sup>96</sup> *Series altera, adunatio* 17 maggio 1978, in *Communicationes*, 10, 1978, pp. 248-249.

ta come un dovere generale di tutti i fedeli, e per primi dei vescovi, di impegnarsi per sanare pacificamente i conflitti. Inoltre, nel § 2 il compito specifico del giudice di esortare le parti a comporre la controversia viene esteso a ogni tipo di controversia, non solo a quelle di diritto privato, e il giudice può proporre alle parti ogni via che ritenga idonea a raggiungere un'equa soluzione, inclusa la mediazione di persone autorevoli. Nel § 3, infine, si conserva il richiamo alla possibilità di ricorrere alla transazione e al compromesso arbitrale nelle cause di bene privato<sup>97</sup>.

Era stato proposto pure un § 4 che prevedeva la possibilità di istituire in ogni diocesi un ufficio o un consiglio competente a svolgere funzioni di conciliazione, da parte della conferenza episcopale o dei singoli vescovi<sup>98</sup>. La norma ricalcava la formulazione analoga prevista nello *Schema de procedura administrativa*<sup>99</sup>, ma viene successivamente eliminata, in quanto la Commissione decide di rimetterla all'ambito delle controversie amministrative, senza che dai verbali emergano le ragioni a sostegno di un tale rinvio.

Nel rivedere le norme sul compromesso arbitrale, poi, si opta per capovolgere la scelta sulla collocazione della transazione e si preferisce reinserire questa tipologia di pattuizione in una sezione unitaria con il compromesso arbitrale, intitolata *De modis evitandi iu-*

---

<sup>97</sup> «§ 1. *Christifideles omnes, in primis autem Episcopi sedulo laborent ut, salva iustitia, lites in Populo Dei quantum fieri possit videntur vel pacifice quamprimum componantur. § 2. Iudex in limine litis, et etiam quolibet alio momento, quandocumque spem aliquam boni exitus perspicit, partes hortari et adiuvere ne omittat, ut de aequa controversiae solutione quaerenda communi consilio curent, viasque ad hoc propositum idoneas ipsis indicet, gravibus quoque hominibus ad mediationem forte adhibitis. § 3. Quod si circa privatum partium bonum lis versetur, dispiciat iudex num transactione vel arbitratorum iudicio finem habere utiliter possit» (Communicationes, 10, 1978, p. 249).*

<sup>98</sup> «§ 4. *Conferentia Episcopalis statuere potest ut in unaquaque dioecesi officium quoddam vel consilium stabiliter constituatur, cui, secundum normas ab ipsa Conferentia statuendas, munus sit aequas litium solutiones quaerere et suggerere; etiam autem si Conferentia id non iuserit, potest Episcopus eiusmodi officium seu consilium constituere» (Communicationes, 10, 1978, p. 249).*

<sup>99</sup> Si veda la più ampia esposizione svolta *infra*, cap. VII, § 2.4.

*dicia*<sup>100</sup>. Il testo dei canoni viene così riformulato per comprendere insieme i due istituti<sup>101</sup>. Si mantiene ferma la tecnica di rimettere alla legislazione del luogo la disciplina tanto del contratto quanto della procedura, ma si prevede un ordine di preferenza nella selezione delle norme da applicare: prima quelle scelte dalle parti, poi, se le parti non si sono espresse, quelle stabilite dalla conferenza episcopale, se ve ne siano, e solo come ultima possibilità le leggi civili vigenti nel luogo in cui la convenzione è stata stipulata<sup>102</sup>. Resta infine immutata nella sostanza, anche se semplificata nella forma, la disposizione che limita la possibilità di ricorrere alla transazione e al compromesso «*circa ea quae ad bonum publicum pertinent, aliaque de quibus libere disponere non possunt*»<sup>103</sup>.

#### 6. *Resistenze e potenzialità nella promozione del principio di riconciliazione nella normativa codiciale*

Come si evidenzia dalla sopraesposta analisi sulla formazione della normativa codiciale, la stesura dei nuovi canoni sui metodi di composizione pacifica delle controversie mostra due linee di sviluppo, tendenzialmente opposte. Da un lato, si prosegue l'orientamento iniziato con il codice precedente che porta a irrigidire e a restringere in schemi predefiniti le modalità di attuazione della concordia

---

<sup>100</sup> *Series Altera, Adunatio* 16 maggio 1979, in *Communicationes*, 11, 1979, pp. 283-285.

<sup>101</sup> «*Ad evitanda iudicialia contentiones transactio seu reconciliatio utiliter adhiberi potest aut controversia iudicio unius vel plurium arbitratorum committi*» (can. 377) (*Communicationes*, 11, 1979, p. 284).

<sup>102</sup> «*De transactione, de compromisso, deque iudicio arbitrarij serventur normae a partibus selectae, vel, si partes nullas elegerint, lex ab Episcoporum Conferentia lata, si quae sit, vel lex civilis vigens in loco ubi conventio initur*» (can. 377 bis) (*Communicationes*, 11, 1979, p. 284).

<sup>103</sup> *Communicationes*, 11, 1979, pp. 284-285. Dato che la norma riguarda anche la transazione, viene ripreso il § 2 del can. 1927 del codice del 1917 in merito al rispetto delle «*sollemnitates a iure statutae pro rerum ecclesiasticarum alienatione*» che era stato espunto quando il canone si riferiva al solo compromesso arbitrale (*Communicationes*, 39, 2007, p. 300).

tra le parti: o la conciliazione promossa dal giudice nell'ambito dei giudizi o, al di fuori del giudizio, le pattuizioni di natura privatistica nella forma della transazione o del compromesso arbitrale. Dall'altro lato, però, si intravedono elementi o spunti per impostare in modo più ampio e pregnante la rilevanza del principio di riconciliazione nell'ordinamento della Chiesa, benché restino ancora incerte le traduzioni sul piano giuridico, per l'assenza di un quadro organico e completo di regolamentazione della materia e per l'uso di una terminologia imprecisa e sostanzialmente ambigua.

Dal primo punto di vista, si osserva come la definizione della transazione e del compromesso arbitrale ricalchi sempre più chiaramente la struttura negoziale di natura privatistica delle convenzioni dirette a evitare o a far cessare le contese giudiziarie<sup>104</sup>, mentre la disciplina sia degli accordi sia del giudizio arbitrale rimanga appiattita sulla legislazione degli ordinamenti giuridici statali<sup>105</sup>. Il carattere privatistico risulta persino accentuato, non solo dai canoni che limitano l'uso di questi strumenti alle cause che riguardano beni privati di cui i soggetti abbiano la libera disposizione<sup>106</sup>, ma anche dalla norma che rimette la scelta delle norme da applicare all'autonomia privata delle stesse parti<sup>107</sup>.

Occorre anche segnalare la restrizione degli strumenti di composizione pacifica previsti dalla legislazione universale. In una sorta di progressione continua rispetto alla normativa precedente, il codice latino attuale ha ulteriormente contratto le forme convenzionali

---

<sup>104</sup> Il titolo III che comprende la transazione e il compromesso arbitrale, intitolato *De modis evitandi iudicia* (cann. 1713-1716), è posto ancora più al fondo nella parte III sui processi speciali: in effetti è l'ultimo. Si nota, tuttavia, come a differenza del codice piano benedettino che restringeva l'argomento del titolo ai modi di evitare il giudizio contenzioso, il codice attuale lo estende ai modi di evitare i giudizi: sembra quindi ammettere che possano riguardare anche cause diverse dai giudizi contenziosi.

<sup>105</sup> L'alternativa delle norme particolari elaborate dalle conferenze episcopali è scarsamente praticabile, dato che quasi nessuna ha dato disposizioni in materia. Per l'analisi delle normative particolari si rinvia *infra*, cap. XII, § 2.

<sup>106</sup> Can. 1715, § 1; la restrizione viene richiamata anche nel can. 1446, § 3.

<sup>107</sup> Can. 1714.

di riconciliazione fondate sul consenso degli interessati: per quanto concerne la transazione, a differenza della molteplicità di espressioni ricomprese dalla tradizione in una concezione ampia di transazione, i canoni si fissano sulla transazione in senso stretto, che è il negozio previsto anche dai codici civili; per quanto concerne il compromesso arbitrale, anche questo viene ristretto dalla riconduzione, sul modello degli ordinamenti processuali secolari, a una figura speciale di giudizio, con l'esclusione delle altre tipologie di intervento risolutivo di persone autorevoli, quali gli *arbitratores*, svolte per questioni diverse dalle contese giudiziarie e senza seguire lo schema del giudizio.

Seguendo la sistematica del codice piano benedettino, anche quello attuale inserisce gli strumenti di conciliazione all'interno del libro *De processibus*, restringendo la loro attuazione nell'ambito dei giudizi e in rapporto a controversie che hanno dato avvio o possono sfociare in cause giudiziarie. Sotto il profilo procedurale, poi, viene considerata espressamente la sola conciliazione giudiziale<sup>108</sup>, mentre non risulta minimamente prevista né tanto meno regolata la conciliazione stragiudiziale. Al pari della legislazione previgente, e diversamente dal diritto delle decretali, la composizione consensuale viene trattata esclusivamente sotto il profilo di una misura ordinata a porre termine a una causa e l'attività di conciliazione inizia e termina nel quadro dei giudizi, mentre non è prevista come una modalità ideale di impostare le relazioni all'interno della comunità, a prescindere dall'insorgenza di una lite giudiziaria.

In effetti, le scelte del codice in merito all'ordine e al modo di regolamentare le misure di soluzione pacifica delle controversie sono state criticate dalla dottrina, tanto per la sede di collocazione dei canoni, quanto per la divisione in parti distinte del testo normativo<sup>109</sup>. Il valore di norma fondamentale del precetto di evitare le liti e

---

<sup>108</sup> Can. 1446, §§ 2-3, posto nella parte I, titolo III, capitolo I *De officio iudicum et tribunalis ministrorum*.

<sup>109</sup> J.I. ARRIETA, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento canonico: le possibilità offerte dalla normativa vigente*, in *Sacrorum canonum scientia: radici, tradizioni, prospettive. Studi in onore del Cardinale Péter Erdő per*

di comporle in modo non conflittuale avrebbe richiesto di dedicare al principio di conciliazione una trattazione organica unitaria, comprensiva delle sue molteplici forme di realizzazione, e di situare i relativi canoni all'inizio del libro VII o quanto meno prima del giudizio contenzioso, con una portata generale per qualsiasi tipo di causa o processo. Certamente poco adeguata e scarsamente promozionale risulta la separazione tra l'esposizione del dovere basilare di cercare soluzioni accomodanti e la previsione dei diversi strumenti giuridici idonei a renderle efficaci, l'uno relegato nella disciplina dell'ufficio del giudice, gli altri confusi tra i processi speciali, come se fossero delle qualsiasi procedure alternative e non i rimedi preferenziali da utilizzare per gestire qualunque dissidio<sup>110</sup>.

D'altro canto, però, come si è detto, nella normativa vigente si riscontrano anche appigli per riconoscere un valore e una portata maggiori al principio di riconciliazione. Sotto questo profilo, l'innovazione principale è stata quella di aver enunciato in un canone apposito l'impegno di tutti i fedeli, e particolarmente dei vescovi, a evitare le liti e a cercare di comporle in modo pacifico<sup>111</sup>. A sottolineare il valore di norma fondamentale, la disposizione che sollecita a ricercare *in limine litis* la possibilità di giungere a una concordia risulta poi ripetuta in altre parti del codice in rapporto ad alcu-

---

*il suo 70° compleanno*, a cura di P. SZABÓ, T. FRANKÓ, Szent István Társulat, Budapest, 2022, pp. 21-22; R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo codice di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1983, p. 121; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Ad Titulus III, De modis evitandi iudicia*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, IV, 2, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997<sup>2</sup>, pp. 2031-2032.

<sup>110</sup> Solo parzialmente più confacente appare la sistematica del *Codex canonum Ecclesiarum orientalium* (CCEO), nel quale il precetto generale (can. 1103) viene inserito, analogamente al can. 1446 del CIC, all'inizio del *caput* III (*De obligationibus iudicum et aliorum administratorum tribunalium*) del titolo XXIV (*De iudiciis in genere*). Invece le norme sulla transazione e sull'arbitrato sono collocate nel *caput* X (*De modis evitandi iudicia*), l'ultimo dello stesso titolo XXIV che precede il titolo XXV sul giudizio contenzioso (*De iudicio contentioso*).

<sup>111</sup> Can. 1446, § 1.

ni processi speciali<sup>112</sup>. Inoltre, l'affermazione di un simile dovere in termini così generali, ossia rivolto a tutti i fedeli e per qualsivoglia tipologia di possibili conflitti, amplia l'ambito di rilevanza del principio di riconciliazione anche al di fuori della sede giudiziale in cui il canone è formalmente inserito, per comprendere tutte le relazioni giuridiche, interpersonali e istituzionali, all'interno della comunità ecclesiale.

Pure per quanto concerne le modalità di attuazione della conciliazione, il can. 1446 ha una formulazione più elastica, che non limita lo spettro delle misure che possono essere adottate per realizzare un accomodamento o composizione consensuale e per dare efficacia al risultato raggiunto, ma consente di ricorrere a ogni strada o strumento ritenuto idoneo<sup>113</sup>. Lo stesso canone indica alcuni dei possibili mezzi, diversi e ulteriori rispetto alla transazione e al compromesso arbitrale, quali la conciliazione o la mediazione di persone autorevoli e imparziali. Ma altre potrebbero essere utilizzate dalle parti, nell'esercizio di una legittima libertà di scegliere il modo migliore di far valere le proprie situazioni giuridiche, laddove non siano previste restrizioni dal diritto, cosicché si potrebbe ricorrere anche ad altri strumenti tradizionali di concordia, come la rinuncia o cessione gratuita delle pretese, o l'*amicabilis compositio* o l'*arbitramentum*, che non sono menzionati dal codice ma non per questo si devono ritenere abrogati o vietati.

---

<sup>112</sup> Nel can. 1659, § 1 per il processo contenzioso orale; nel can. 1995 per il processo di separazione dei coniugi; nel can. 1733 per il contenzioso amministrativo. Allo stesso *favor conciliationis* risulta ispirato anche il can. 1341 relativo all'avvio della procedura per l'applicazione delle sanzioni penali. Nel processo di nullità dei matrimoni il codice latino aveva previsto il tentativo previo di conciliazione nel can. 1676, ma la successiva riforma operata con il *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, del 15 agosto 2015, ha espunto questa disposizione.

<sup>113</sup> La formulazione ampia, aperta a molteplici strumenti giuridici, si riscontra sia nel § 1 a proposito dell'impegno dei fedeli, in rapporto al quale non sono precisate formalità specifiche, sia nel § 2, a riguardo del dovere del giudice, dove si dice espressamente che il giudice deve suggerire alle parti le vie idonee a raggiungere un'equa soluzione, eventualmente ricorrendo anche alla mediazione di altre persone.

Queste possibili aperture del codice a riconoscere una maggiore rilevanza del principio di riconciliazione risultano soffrire, a un'analisi più attenta, alcune criticità.

Il primo aspetto critico deriva dalla formulazione imprecisa delle norme, probabilmente per la mancanza di una concezione assiologica forte e olistica del principio di riconciliazione che ha impedito di delineare un quadro sistematico completo e chiaro. Si riscontra, per contro, una certa approssimazione nelle nozioni impiegate che può rendere difficoltoso non solo la comprensione ma anche il coordinamento tra le diverse previsioni. Diversamente dal codice piano benedettino che era molto più preciso nelle definizioni e che indicava come *compositio* o *concordia* il risultato o l'esito positivo tanto dell'attività contrattuale tra le parti<sup>114</sup>, quanto dell'azione conciliativa del giudice e, a riguardo di quest'ultima, precisava che comunque la proposta conciliativa del giudice sarebbe dovuta essere assunta consensualmente dalle parti con una transazione<sup>115</sup>, invece il codice vigente parla promiscuamente di *transactio seu reconciliatio*, confondendo lo strumento con il risultato<sup>116</sup>, mentre l'esito della conciliazione viene chiamato sia composizione, in rapporto all'impegno dei fedeli e dei vescovi<sup>117</sup>, sia equa soluzione in rapporto all'ufficio del giudice<sup>118</sup>. Per quanto concerne la conciliazione del giudice, poi, il canone non precisa come debba essere tradotta sul piano giuridico l'equa soluzione proposta dal giudice per avere effetti tra le parti, ossia se debba essere recepita in una composizione consensuale stipulata tra le parti oppure se possa essere definita con un atto *de auctoritate iudicis*<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> Can. 1928, § 1 CIC17.

<sup>115</sup> Can. 1925, § 1 CIC17.

<sup>116</sup> Can. 1713.

<sup>117</sup> Can. 1446, § 1.

<sup>118</sup> Can. 1446, § 2.

<sup>119</sup> Dato che il § 3 limita l'uso della transazione e del compromesso arbitrale alle sole cause relative al bene privato, resta il dubbio in merito a quali siano le misure che si possono adottare per comporre pacificamente le altre tipologie di cause: sulla questione, che riguarda direttamente le controversie amministrative, si veda quanto detto *infra* nel cap. XIII, § 1.

Il secondo punto critico che si può ravvisare nella normativa codiciale è la mancata previsione di qualsiasi obbligatorietà specifica dei doveri connessi al principio di riconciliazione che può comportare l'inefficacia concreta delle diverse disposizioni. Nonostante l'uso di avverbi pressanti per sottolineare la gravosità e l'importanza dell'impegno di prodigarsi per impostare in modo pacifico le relazioni reciproche<sup>120</sup>, resta un dovere meramente generico, privo di qualsiasi sanzione, né imposta in forma diretta, con la previsione di conseguenze negative nel caso di inadempimento, né in forma indiretta, ponendo l'adempimento come condizione per poter esercitare validamente una determinata attività. Se la previsione di censure penali, alla stregua delle fonti più antiche, potrebbe apparire eccessiva e obsoleta, si sarebbe potuto quanto meno imporre come obbligatorio l'esperimento di un tentativo di conciliazione prima di introdurre una causa in giudizio, analogamente a quanto viene ormai previsto in modo generalizzato nei sistemi processuali degli ordinamenti statuali. Se anche non si possa imporre alle parti la concordia intesa quale risultato di una composizione di interessi che possa comportare la rinuncia in parte delle proprie pretese, nondimeno si può rendere obbligatoria o comunque preferenziale la via della conciliazione, come apertura al dialogo e all'ascolto reciproco per cercare di trovare una soluzione condivisa.

Infine, un ulteriore elemento critico è dato dalla mancata previsione di organismi deputati e di procedure prestabilite che indichino in modo certo e sicuro la via da seguire per attuare la riconciliazione. L'eccesso di informalità, infatti, oltre a offrire l'occasione per abusi, può anche scoraggiare o quanto meno non favorire la scelta del metodo consensuale.

Queste lacune e imperfezioni della normativa devono essere prese in considerazione *de iure condendo* in vista di un possibile e necessario perfezionamento del sistema al fine di apportare le adeguate integrazioni, ma non possono togliere validità ed efficacia all'assio-

---

<sup>120</sup> In particolare nel can. 1446, § 1 si dice che i fedeli devono impegnarsi «*sedulo*» e che le liti vanno composte «*quam primum*».

ma fondamentale che prescrive di evitare le liti e indica nella concordia reciproca il metodo preferenziale per risolvere le controversie. Come si è visto, il monito si trova affermato non solo in modo generale per tutti i giudizi, ma anche nei riguardi di giudizi speciali, tanto da poter sostenere che la legislazione abbia assunto come *ratio* ispiratrice della normativa processuale il principio del *favor conciliationis*, che costituisce il modo autenticamente cristiano di comporre i conflitti. In base al *favor conciliationis*, pertanto, occorre interpretare i canoni dei codici, sforzandosi di risolvere eventuali antinomie o difficoltà pratiche nel senso più consono all'applicazione più piena di questo principio, così da sollecitare e sostenere nella forma più estesa il monito evangelico alla riappacificazione interpersonale.

Prima di proseguire ad esaminare in modo più approfondito le misure di composizione pacifica delle controversie applicabili alle cause amministrative, oggetto specifico della presente trattazione, nel prossimo capitolo si delineano sinteticamente le diverse forme di conciliazione previste dalle norme generali contenute nel libro VII del codice latino (cann. 1446 e 1713-1716), svolgendo gli opportuni rinvii alla normativa del codice delle Chiese orientali (cann. 1103 e 1164-1184).

## CAP. VI

### LE FORME DELLA CONCILIAZIONE NELLA NORMATIVA CANONICA VIGENTE

#### 1. *La concordia per prevenire o per porre termine alla controversia in giudizio*

L'impegno a evitare le liti deve essere rivolto, principalmente e prima di tutto, ad adottare ogni misura possibile e conveniente per prevenire il sorgere di un conflitto al fine di astenersi dall'avviare un processo giudiziale. In questa prospettiva, infatti, va letto il § 1 della norma generale che si rivolge ai vescovi e a tutti i fedeli per esortarli a evitare le liti e a comporre pacificamente le controversie<sup>1</sup>. In particolare, per quanto concerne i vescovi, il dovere di adoperarsi per favorire l'appianamento dei dissidi nella comunità ecclesiale coinvolge tanto la sfera personale, essendo il presule tenuto a dare per primo l'esempio di una condotta ispirata al principio di riconciliazione, quanto la sfera istituzionale dell'esercizio della funzione pastora-

---

<sup>1</sup> «*Christifideles omnes, in primis autem episcopi, sedulo annitantur ut, salva iustitia, lites in populo Dei, quantum fieri possit, vitentur et pacifice quam primum componantur*» (can. 1446, § 1 CIC). Sostanzialmente eguale è il can. 1103, § 1 CCEO. Sul tema si vedano: J.I. ARRIETA, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 19-33; P.A. BONNET, *Ad can. 1446*, in *Commentario esegético al Código de derecho canónico*, IV, 2, cit., pp. 917-919; G. BRUNOTTO, *La conciliazione, in Il diritto nel mistero della Chiesa*, IV, *Prassi amministrativa e procedure speciali*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2018, pp. 107-113; G. GONZÁLEZ MERLANO, *La mediación como método de resolución alternativa de conflictos. Antecedentes y concreción en el ordenamiento canónico*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 50, 2019, pp. 1-22; Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli e le composizioni stragiudiziali delle controversie*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 8, 1995, pp. 273-286; P. MONETA, *La transazione nel diritto canonico*, in *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 133-152; P. PALUMBO, *Le ADR nel diritto canonico*, in *Il Diritto Processuale Civile Italiano e Comparato*, 4, 2022, pp. 413-429; R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *Ad Titulus III, De modis evitandi iudicia*, cit., pp. 2029-2033.

le di governo, avendo come autorità di vertice la possibilità non solo di rivolgere esortazioni e ammonizioni, ma soprattutto di adottare misure concrete sul piano del sistema normativo o dell'assetto organizzativo. Sotto questo profilo si osserva, tuttavia, come i singoli vescovi o gli organismi rappresentativi dell'episcopato nazionale, vale a dire le conferenze episcopali, non abbiano sempre assunto con coraggio e diligenza il compito delegato dal codice latino di integrare la legislazione universale dando disposizioni di diritto particolare per perfezionare l'implementazione in sede locale degli strumenti diretti a promuovere la conciliazione<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda i fedeli, sono tutti chiamati a comporre eventuali dissidi, ricorrendo ove sia possibile alle vie e ai rimedi di risoluzione pacifica. Per le controversie che coinvolgono interessi privati non vi sono limiti alla possibilità di ricorrere alla conciliazione e viene lasciata alla libera autonomia degli interessati la decisione sul modo migliore di procedere<sup>3</sup>. L'appianamento del conflitto può essere perseguito attraverso un dialogo diretto tra gli interessati senza intermediari, oppure avvalendosi della mediazione di soggetti terzi, che si possono limitare ad agevolare la comunicazione tra le parti, lasciando alle stesse il compito di trovare una soluzione, oppure possono assumere la funzione più incisiva di promuovere atti-

---

<sup>2</sup> Si pensi alla possibilità prevista per le conferenze episcopali di dare norme per regolare la transazione o l'arbitrato (can. 1714 CIC) ovvero la facoltà delle conferenze episcopali o dei singoli vescovi di costituire uffici o consigli di mediazione (can. 1733, § 2 CIC): attualmente la norma è rimasta nel titolo relativo alle controversie amministrative, ma questi organismi potrebbero avere una competenza più ampia, estesa a tutte le controversie, come avevano proposto in un primo tempo nell'ambito dei lavori di revisione dell'attuale can. 1446 (si veda quanto detto *supra*, cap. V, § 5). Di fatto, come si sottolinea *infra* (in questo capitolo, § 2.1 e cap. XII, § 2), poche conferenze episcopali e pochi vescovi hanno emanato norme apposite.

<sup>3</sup> In questo stadio extragiudiziale l'ordinamento canonico, come si è visto, non prevede alcuna regolamentazione, né di strutture cui rivolgersi per chiedere assistenza nel servizio di conciliazione o mediazione, né di procedure da seguire per promuovere il dialogo e l'accomodamento delle rispettive posizioni, né cautele da osservare o condizioni da premettere nel caso di un eventuale proseguimento del dissidio in giudizio. Pertanto, i contendenti sono pienamente liberi di intraprendere le strategie che ritengono più funzionali ed efficaci.

vamente l'esito positivo delle trattative, proponendo un equo accomodamento<sup>4</sup>. La concordia può essere così raggiunta o tramite un accordo bilaterale, formalizzato con un contratto di transazione o di compromesso arbitrale<sup>5</sup>, oppure disponendo un atto unilaterale di rinuncia a far valere le proprie pretese, che può essere a titolo oneroso o a titolo gratuito e può avere diversi contenuti e forma: perdono dell'offesa, remissione del debito, donazione, ecc. In tutti i casi, il risultato dell'avvenuta concordia conduce chi avrebbe potuto presentare una causa in giudizio a rinunciare al diritto di agire processualmente per rivendicare le proprie pretese.

Qualora invece i contendenti non siano riusciti a trovare, o non abbiano voluto ricercare, una possibile concordia e quindi viene avviato un giudizio per far valere i propri diritti sull'oggetto della contesa, non viene meno il dovere dei fedeli di evitare le liti, quantunque si trasformi e assuma nuovi connotati. Una volta instaurato il processo, infatti, l'impegno delle parti deve essere diretto a esplorare le possibilità di individuare una adeguata composizione tra le diverse pretese che ponga fine alla *contentio iudicialis*. Sebbene le trattative possano essere intrattenute anche al di fuori del processo, con l'introduzione del libello il giudice viene investito del compito di attivarsi per conciliare i litiganti, fin dalla fase iniziale, *in limine litis*, e anche successivamente, in qualunque altro momento del processo, ogniqualvolta intraveda una qualche speranza di un buon esito<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Nella prima forma il ruolo del terzo viene chiamato usualmente 'conciliatore', nell'altra 'mediatore'. I termini sono sovente intercambiabili, ma il criterio distintivo più accreditato considera che nella conciliazione il terzo si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti e lascia alle stesse l'impegno di trovare una possibile soluzione, invece nella mediazione il terzo assume il compito più incisivo di promuovere attivamente l'esito positivo delle trattative, potendo anche proporre il contenuto di un potenziale accordo che può essere in tutto o in parte recepito dalle parti. Per ulteriori approfondimenti sui diversi ruoli, si rinvia *infra* alla trattazione sulle controversie amministrative, cap. X, §§ 1-2.

<sup>5</sup> La transazione e l'arbitrato sono trattate più approfonditamente nel paragrafo successivo.

<sup>6</sup> «*Iudex in limine litis, et etiam quolibet alio momento, quotiescumque spem aliquam boni exitus perspicit, partes hortari et adiuvare ne omittat, ut de aequa controversiae solutione quaerenda communi consilio curent, viasque ad hoc propositum ido-*

I codici prevedono che il giudice possa indicare alle parti le vie idonee a superare il conflitto, avvalendosi anche della mediazione di persone autorevoli<sup>7</sup>. La legislazione latina lascia interamente al giudice la scelta tra l'assumere personalmente l'opera di interposizione tra i contendenti oppure delegare il compito ad altri. Invece, il codice delle Chiese orientali stabilisce la regola preferenziale di affidare normalmente le trattative a un «*in iure perito*»<sup>8</sup>. Anche le *Normae* della Rota romana prescrivono al ponente di investire della questione una persona apposita<sup>9</sup>.

In effetti, la distinzione del ruolo del giudice da quello del *compositor amicus* risulta una esigenza ineludibile in rapporto sia alla correttezza ed efficacia dell'attività di mediazione, sia alla necessità di non compromettere l'eventuale successiva prosecuzione del giudizio nel caso che la conciliazione non abbia avuto un esito positivo.

Dal primo punto di vista, si sottolinea come l'opera di conciliazione richieda competenze specifiche che non appartengono sempre al giudice. Oltre alla formazione e all'esperienza nelle pratiche di composizione, ciò che caratterizza il mediatore rispetto al giudice è la diversa prospettiva con cui si pone di fronte alle parti e all'oggetto della causa, dal momento che deve assumere l'atteggiamento non di chi decide, ma di chi favorisce il dialogo, aiuta a comprendere e

---

*neas ipsis indicet, gravibus quoque hominibus ad mediationem adhibitis*» (can. 1446, § 2 CIC). Sostanzialmente conforme è il can. 1103, § 2 CCEO.

<sup>7</sup> Può essere considerata una dimenticanza, o un residuo storico da ritenere superato, la dicitura contenuta nel testo latino del can. 1446, § 2 CIC e del can. 1103, § 2 CCEO che definisce i possibili mediatori solo con il genere maschile: «*gravibus quoque hominibus ad mediationem adhibitis*». Per contro, nell'analoga previsione del can. 1733, § 1 CIC l'espressione è stata modificata con una formula comprensiva di uomini e donne: «*gravibus quoque personis*». Non è stato invece corretto nel testo del corrispondente can. 998, § 1 CCEO. Il termine *persona* si trova anche nelle *Normae Romanae Rotae tribunalis* del 7 febbraio 1994: «*Quolibet in iudicii gradu et causae statu, Ponenti videre licet an locus sit concordiae inter partes experiendae, deputata ad negotium prudenti persona*» (art. 61, § 1).

<sup>8</sup> «*Iudex negotium transactionis non ipse per se, regulariter saltem, suscipiat tractandum, sed illud alii in iure perito committat*» (can. 1167 CCEO). Una disposizione analoga era contenuta nel can. 1925, § 3 CIC17 (si veda *supra*, cap. V, § 2).

<sup>9</sup> *Normae Romanae Rotae tribunalis*, art. 61, § 1.

accompagna verso una soluzione condivisa<sup>10</sup>. Pertanto, per facilitare maggiori possibilità di riuscita di un accomodamento consensuale pare sicuramente più prudente e opportuno affidare la funzione di mediatore a una persona capace e diversa da chi rivesta il ruolo di giudice della causa.

Inoltre, dal secondo punto di vista, pure se il giudice abbia una preparazione da mediatore non risulta in ogni caso corretto che svolga personalmente tale compito nella causa sottoposta alla sua giurisdizione, in quanto si riscontra una insopprimibile incompatibilità tra l'aver svolto trattative in vista della conciliazione e poi, qualora falliscano, riprendere l'attività giudicante. Si verrebbe infatti a compromettere, da un lato, nella fase di conciliazione, la libertà delle parti di confrontarsi per cercare di contemperare le rispettive posizioni, dal momento che non si sentirebbero sicure nel parlare di fronte a chi potrebbe in seguito usare le loro affermazioni per sostenere una decisione contraria ai loro interessi<sup>11</sup>; dall'altra, nell'eventuale prosecuzione del processo, l'imparzialità e la serenità di valutazione da parte del giudice, dato che potrebbe essere tentato di avvalersi di quanto appreso precedentemente al di fuori degli atti del processo e comunque il suo giudizio sarebbe influenzato dalle impressioni o dai convincimenti formulati nel corso della mediazione.

Pare quindi necessario interpretare il can. 1446, § 2 in coerenza a tali esigenze di giustizia e di efficienza, intendendo la funzione del giudice di indicare alle parti le vie idonee per giungere a un'equa soluzione nel senso che possa consigliare sulle misure alternative al giudizio che possono essere percorse per trovare un accomodamento del conflitto, vale a dire la scelta di mediatori in grado di favorire la ricerca di un accordo, ovvero la definizione di un compromesso

---

<sup>10</sup> Sulla differente prospettiva tra le pratiche di conciliazione e il giudizio, si vedano gli approfondimenti svolti *infra* in merito alle cause amministrative (cap. X, § 2.2).

<sup>11</sup> Proprio per garantire questa libertà nei confronti sia del giudice della causa sia delle altre parti, gli ordinamenti civili prescrivono il vincolo di segretezza per tutti coloro che hanno partecipato al procedimento di mediazione in merito a ciò che è emerso durante gli incontri e, in più, l'inutilizzabilità in sede giudiziale delle dichiarazioni fatte in quella sede.

che deferisca la decisione dell'intera controversia, o di parte di essa, a uno o più arbitri. Sembra invece da escludere che il giudice possa assumere personalmente la funzione di mediatore e suggerire direttamente proposte di soluzione amichevole della vertenza: qualora in via eccezionale, per peculiari circostanze favorevoli a una immediata conclusione della controversia, il giudice ritenga di poterlo fare e poi, malauguratamente, il tentativo fallisca, deve necessariamente astenersi dal giudicare successivamente la causa<sup>12</sup>.

Se le trattative hanno esito positivo, la concordia si perfeziona con il comune accordo tra le parti («*communi consilio*»)<sup>13</sup>. Al di là di questo inciso, i codici non precisano come debba essere formalizzata la conciliazione per essere considerata efficace. Ragionando secondo le usuali regole processuali, si può ritenere che l'adesione delle parti alla soluzione condivisa debba risultare per iscritto, tramite la stesura di un atto di composizione amichevole, ovvero con la redazione del processo verbale dell'avvenuta conciliazione che rechi l'indicazione dell'eventuale partecipazione di una terza persona con il ruolo di mediatore e sia sottoscritto dalle parti e da tutti gli intervenuti<sup>14</sup>. Non pare invece necessaria, ai fini della validità della concordia, la successiva conferma da parte del giudice<sup>15</sup>, quanto meno non nel senso di chiedere l'approvazione nel merito dell'accordo,

---

<sup>12</sup> Si può estendere in via analogica la prescrizione del can. 1447 CIC (can. 1105 CCEO) che proibisce a un soggetto di svolgere la funzione di giudice in una causa nella quale sia già intervenuto in altra veste, sancendo l'invalidità del processo e della successiva sentenza (can. 1620, 1° CIC; can. 1303, § 1, 1° CCEO).

<sup>13</sup> Can. 1446, § 2 CIC; can. 1103, § 2 CCEO. Come si è visto (cap. V, § 4), già dal codice piano benedettino non è più prevista la possibilità di una concordia imposta con una decisione autoritativa (*concordia imperata*), come in epoca classica (si veda *supra* cap. II, § 6).

<sup>14</sup> G. BRUGNOTTO, *La conciliazione*, cit., p. 113, riporta anche un fac-simile di verbale di conciliazione.

<sup>15</sup> Per contro, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (*Ad can. 1715*, in *Comentario exegetico*, IV, 2, cit., p. 2049) ritiene invece essenziale per la «transacción judicial» l'approvazione del giudice, dal momento che a seguito della litispendenza (can. 1512, 1° e 5° CIC) la materia del contendere è stata sottratta alla libera disponibilità delle parti e sottoposta al potere decisionale del giudice adito, per cui ogni cambiamento della *res controversa* può avvenire solo con l'avallo dell'autorità giudiziale.

ma piuttosto solo la verifica della regolarità e correttezza della procedura di conciliazione. In questo senso si può interpretare la disposizione delle *Normae* della Rota romana, con la quale si prevede che la concordia accettata dalle parti e approvata dal ponente sia recepita nel decreto del turno che dichiara la lite finita<sup>16</sup>. L'approvazione del ponente, infatti, può rispondere all'esigenza di salvaguardia della giustizia («*salva iustitia*»)<sup>17</sup> che deve essere garantita anche nelle composizioni consensuali pacifiche, ma si tratta di un controllo che non può essere diretto a intromettersi nelle scelte delle parti, quanto piuttosto ad accertare che l'accomodamento sia non solo rispettoso della libera volontà di ciascuna parte, ma sia anche equo, ossia non eccessivamente sproporzionato a favore di una o a danno dell'altra e non contrario a principi inderogabili dell'ordinamento canonico. Infine, l'avallo del turno ha la duplice funzione, da un lato, di prendere atto dell'avvenuta conciliazione che ha posto termine alla controversia, per cui si dichiara la cessazione della lite, e, dall'altro, di confermare la regolarità della procedura, in modo da attribuire alla concordia un'efficacia ulteriore rispetto a quella di una pattuizione privata, conferendo efficacia esecutiva *vi auctoritatis iudicis*.

Se l'accordo viene invece concluso ai margini del processo, con modalità diverse dalla conciliazione giudiziale, la concordia siglata dalle parti acquista valore vincolante nel regolare i loro reciproci rapporti, mentre sotto il profilo processuale viene posta fine al giudizio in una delle forme previste dalla disciplina processuale<sup>18</sup>. Così, la rinuncia all'istanza presentata con atto scritto dall'attore, accettata dal convenuto e ammessa dal giudice, produce l'estinzione della lite<sup>19</sup>. Comunque, l'inattività processuale che si sia protratta per sei mesi senza che vi si sia opposto alcun impedimento, deter-

---

<sup>16</sup> «*Si ineatur concordia, huius conditiones a partibus acceptatae et a ponente adprobatae, ab iisdem partibus et a ponente subscriptae, inserendae sunt in decreto turni, omnia definitive adprobantis; quo decreto finis liti imponitur*» (art. 61, § 2).

<sup>17</sup> Can. 1446, § 1 CIC; can. 1103, § 1 CCEO.

<sup>18</sup> La perenzione dell'istanza viene regolata nei cann. 1520-1523 CIC; cann. 1201-1204 CCEO.

<sup>19</sup> Cann. 1524-1525 CIC; cann. 1205-1206 CCEO.

mina *ipso iure* la perenzione dell'istanza e viene dichiarata d'ufficio dal giudice<sup>20</sup>.

## 2. *La composizione consensuale con accordo tra le parti*

Le forme consensuali previste dai codici per prevenire o porre fine alle liti sono la transazione e l'arbitrato. Ambedue possono essere adottate per trattare questioni che riguardano beni o diritti privati che siano liberamente disponibili dalle parti<sup>21</sup>.

### 2.1. *La transazione*

Per quanto riguarda la transazione<sup>22</sup>, la sua disciplina risulta molto sintetica in entrambe le legislazioni<sup>23</sup>. Da rimarcare è la constatazione che non venga data alcuna definizione dell'istituto, né sia precisata la sua struttura come pattuizione tra i contendenti, mentre ne viene evidenziata la funzione di evitare i giudizi nel conseguire la riconciliazione delle parti<sup>24</sup>. Si può pertanto ritenere che i codici

---

<sup>20</sup> Cann. 1520-1521 CIC; cann. 1201-1202 CCEO.

<sup>21</sup> Cann. 1446, § 3 e 1715, § 1 CIC; cann. 1103, § 3, 1165, § 1 e 1169 CCEO. Sulla possibilità di utilizzo della transazione e dell'arbitrato nelle controversie amministrative, si rinvia *infra*, cap. XIII, § 1.

<sup>22</sup> P. BELLINI, voce *Transazione*. *Diritto canonico*, cit.; P. COLELLA, voce *Transazione*. *Diritto canonico*, in *Enciclopedia del Diritto*, 44, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 872-874; I. GRANADO HIJELMO, voce *Transacción*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 636-641.

<sup>23</sup> Nel codice latino viene trattata insieme all'arbitrato (libro VII, parte III, titolo III, *De modis evitandi iudicia*, cann. 1713-1715 CIC), mentre nel codice dei canoni delle Chiese orientali ha una trattazione autonoma (titolo XXIV, capitolo X, *De modis evitandi iudicia*, art. I, *De transactione*, cann. 1164-1167 CCEO).

<sup>24</sup> La causa finale della transazione era espressamente enunciata nel codice piatino benedettino dal can. 1928, § 1: «*Effectus transactionis ad exitum feliciter perductae dicitur compositio seu concordia*». Peraltro, il fine di riconciliazione si può considerare come implicito anche nei codici attuali, sulla base tanto della denominazione del titolo III del codice latino e del capitolo X del codice dei canoni delle Chie-

continuino a fare implicitamente riferimento, come dato presupposto, alla concezione della transazione che è stata elaborata nel corso della tradizione più risalente e che comprende, come si è visto, tanto il contratto di transazione in senso stretto, ossia l'accordo che risolve una controversia dall'esito incerto mediante la stipulazione di reciproche concessioni, quanto alla transazione in senso ampio idonea a comprendere altre forme di *compositiones amicabile*s che siano ordinate a porre fine a un conflitto<sup>25</sup>. Invero, come si è annotato nell'analisi dello sviluppo storico degli strumenti di accomodamento consensuale, la struttura della *compositio amicabile*s è uguale a quella della transazione *stricte sumpta*, distinguendosene soltanto per il carattere gratuito, anziché oneroso. Dato che i codici non richiedono come requisito obbligatorio per la valida transazione le prestazioni corrispettive, non vi è alcuna ragione per escludere dai rimedi consensuali che promuovono la riconciliazione una forma di accordo che è stata costruita appositamente dalla dottrina canonistica per attuare pienamente il monito evangelico e per adattarsi alle esigenze specifiche della comunità ecclesiale<sup>26</sup>.

*A fortiori* si può interpretare in senso ampio la nozione di transazione accolta nel codice latino se si considera come quella legislativa si astenga dal dettare disposizioni vincolanti sul modo di realizzare l'accordo, ma lasci alla libera autodeterminazione dei contraenti la scelta circa la maniera di procedere e le norme da applicare. Infatti, tutta la disciplina della materia prevede una progressione nell'or-

---

se orientali (*De modis evitandi iudicia*), quanto della assimilazione tra *transactio* e *reconciliatio* contenuta nel can. 1713 CIC.

<sup>25</sup> Si veda *supra*, cap. III, §§ 2-3; cap. V, § 1.

<sup>26</sup> Sulla nozione ampia di transazione recepita nei codici concorda anche la dottrina nel richiamare la locuzione *transactio seu reconciliatio* contenuta nel can. 1713 CIC (P. MONETA, *La transazione nel diritto canonico*, cit., pp. 135-136; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Ad can. 1713*, in *Comentario exegético*, IV, 2, cit., p. 2037). Peraltro, il concetto ampio di transazione si ritrova non solo nel can. 1713 CIC, ma anche nei canoni successivi del codice latino. Infatti, non vi è motivo di ritenere che queste norme si riferiscano a una nozione di trascrizione *stricte sumpta*, dal momento che non fanno alcun riferimento all'onerosità come requisito obbligatorio della pattuizione.

dine di individuazione delle regole da seguire: prima le norme scelte dalle parti; in mancanza di una loro scelta espressa, le norme dettate dalle conferenze episcopali, se vi siano, e solo in ultimo le norme della legge civile del luogo<sup>27</sup>.

Come si è già anticipato, l'alternativa delle norme dettate dalle conferenze episcopali risulta poco praticabile, dal momento che quasi nessuna ha adottato proprie disposizioni per integrare il can. 1714 in tema sia di transazione, sia di arbitrato. Tra le poche che hanno ritenuto di pronunciarsi in merito, alcune si sono limitate a dire che non è necessario dare regole apposite<sup>28</sup>, mentre la maggioranza rinvia al diritto civile del luogo<sup>29</sup>. Solo la Conferenza episcopale della Nigeria emana norme particolari per regolare non tanto la transazione, quanto un *process of arbitration* che in realtà è una procedura plurivalente per giungere ad applicare diverse forme di composizione pacifica<sup>30</sup>. Invece la Conferenza episcopale del Cile non detta direttamente le norme da applicare alla transazione o all'arbitrato, ma stabilisce che siano definite, se non dagli interes-

---

<sup>27</sup> Can. 1714 CIC. Nel codice dei canoni delle Chiese orientali, invece, il can. 1664 prescrive di osservare unicamente la legge civile del luogo.

<sup>28</sup> Sono le conferenze episcopali di India (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, seconda edizione aggiornata, Coletti a San Pietro, Roma, 2009, p. 573), Malta (*ivi*, p. 755), Messico (*ivi*, p. 781).

<sup>29</sup> Sono le conferenze episcopali di Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 91), Gambia e Sierra Leone (*ivi*, p. 414), Italia (*ivi*, p. 673), Pacifico (*ivi*, p. 896), Paraguay (*ivi*, p. 960), El Salvador (*ivi*, p. 1082), Sri Lanka (*ivi*, p. 1186), Zimbabwe (*ivi*, p. 1360). Le conferenze episcopali di Guatemala (*ivi*, p. 539) e Panama (*ivi*, p. 913) usano una formula ambigua, stabilendo di seguire «*ley canónica y ley civil*». Dato che non sussiste una regolamentazione canonica propria, il rinvio non può che intendersi ai principi generali e alle poche disposizioni codiciali.

<sup>30</sup> J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., pp. 839-841. Le disposizioni sono date ad integrazione sia del can. 1714, sia del can. 1733, § 2. Sulla peculiarità di queste procedure, si rinvia alle riflessioni svolte *infra* in merito all'implementazione nei sistemi locali dei metodi conciliativi nei ricorsi amministrativi (cap. XII, § 2).

sati stessi, in accordo con una persona designata dal vescovo di una delle parti<sup>31</sup>.

Stante questa carenza della disciplina integrativa delle conferenze episcopali, le norme applicabili restano esclusivamente quelle scelte dalle parti o quelle degli ordinamenti nazionali. Pur essendo possibile per le parti creare interamente le regole del loro accordo in modo da adattare alle loro specifiche esigenze, è ragionevole pensare che nella maggioranza dei casi scelgano tra le legislazioni civili esistenti quella che appare più conveniente ai loro intenti, tenendo anche conto della necessità di garantire la validità e l'efficacia del contratto nell'ordinamento del luogo<sup>32</sup>. Peraltro, se il contenuto della concordia che le parti vogliono stipulare, in quanto a titolo gratuito, non trova corrispondenza con la figura tipica della transazione prevista nel diritto civile e quindi per perfezionare il loro obiettivo di comporre la controversia ricorrono ad altre forme negoziali maggiormente idonee (quali la donazione, la remissione del debito, ecc.), non è da escludere che nell'ordinamento canonico questo accordo possa essere riconosciuto come una transazione in senso ampio, in quanto adempie alla funzione che è ritenuta propria della transazione, ossia promuovere la riconciliazione.

---

<sup>31</sup> «Para evitar lo litigios judiciales no penales, ... las partes han de tratar de resolver el conflicto por transacción, avenimiento, compromiso o juicio arbitral, según las normas establecidas por ellos o de acuerdo con la persona que designe el Obispo de una de las partes» (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 258).

<sup>32</sup> Per quanto concerne i possibili limiti alla libertà di scelta delle parti nel richiamare la legislazione civile, il codice piano benedettino li indicava espressamente nel can. 1926 CIC17: «*nisi iuri divino vel ecclesiastico adversentur et salvo praescripto canonum qui sequuntur*». La prescrizione non è stata riportata nei codici attuali, ma la condizione che le norme da applicare non contrastino con il diritto divino e con quanto stabilito dal diritto canonico è prevista in via generale per qualsiasi rinvio alle leggi civili (can. 22 CIC; can. 1504 CCEO) e nello specifico, in merito alla disciplina dei contratti, il can. 1290 CIC prescrive di seguire le norme del diritto civile vigenti nel territorio, a meno che non siano contrarie al diritto divino o non si preveda altro nel diritto canonico. Sostanzialmente conforme risulta il can. 1134 CCEO.

A prescindere dalla normativa civile applicata per regolare gli effetti della transazione, sono comunque da rispettare le norme dell'ordinamento canonico che regolano i presupposti e i requisiti essenziali per gli atti in generale e per la disponibilità dei diritti in particolare, quali le prescrizioni relative alla capacità di agire<sup>33</sup> e alla rappresentanza per conto di altri<sup>34</sup>. Qualora poi l'accordo abbia ad oggetto i beni ecclesiastici temporali, è necessario osservare anche le norme che richiedono per la loro valida alienazione la licenza della competente autorità ecclesiastica, oltre ad altri presupposti o adempimenti<sup>35</sup>.

La transazione validamente stipulata vincola le parti all'osservanza di quanto concordato e preclude la possibilità di proporre in giudizio un'azione per rivendicare le pretese che sono state oggetto di composizione. Contro un'eventuale convocazione in giudizio, la parte convenuta può sollevare prima della contestazione della lite l'eccezione perentoria, detta *litis finitae*, che impedisce la prosecuzione dell'istanza<sup>36</sup>. Nel caso tuttavia che sorgano dubbi in merito alla validità della transazione, sulla base delle norme specifiche applicate al concreto negozio o delle norme stabilite in via generale dal diritto canonico per gli atti giuridici o per i contratti<sup>37</sup>, l'accordo può essere contestato avanti al tribunale ecclesiastico competente a giudicare nel primo grado di giurisdizione.

---

<sup>33</sup> L'acquisizione della capacità di agire si raggiunge con la maggiore età (can. 98, § 1 CIC); i minorenni e coloro che mancano abitualmente dell'uso di ragione possono esercitare i propri diritti tramite i genitori o i tutori o curatori (cann. 98, § 2 e 99 CIC). La persona giuridica agisce invece tramite i propri legittimi rappresentanti (can. 118 CIC).

<sup>34</sup> Per la transazione che avviene nel corso del giudizio tramite il *procurator ad litem*, non basta il semplice *mandatum ad lites* ma si richiede un mandato speciale espressamente conferito (can. 1485 CIC). Anche per l'eventuale rinuncia all'istanza, che può seguire alla transazione, il procuratore deve essere munito di mandato speciale (can. 1525, § 3 CIC).

<sup>35</sup> Can. 1715, § 2 CIC; can. 1165, § 2 CCEO. Le formalità richieste sono indicate nel codice latino nei cann. 1291-1298 CIC, nel codice dei canoni delle Chiese orientali nei cann. 1135-1142 CCEO.

<sup>36</sup> Cann. 1462, § 1 CIC; 1121, § 1 CCEO. L'eccezione viene equiparata a quella di *res iudicata*, come già era previsto in epoca classica (cap. III, § 2).

<sup>37</sup> Can. 124-127 e can. 1290 CIC; cann. 931-935 e can. 1034 CCEO.

## 2.2. *L'arbitrato*

Riguardo all'arbitrato<sup>38</sup>, occorre distinguere le due fasi o momenti di attuazione del rimedio, vale a dire l'accordo con cui le parti acconsentono a sottoporre la controversia alla decisione di uno o più soggetti terzi, denominato compromesso<sup>39</sup>, da un lato, e il giudizio arbitrale, dall'altro, che consiste nella procedura e poi nella decisione con le quali gli arbitri giungono a definire la questione<sup>40</sup>. Il patto di compromesso è un presupposto essenziale per istituire un arbitrato, in quanto, diversamente dalla tradizione più risalente e al seguito piuttosto del codice piano benedettino, non viene più previsto l'arbitrato necessario, ma si riconosce solo quello volontario, liberamente scelto dai contendenti, purché riguardi controversie che attengono a beni privati o a diritti che sono disponibili dalle parti<sup>41</sup>.

Riguardo alle altre tipologie di arbitrato consolidate in epoca classica, occorre rilevare come siano state diversamente recepite nei due codici. In effetti, tra le due normative sussiste una netta differenza circa il modo di gestire la regolamentazione dell'istituto che si riflette anche sulle possibilità di realizzazione di questo strumento di risoluzione consensuale delle controversie.

Il codice della Chiesa latina dedica all'arbitrato una trattazione estremamente sintetica, al pari e insieme alla transazione<sup>42</sup>, dal momento che la disciplina tanto del compromesso quanto del giudizio arbitrale viene demandata alle norme scelte dalle parti, oppure a

---

<sup>38</sup> I. GRANADO HIJELMO, voce *Arbitraje*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 436-443; ID., voce *Compromiso [contrato de]*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, II, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 310-316; M.F. MATERNINI, *Il giudizio per arbitri*, in *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 113-131.

<sup>39</sup> Cann. 1714-1715 CIC; can. 1103, § 3; cann. 1170, § 2, 1171 ss. CCEO.

<sup>40</sup> Can. 1716 CIC; cann. 1179-1184 CCEO.

<sup>41</sup> Can. 1714 CIC; can. 1169 CCEO.

<sup>42</sup> Cann. 1713-1715 CIC. Solo il can. 1716 riguarda specificamente la sentenza arbitrale.

quelle predisposte dalle conferenze episcopali<sup>43</sup> o, in ultimo, al diritto del luogo dove è stato stipulato il contratto.

Una regolamentazione così ridotta può forse dare adito a incertezze e imprecisioni nell'attuazione del sistema prescelto, ma, d'altro canto, nella sua genericità risulta anche disponibile ad accogliere le diverse forme di deferimento ad altri della soluzione dei conflitti che si sono consolidate nel corso della tradizione canonica: l'*arbitrium ad normam iuris* ovvero *ex bono et aequo*, e ancora l'*arbitrium* in senso proprio o l'*arbitramentum*. Queste diverse specie di arbitrato e di arbitraggio non sono espressamente contemplate nel vigente codice latino, ma in considerazione dell'impostazione aperta della normativa non si può neppure ritenere che siano escluse, qualora i contendenti decidano di ricorrere a uno di questi strumenti di compromesso, ovvero la legislazione civile prescelta le consenta. Pertanto, secondo il codice latino, le parti possono optare per un arbitrato che si svolga *per modum iudicii* e termini con un lodo che ha valore simile alla pronuncia giudiziale<sup>44</sup>, così come possono altresì scegliere se affidare agli arbitri il compito di decidere secondo lo stretto diritto, ovvero secondo equità, adeguando cioè il dispositivo alle esigenze degli interessati e alle circostanze del caso concreto. In via alternativa, le parti possono pure stabilire di investire una o più persone dell'incarico di comporre in via negoziale gli interessi in conflitto in ordine a determinati rapporti giuridici, con una pronuncia

---

<sup>43</sup> Anche per l'arbitrato la possibilità di applicare le norme delle conferenze episcopali risulta poco attuabile, dato che solo la Conferenza episcopale della Nigeria ha emanato disposizioni in materia, predisponendo una procedura di arbitrato comune a tutte le controversie, sia contenziose che amministrative (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., pp. 839-841). Per annotazioni sulla procedura si rinvia a quanto detto *infra*, cap. XII, § 2.

<sup>44</sup> Questo è l'*arbitrium* in senso proprio, definito anche arbitrato rituale, per distinguerlo da quello irrituale. Nel codice di procedura civile italiano al lodo arbitrale sono riconosciuti «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824 bis c.p.c.).

che ha valore di determinazione contrattuale e vincola le parti come espressione della loro volontà pattizia<sup>45</sup>.

Diversamente dal codice latino, il codice dei canoni delle Chiese orientali contiene una normativa più dettagliata, tanto del compromesso quanto del giudizio arbitrale, così da rendere autonoma la regolamentazione dell'istituto rispetto al diritto civile<sup>46</sup>. La precisione e completezza della disciplina presenta il duplice valore positivo, sia di assicurare la chiarezza e la certezza delle regole da applicare, sia di prevedere una normativa adeguata alle esigenze specifiche dell'ordinamento canonico. D'altro canto, si ravvisa una certa rigidità nell'impostazione del codice, dal momento che seleziona tra le diverse forme di arbitrato e di arbitraggio solo l'*arbitrium per modum iudicii*, che si conclude con una pronuncia che può assumere la medesima efficacia di *res iudicata* della sentenza giudiziale<sup>47</sup>. Le parti possono tuttavia scegliere se affidare agli arbitri un giudizio secondo diritto oppure secondo equità<sup>48</sup>.

Quantunque limitata all'*arbitrium ad instar iudicii* la normativa del codice dei canoni delle Chiese orientali offre comunque una base essenziale per delineare una disciplina dell'arbitrato che può costituire un'utile integrazione alla scarsa regolamentazione del codice latino. In effetti, le disposizioni del codice orientale possono fungere da modello anche per i fedeli della Chiesa latina che vogliano applicare al loro accordo una normativa ispirata dalla comune tradizione cristiana e indichino quindi i canoni orientali come il diritto da osservare nella realizzazione dell'arbitrato.

Componendo pertanto i principi generali dell'ordinamento canonico con le norme specifiche previste dalla legislazione delle

---

<sup>45</sup> Questa forma, corrispondente all'*arbitramentum*, viene definito anche arbitrato irrirtuale (art. 808 ter c.p.c.): nonostante la procedura possa essere simile a quella dell'arbitrato rituale, resta la differenza nell'efficacia della pronuncia finale.

<sup>46</sup> Titolo XXIV, capitolo X, art. II *De compromisso in arbitros*, cann. 1168-1184.

<sup>47</sup> Can. 1181, § 4 CCEO.

<sup>48</sup> In base al can. 1176 CCEO, infatti, sono le parti a determinare gli obblighi e il modo di procedere degli arbitri.

Chiese orientali, si possono delineare i tratti essenziali di una regolamentazione canonistica dell'arbitrato.

Il passo preliminare, come si è detto, è dato dal compromesso, ossia l'accordo con cui le parti si vincolano a deferire la soluzione della controversia al giudizio degli arbitri. Il compromesso deve sempre risultare da un atto scritto, al fine di dimostrare con certezza l'avvenuta stipulazione, ma sotto il profilo della forma può essere contenuto in un contratto autonomo oppure in una clausola annessa ad un altro contratto<sup>49</sup>. L'importante è che risulti con certezza e senza ambiguità la volontà dei contraenti di deferire le questioni controverse all'arbitrato, con l'esclusione del ricorso al giudice ordinario.

Circa il contenuto, nel compromesso devono essere indicati gli arbitri, sempre in numero dispari, e gli obblighi che devono osservare nell'espletamento del mandato<sup>50</sup>. La designazione delle persone incaricate può avvenire o direttamente con una chiamata nominale, o indirettamente con la definizione delle modalità da seguire per procedere alla loro selezione.

Per sottoscrivere un compromesso occorrono i medesimi requisiti di capacità di agire per redigere una transazione<sup>51</sup>. Quanto invece alle condizioni soggettive per assumere l'incarico di arbitro<sup>52</sup> si richiede non solo di essere capaci di agire in ambito giuridico, ma anche di essere abili a ricevere e a svolgere un *munus* nell'ambito della comunità ecclesiale, per cui non sono considerati idonei sia i minori di età, sia coloro che siano stati puniti con una sanzione penale che

---

<sup>49</sup> «*Qui controversiam inter se habent, possunt scripto convenire, ut ea ab arbitris dirimatur. Idem scripto convenire possunt, qui contractum inter se ineunt vel iniierunt, quod attinet ad controversias ex eo contractu forte orituras*» (can. 1168, §§ 1-2 CCEO).

<sup>50</sup> «*Obligaciones arbitrorum in ipso compromisso statuendae sunt, eae quoque, quae ad secretum servandum spectant*» (can. 1176, § 1 CCEO).

<sup>51</sup> Si vedano le precisazioni esposte *supra* in questo capitolo, § 2.1.

<sup>52</sup> Nella normativa dell'arbitrato, sia del codice latino sia di quello delle Chiese orientali, non si ritrova alcuna restrizione nei confronti delle donne. Neppure viene riportata la denominazione maschile che si ritrova nel canone sulla conciliazione giudiziale (can. 1446, § 2 CIC; can. 1103, § 2 CCEO).

prohibisca di rivestire incarichi di rilevanza pubblica<sup>53</sup>, sia, in generale, coloro che non siano in comunione con la Chiesa<sup>54</sup>. Trattandosi di un arbitrato volontario, gli arbitri hanno la facoltà di accettare o rifiutare l'incarico<sup>55</sup>.

Il compromesso produce l'effetto di deferire la decisione sulla controversia agli arbitri e, come conseguenza, la sottrae legittimamente al giudizio dei tribunali ecclesiastici che sarebbero stati altrimenti competenti. Ferma restando la facoltà dei contraenti, di comune accordo, di revocare il patto, se una parte tenta di violare il compromesso e introduce un'azione giudiziaria per rivendicare le proprie pretese, il convenuto può opporre l'*exceptio pacti* e, una volta che gli arbitri abbiano accettato l'incarico, anche l'*exceptio litispendentiae*, dato che la causa è divenuta propria del giudizio arbitrale<sup>56</sup>. Entrambe queste eccezioni possono essere considerate perentorie, in quanto pongono fine alla lite.

D'altro canto, il compromesso comporta anche la sottomissione delle parti agli arbitri, sia per gli adempimenti richiesti nel corso della procedura di attuazione dell'arbitrato, sia nei confronti della decisione finale. Per quanto concerne la procedura, se non viene stabilito diversamente, gli arbitri possono decidere a propria discrezione l'*iter* da seguire nell'espletamento dell'incarico, nel rispetto tuttavia dei criteri di semplicità, di celerità e di tutela dei diritti

---

<sup>53</sup> In aggiunta a queste due ipotesi il can. 1172 CCEO aggiunge anche quella del membro di un istituto di vita consacrata che non abbia ricevuto l'autorizzazione del superiore (già prevista nel can. 1931 CIC17).

<sup>54</sup> La comunione con la Chiesa si può considerare il presupposto essenziale per l'assunzione di qualsiasi funzione attiva: il requisito viene previsto espressamente dal codice latino in riferimento agli uffici (can. 149, § 1 CIC), ma può essere esteso a qualsiasi incarico in base al principio generale che esige l'osservanza dei vincoli di comunione per il pieno godimento dei diritti e doveri fondamentali dei fedeli (cann. 205 e 209, § 1 CIC; cann. 8 e 12, § 1 CCEO).

<sup>55</sup> Can. 1173 CCEO.

<sup>56</sup> Al giudizio arbitrale si possono infatti estendere in via analogica gli effetti della litispendenza (can. 1512, 2° CIC; can. 1194, § 2 CCEO) (R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Ad can. 1716*, in *Comentario exegético*, IV, 2, cit., pp. 2051-2052).

di difesa secondo equità<sup>57</sup>. La decisione finale, poi, deve essere adottata a maggioranza dei voti e deve essere redatta alla stregua di una sentenza giudiziale<sup>58</sup>.

Se la sentenza arbitrale è stata emanata correttamente ha valore vincolante tra le parti, ma per divenire esecutiva il codice dei canoni delle Chiese orientali richiede che sia depositata nella cancelleria del tribunale eparchiale del luogo dove è stata pronunciata, per essere controllata e confermata dal vicario giudiziale. Dopo il decreto di conferma la pronuncia acquista valore di cosa giudicata<sup>59</sup> e può essere mandata ad esecuzione, nello stesso modo delle sentenze giudiziali, dal vescovo dell'eparchia dove è stata emessa o da un altro esecutore designato dalle parti<sup>60</sup>.

Nel codice latino, invece, è stata inserita una norma che mira a coordinare l'efficacia della decisione arbitrale tra il foro canonico e quello civile. Indipendentemente dalla normativa scelta dalle parti per regolare l'arbitrato, il can. 1716, § 1 demanda la regolamentazione dell'efficacia della decisione arbitrale a quanto prescrive la legge civile<sup>61</sup>: o quella effettivamente indicata dalle parti, o, in mancanza, quella del luogo dove è stato concluso il compromesso<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> «*Nisi partes aliud statuerunt, arbitri rationem procedendi libere seligunt; haec autem simplex sit et termini sint breves aequitate servata et ratione habita legis processualis*» (can. 1176, § 2 CCEO). Il rispetto dei diritti di difesa e l'essere giudicati secondo disposizione di legge applicate secondo equità sono garantiti come diritti fondamentali dei fedeli (can. 221, §§ 1-2 CIC; can. 24, §§ 1-2 CCEO).

<sup>58</sup> Can. 1179, §§ 1-2 CCEO.

<sup>59</sup> Can. 1181, § 4 CCEO. Non avviene il passaggio in giudicato se le parti abbiano ammesso la possibilità di presentare appello (can. 1182 CCEO): in questa eventualità la sentenza passa in giudicato se l'appello non viene presentato in tempo utile o se la pronuncia viene confermata in sede di appello (can. 1322 CCEO). Contro la sentenza arbitrale passata in giudicato sono ammessi solo i mezzi straordinari di impugnazione: la querela di nullità, la restituzione in intero, l'opposizione di terzo e la correzione di un errore materiale (can. 1183 CCEO).

<sup>60</sup> Can. 1184, §§ 1-2 CCEO.

<sup>61</sup> Per l'efficacia della decisione si fa riferimento alla legge civile anche se le parti hanno optato per una normativa diversa, vale a dire una disciplina definita autonomamente oppure quella deliberata dalle conferenze episcopali.

<sup>62</sup> Il can. 1716, §§ 1-2 CIC rinvia alla legge civile senza alcuna ulteriore indicazione di quale legge civile si tratti. Pare dunque ragionevole ritenere, per coe-

Seguendo quindi un principio di omologazione alla legge civile, se questa richiede per riconoscere valore civile alla decisione arbitrale che sia confermata dal giudice, anche per il foro canonico occorre che la decisione sia confermata dal tribunale ecclesiastico del luogo in cui fu emessa<sup>63</sup>. Egualmente, anche la disciplina dell'eventuale impugnazione viene regolata in parallelo con la legge civile, per cui si stabilisce che la decisione arbitrale possa essere contestata nel foro canonico se la legge civile ammette la possibilità di una sua impugnazione. In quel caso la competenza a giudicare sulla controversia relativa alla correttezza della decisione arbitrale spetta al tribunale ecclesiastico di primo grado<sup>64</sup>.

---

renza interna dell'ordinamento, che si debbano applicare le leggi civili indicate nel precedente can. 1714 CIC secondo l'ordine preferenziale dallo stesso indicato, ossia in prima battuta la legge civile scelta dalle parti e solo in caso di assenza di scelta la legge civile del luogo di stipulazione del contratto. Non invece la legge del luogo dove è stata emanata la decisione (R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Ad can. 1716*, cit., pp. 2052-2053).

<sup>63</sup> Can. 1716, § 1 CIC.

<sup>64</sup> Can. 1716, § 2 CIC. La sentenza arbitrale viene considerata pertanto alla stregua di una decisione di natura privata, dal momento che la competenza a verificarne la validità spetta al tribunale di primo grado che ha giurisdizione in materia, non al tribunale di appello (R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Ad can. 1716*, cit., pp. 2054-2055).



PARTE SECONDA

LA CONCILIAZIONE NEL QUADRO  
DELLA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA  
AMMINISTRATIVA



## CAP. VII

# SVILUPPO STORICO DEI RIMEDI CONCILIATIVI NELLA GESTIONE DELLE CONTROVERSIE AMMINISTRATIVE

1. *Prodromi storici degli strumenti conciliativi nei confronti degli atti amministrativi*
- 1.1. *La distinzione tra rimedi di grazia e rimedi di giustizia*

Nella tradizione ecclesiale il monito di evitare le liti ha ispirato l'affermazione del preciso dovere dei fedeli di impegnarsi a risolvere pacificamente i conflitti, un compito che grava con particolare forza sui vescovi e su tutti coloro che rivestono un ruolo di governo nella Chiesa<sup>1</sup>. Chiamate a essere modello di virtù cristiane, le autorità ecclesiastiche sono tenute non solo a prodigarsi per sollecitare i litiganti a porre fine alla contesa, ma soprattutto a comporre bonariamente le divergenze che possono sorgere dal loro operato. L'obbligo di ricercare la concordia viene prescritto per tutte le controversie, sia quelle che riguardano beni patrimoniali o in generale le cause contenziose, sia quelle che coinvolgono disposizioni autoritative attinenti all'organizzazione istituzionale o ai rapporti con le persone o le comunità. In effetti, la prassi mostra il frequente ricorso *in omnibus causis* agli strumenti giuridici che consentono di realizzare

---

<sup>1</sup> «*Oportet ergo episcopum ... non percussorem, sed modestum, non litigiosum, non cupidum*» (1 Tm 3, 3); «*Servum autem Domini non oportet litigare, sed mansuetum esse ad omnes, docibilem, patientem, cum modestia corripientem eos, qui resistunt veritati ...*» (2 Tm 2, 24-25); «*Vos autem episcopi nolite esse duri neque tyranni neque iracundi neque asperi in populum Dei manibus vestris traditum, ... et congregate credentes cum magna mansuetudine et longanimitate et patientia et sine ira et per doctrinam et orationem tanquam ministri regni aeterni*» (*Didascalia Apostolorum*, II, 57, 1). Si veda la più ampia trattazione svolta *supra*, cap. I, § 2.

una composizione equitativa del dissidio, vale dire la conciliazione<sup>2</sup>, la transazione o l'arbitrato<sup>3</sup>. Anzi, in determinate controversie è il diritto stesso a imporre l'uso di metodi alternativi al processo giudiziale per risolvere il conflitto<sup>4</sup>.

Il *favor conciliationis* viene pertanto a modellare anche i rimedi processuali diretti a risolvere i contrasti sorti dagli atti di governo delle autorità ecclesiastiche.

Fin dalle origini l'ordinamento della Chiesa ha previsto la possibilità di chiedere la rettifica dei provvedimenti autoritativi che arrecano un aggravio ai fedeli, riconoscendo la possibilità di rivolgersi allo stesso autore dell'atto o al superiore gerarchico<sup>5</sup>. Si consolidano così strumenti giuridici di vario genere, tratti dall'esperienza del diritto romano, che si ispirano al medesimo *modus operandi* favorevole alla conciliazione già esaminato per le azioni nei processi contenziosi, dal momento che corrispondono a procedure che sono comu-

---

<sup>2</sup> Si ricordano gli impulsi alla conciliazione che i sinodi o i vescovi vicini della medesima provincia devono rivolgere ai loro confratelli coinvolti in giudizio: «*Dissidentes episcopos, si non timor Dei, sinodus reconciliet*» (IV concilio di Cartagine, c. 25, in D. XC, c. 6 [*Dissidentes episcopi ad concordiam redire cogantur*]). Così pure nel concilio di Agde (a. 506), c. 3, in C. XI, qu. 3, c. 8. Per maggiori approfondimenti, si rinvia *supra*, cap. II, § 3.

<sup>3</sup> Sul principio di libertà che riconosce la possibilità di transigere o di compromettere *in arbitros* «*super omnibus praeter quam in prohibitis*» (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea, De transactionibus*, 3. *Super quibus rebus*) si rinvia all'esposizione svolta *supra*, cap. III, § 4 e cap. IV, § 5.

<sup>4</sup> Si ricorda l'usanza, invalsa in alcuni concili particolari, di demandare a *iudices electi ex consensu partium* la decisione delle cause che coinvolgono i vescovi (si veda *supra*, cap. IV, § 1).

<sup>5</sup> E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 440-443 e 479-480; I. GORDON, *De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno*, in *Periodica de Re Canonica*, 61, 1972, pp. 257-269; C. LEFEBVRE, *De recursibus administrativis in iure canonico: lineamenta historica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 99, 1974, pp. 197-222; J.D. McCLUNN, *Administrative recourse. A commentary with historical notes*, The Catholic University of America press, Washington D.C., 1946; M. NACCI, *Dalla supplicatio alla remonstratio: evoluzione storico-giuridica del 'dissenso' nella Chiesa*, in *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, II, a cura di J. WROCEŃSKI, M. STOKŁOSA, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Varsavia, 2012, pp. 983-992; I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 156-165.

ni, usate cioè per risolvere tutte le controversie che sorgono all'interno della comunità ecclesiale. Com'è noto, infatti, fino all'epoca contemporanea il diritto canonico non prevede una regolamentazione distinta per la funzione amministrativa, né di conseguenza per i contrasti sorti dal suo esercizio, ma include le varie attività svolte dalle autorità di governo nel quadro di una unitaria *potestas iurisdictionis*, pur stabilendo modalità specifiche di trattamento per le diverse tipologie di atti. Anche le procedure ordinate a gestire le divergenze connesse agli atti che secondo le concettualizzazioni attuali sono considerati di natura amministrativa, quindi, sono dirette a instaurare un confronto tra le parti che si pone come obiettivo preminente la ricerca di una composizione pacifica. Anzi, il *favor conciliationis* può ritenersi persino accentuato nell'applicazione di queste misure alle controversie amministrative, per l'indole informale ed equitativa che connota il modo di affrontare le questioni attinenti agli *actus extraiudiciales*, rispetto a quelli emessi *ordine iudiciario servato*, uno stile maggiormente flessibile che consente alla discrezionalità di chi è preposto a decidere di trovare la soluzione più adeguata e conveniente alle esigenze delle persone coinvolte<sup>6</sup>.

In considerazione, pertanto, della comunanza di principi nello svolgimento degli istituti processuali, non pare necessario ripetere quanto è stato esposto sull'evoluzione storica dei metodi conciliativi<sup>7</sup>. Sembra invece più interessante soffermarsi, se pure sinteticamente, sui diversi rimedi messi a disposizione di chi ha subito un *gravamen* da un atto amministrativo per far valere le proprie ragioni e ottenere una revisione del provvedimento, al fine di comprendere come si possa inserire nel loro *iter* un tentativo di conciliazione e di poter svolgere poi un confronto con le novità introdotte con la riforma della giustizia amministrativa attuata con la legislazione giovanneo paolina.

---

<sup>6</sup> Sui caratteri degli *actus extraiudiciales* e la loro disciplina, nell'evoluzione storica fino al codice piano benedettino, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 214-229.

<sup>7</sup> Si veda la trattazione nella prima parte del presente volume.

Le varie modalità della richiesta di riforma di un atto di governo *extrajudicialis* che si sono sviluppate nel corso della tradizione canonica possono essere esaminate in rapporto alla distinzione in due categorie: le misure di natura graziosa e quelle di natura giustiziale. Alla prima categoria appartengono le differenti forme di *supplicationes*; alla seconda le *provocationes* al giudice superiore. Peraltro, la configurazione del singolo rimedio non è sempre riconducibile in modo univoco all'una o all'altra categoria, ma contiene elementi tratti da entrambe.

La *supplicatio* è sempre stata ammessa con liberalità dalla Chiesa, sul modello delle *preces* che potevano essere rivolte all'imperatore romano<sup>8</sup>. L'istanza può essere rivolta alla stessa autorità che ha emanato l'atto oppure al superiore gerarchico, ma si distingue tra due diverse estensioni del significato della nozione. La *supplicatio large sumpta* comprende «*quaelibet precum porrectio*»<sup>9</sup>, diretta a chiunque per qualsiasi motivo; *stricto sensu*, invece, riguarda la *prex* proposta da chi ha subito un *gravamen* e rivolta alla *benignitas* dell'autorità per ottenere la modifica di un atto che non sarebbe altrimenti contestabile con i mezzi ordinari di impugnazione<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> In epoca postclassica si vengono a elaborare due forme di *supplicationes* all'imperatore. Una costituisce un rimedio per chiedere la revisione di una decisione non altrimenti impugnabile, come le sentenze del prefetto del pretorio dichiarate inappellabili: la *supplicatio*, ammessa nella prassi viene confermata da una *novella* di Teodosio II (C. 7.42 *De sententiis praefectorum praetorio*, 1). L'altra, invece, concerne l'impetrazione che un privato può rivolgere direttamente all'imperatore, *omisso medio*, su questioni di diverso argomento (C. 1. 19 *De precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicari liceat vel non*, 1-8). Sul tema si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 19-25.

<sup>9</sup> INNOCENZO IV, *In quinque Decretalium libros commentaria doctissima*, ad X, I, 41, c. 8 *Ex litteris*, n. 3: «*Item supplicatio dicitur large quaelibet precum porrectio. Dicitur autem stricte benignitas superioris ad removendum, quae male acta credit*».

<sup>10</sup> Il Panormitano, riprendendo la distinzione di Innocenzo IV, espone la seguente definizione: «*Supplicatio est quidam precum porrectio facta principi et quaedam benignitate superior restituit supplicantem adversus sententiam contra quam non competit remedium ordinarium*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum, Secunda pars*, tit. XLI, *Ex litteris*, n. 6). Una illustrazione analoga si trova anche in F.X. SCHMALZGRUEBER: «*Stricte, quando allegata laesione, seu*

La disciplina della *supplicatio*, neppure di quella in senso stretto, non risulta regolata espressamente dalle norme canoniche, ma viene sostanzialmente ricostruita sulla base delle fonti del diritto romano<sup>11</sup> ed è proprio richiamando tali disposizioni che la dottrina annovera le caratteristiche distintive di questo espediente rispetto allo strumento ordinario di revisione delle decisioni, qual è l'*appellatio*<sup>12</sup>. La *supplicatio* in senso stretto viene dunque configurata come un rimedio straordinario, che consente di chiedere la riforma di un atto quando non sussista altra possibilità, perché il provvedimento è stato emesso dall'autorità suprema oppure è divenuto definitivo per l'esaurimento dei gradi di revisione<sup>13</sup>. Si distingue inoltre da altre impugnazioni, in quanto si può rivolgere alla stessa autorità che ha emanato l'atto<sup>14</sup> e non rappresenta una pretesa dovuta *ex iustitia*, ma un'implorazione «*ex mera gratia*», che confida cioè nella benevolenza di chi è preposto a decidere<sup>15</sup>. Oltre a queste diversità essenziali, altre differenze attengono agli effetti dell'istanza, che non contemplano la sospensione dell'atto contestato, e al tempo conces-

---

*gravamine, petitur ut princeps sententiam, contra quam ordinarium appellationis remedium non competit, ex mera gratia, et benignitate revideat, ac retractet*» (*Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 2).

<sup>11</sup> Nelle trattazioni sulla *supplicatio* la dottrina richiama quali fonti della disciplina le disposizioni tratte del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, come si può rilevare in TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars IV, tit. 3, *Quo remedio valida sententia sublevetur*, § 1; e poi in F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, nn. 2-3.

<sup>12</sup> La *glossa* annovera due differenze (*ad X*, I, 41, c. 4 *Ex litteris*, v. *Supplicavit*), mentre F.X. SCHMALZGRUEBER ne elenca sei (*Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 3).

<sup>13</sup> «*Supplicare potest quilibet quantumcumque remota sit appellatio*» (*glossa ad X*, I, 41, 4, v. *Supplicavit*).

<sup>14</sup> «*Appellatio fit ad alium iudicem superiorem; supplicatio vero plerumque ad eundem, qui tulit sententiam, et a quo propter excellentiam non licet appellare*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 3).

<sup>15</sup> «*Appellatio est remedium ordinarium, et in iustitia fundatum, cum sit species quaedam defensionis; supplicatio vero est extraordinarium, et innixum gratiae merae principis*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 3).

so per la presentazione della richiesta, che consente di prorogare il termine fino a due anni<sup>16</sup>.

Come si nota, a questa figura generale di *supplicatio* si riconoscono ampie possibilità di applicazione, ma nel contempo non viene assicurata pressoché alcuna garanzia circa l'effettivo accoglimento della richiesta, dal momento che la risposta dipende interamente dalla discrezione dell'autorità. Di conseguenza, anche la praticabilità di un tentativo di conciliazione tra le diverse esigenze, pur sempre esperibile, risulta comunque rimesso alla disponibilità della stessa autorità di prendere in considerazione un eventuale accomodamento. Inoltre, la procedura informale e semplificata, priva di un formale contraddittorio o di un dibattito tra le parti, sottrae al confronto tra gli interessati la ricerca di una eventuale composizione equitativa e la rimette alla decisione dell'autorità.

Peraltro, nell'ambito della forma onnicomprensiva di *supplicatio*, priva di norme apposite, il diritto canonico viene a regolare alcune espressioni specifiche<sup>17</sup>. Appare soprattutto interessante da esaminare la disposizione data da Alessandro III con la decretale *Si quando*, volta a concedere all'arcivescovo di Ravenna la facoltà di non adempiere un mandato apostolico, qualora abbia esposto per iscritto al romano pontefice le ragioni in base alle quali ritiene

---

<sup>16</sup> «... appellatio suspendit executionem sententiae; non item supplicatio strictae sumpta, sed cautio praestari debet ab eo, pro quo lata est sententia de restitutione facienda, si supplicans causam obtinebit ... appellari debet intra decennium; supplicari etiam eo lapso usque ad biennium, sed tunc executio procedit sine ulla satisfactione» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 3).

<sup>17</sup> La stessa *restitutio in integrum* viene considerata una forma di *supplicatio* (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 2). Del resto, le delucidazioni di Innocenzo IV e del Panormitano sulla *supplicatio*, sopra citate, sono espone dagli autori nell'ambito del commento alla decretale *Ex litteris* (X, I, 41, c. 8), che viene inserita dalle *Decretales Gregorii IX* nel titolo XLI relativo alla *restitutio in integrum*, sebbene il provvedimento non riguardi propriamente una richiesta di *restitutio in integrum*, come sottolinea anche la *glossa ad X*, I, 41, 4, v. *Casus*.

di non poterlo osservare<sup>18</sup>. Un'analogia concessione si trova anche nella decretale *Quum teneamur* dello stesso pontefice, in merito alla possibilità, per chi dovrebbe eseguire la provvisione di un beneficio disposta dalla Sede apostolica, di non provvedere se non lo considera opportuno<sup>19</sup>.

Entrambe le decretali conferiscono una deroga speciale all'ordinaria sottomissione ai comandi pontifici, in virtù della pazienza («*nos patienter sustinebimus*») e della equanimità («*aequanimiter sustinemus*») dell'autorità suprema. Si tratta dunque di una concessione graziosa che però riconduce precise conseguenze giuridiche alla presentazione di una rimostranza estesa per iscritto e con l'indicazione di una giustificazione ragionevole, vale a dire la sospensione dell'esecutività del provvedimento altrimenti obbligatorio. Per i rescritti del romano pontefice si giunge così a delineare un istituto distinto dalla generica *supplicatio*, in quanto produce l'effetto sospensivo non ricompreso normalmente nella *supplicatio*<sup>20</sup>. Tale effetto, prodotto in via provvisoria a seguito della mera denuncia, può divenire definitivo nel caso in cui il romano pontefice non si pronunci

---

<sup>18</sup> X, I, 3, c. 5 *Si quando*: «*Qualitatem negotii, pro quo tibi scribitur, diligenter considerans et attendens, aut mandatum nostrum devote et reverenter adimpleas, aut per literas tuas quare adimplere non possis sufficientem et rationabilem causam praetendas quia nos patienter sustinebimus, si non feceris quod prava nobis fuerit insinuatione suggestum*».

<sup>19</sup> X, III, 5, c. 6 *Quum teneamur*: «*Si preces et mandatum nostrum pro alicuius provisione receperis vel aliquando recipies, qui aliud beneficium habeat, de quo valeat commode sustentari, nisi forte in literis ipsis de hoc mentio habeatur, aut si non potest ei sine scandalo provideri, aequanimiter sustinemus, si pro eo preces et mandatum nostrum non duxeris exsequendum*».

<sup>20</sup> «*Rescriptum principis quando videtur ab honestate deviare non tenetur subditus immediate mandare executioni: sed debet expectare secundam iussionem*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, prima pars, tit. III, *Si quando*, incipit). Di seguito si precisa: «... *officialis vel alius cui princeps per literas suas aliquid mandat potest non parere et rescribere principi et expectare secundam iussionem quia quandoque princeps per minimam importunitatem vel per surreptionem vel nimiam occupationem concedit non concedenda*» (ivi, n. 2).

in senso contrario oppure resti in silenzio, dimostrando così implicitamente di accogliere le ragioni della critica<sup>21</sup>.

È significativo sottolineare come queste disposizioni vengano in definitiva a riconoscere una modalità di composizione equitativa che avviene *ipso iure* tra le esigenze espresse dal richiedente contrarie all'esecuzione del rescritto e quelle che invece avevano indotto l'autorità ad emanarlo. Infatti, viene attribuita rilevanza automatica alla *sufficiens et rationabilis causa* che motiva il comportamento ostativo del destinatario o dell'esecutore del provvedimento, tanto da autorizzare la facoltà di non adempierlo<sup>22</sup>. All'autorità ecclesiastica spetta poi di valutare se autorizzare in via definitiva oppure se intervenire con un'altra disposizione che dovrà necessariamente tenere conto delle difficoltà emerse in precedenza.

Questo rimedio viene ammesso comunemente per i rescritti pontifici che riguardano casi particolari, ma in epoca moderna suscita l'interesse della dottrina che si interroga circa la possibilità di estendere la previsione anche alle disposizioni date in forma generale dal romano pontefice<sup>23</sup>. Proprio in rapporto a questa applicazione

---

<sup>21</sup> Si applica pertanto la *regula iuris*: «*Qui tacet, consentire videtur*» (*Regula XLIII*, in VI).

<sup>22</sup> Le ragioni che giustificano l'eccezione all'esecuzione possono essere di diversa gravità: da un mero errore di valutazione, come indica il passo dell'*Abbas Siculus* citato nella nota precedente, ai casi più gravi elencati dallo stesso autore, richiamando altra dottrina: «... *si mandatum papae continet heresim vel vehementer praesumitur statum ecclesiae perturbari vel alia mala ventura non debet subditus parere... pone quod papa rescribat pro notorie indigno ut assignetur sibi certum beneficium ... quod sine peccato non potest fieri et tunc sibi non est parendum. Quia papa non habet potestatem peccandi*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in primum Decretalium librum*, prima pars, tit. III, *Si quando*, nn. 2-3).

<sup>23</sup> La questione viene sollevata dai teologi della Seconda Scolastica, in particolare da F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. IV, cap. XVI, n. 7. Sull'argomento si vedano L. DE LUCA, *Lo "ius remonstrandi" contro gli atti legislativi del pontefice*, in *Studi in onore di V. Del Giudice*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 245-271; H.J. GUTH, «*Ius remonstrandi*»: *l'institut juridique du droit de remonstrance épiscopal*, in *Revue de Droit Canonique*, 52, 2002, pp. 153-165; E. LABANDEIRA, *La «remonstratio» y la aplicación de las leyes universales en la Iglesia particular*, in *Ius Canonicum*, 24, 1984, pp. 711-740.

estensiva alle leggi, accolta dalla *communis opinio*<sup>24</sup>, viene utilizzato il termine *remonstratio*, in alternativa o come sinonimo di *supplicatio*<sup>25</sup>. In realtà, questa espressione non si ritrova nelle fonti canonistiche, nelle quali non viene data alcuna denominazione specifica, ma viene tratta dal linguaggio usato negli Stati moderni per definire le critiche nei confronti dei provvedimenti dei sovrani assoluti<sup>26</sup>. Si possono pertanto sollevare motivate obiezioni circa l'opportunità di recepire una simile nozione nel diritto della Chiesa per definire la richiesta del fedele di rivedere un atto di governo dell'autorità ecclesiastica<sup>27</sup>.

Un'altra forma o applicazione particolare di *supplicatio*, ossia il *beneficium novae audientiae* alla Sede apostolica, viene a emergere nell'ambito dell'organizzazione moderna della Curia romana in parallelo con le riforme che apportano modifiche al sistema delle impugnazioni degli atti di governo *extraiudiciales*, per cui sembra più conveniente parlarne dopo aver esaminato la parabola evolutiva della forma più antica di rimedio giustiziale nei confronti degli atti amministrativi, denominato in epoca classica *appellatio extraiudicialis*<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> L'estensione risulta confermata anche dal pontefice BENEDETTO XIV, *De synodo dioecessana*, lib. IX, cap. VIII, n. III, con riguardo tuttavia alle sole disposizioni in materia di disciplina, non a quelle che attengono a «*ritus, caeremonia, sacramenta, clericorum vita*», perché «*isthaec omnia a pontificia pariter autoritate omnino pendent; ideoque apostolicae sedis decreta quae circa ea prodire contingat inferiorum iudicio et censurae nullo modo subiecta esse debent*».

<sup>25</sup> L. DE LUCA, *Lo "ius remonstrandi"*, cit., pp. 250-251, mette in luce come la dottrina usi indistintamente i due termini, anche se si può riscontrare una preferenza degli autori più antichi per l'espressione *supplicatio* e una prevalenza in quelli più recenti dell'uso della parola *remonstratio*.

<sup>26</sup> P. DE POOTER, L. WÆLKENS, *Le ius remonstrandi. Droit fondamental ou aberration de la doctrine canonique?*, in *Ius Ecclesiae*, 7, 1995, pp. 713-719; P. DE POOTER, voce *Remonstratio*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 908-910.

<sup>27</sup> Sull'applicazione del termine *remonstratio* alla *petitio praeavia* introdotta dal codice del 1983 nel can. 1734, si veda *infra* cap. XI, § 1.

<sup>28</sup> Sul tema si vedano: M. DEL POZZO, voce *Apelación extrajudicial*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, cit., pp. 388-393; I. GORDON, *De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno*, in *Periodica de*

Il reclamo in via di giustizia contro gli atti di governo è sempre stato ammesso nell'ordinamento della Chiesa sulla base della disciplina romanistica dell'*appellatio*, quale rimedio ordinario per chiedere la revisione *ex novo* di una decisione<sup>29</sup>. Nel diritto canonico l'*appellatio* trova un'applicazione estensiva, in quanto viene concepita come una procedura onnicomprensiva di controllo contenzioso nei confronti tanto di una pronuncia giudiziale (*post datam sententiam*), quanto di un *gravamen* arrecato con un'attività stragiudiziale (*ante datam sententiam*)<sup>30</sup>. Al pari dell'impugnazione della sentenza, la contestazione dell'atto stragiudiziale può essere presentata al giudice del grado gerarchico immediatamente superiore all'autore del *gravamen*, secondo l'ordine prestabilito dei gradi gerarchici di giurisdizione<sup>31</sup>. Tuttavia, sulla base di alcune decretali tratte dalla

---

*Re Canonica*, 61, 1972, pp. 257-269; K.W. NÖRR, *Ein Baustein der mittelalterlichen Rechtskirche: die appellatio extraiudicialis*, in *Studia in honorem Eminentissimi Cardinalis Alphonsi M. Stickler*, a cura di R.I. CASTILLO LARA, LAS, Roma, 1992, pp. 463-482; H. SCHMITZ, *Appellatio extraiudicialis. Entwicklungslinien einer kirchlichen Gerichtsbarkeit über die Verwaltung im Zeitalter der klassischen Kanonistik (1140-1348)*, Ed. Max Hueber, Munich, 1970.

<sup>29</sup> L'*appellatio* si afferma progressivamente nell'epoca del principato nelle forme della *cognitio extra ordinem*. In età classica si configura come una richiesta di revisione presentata all'imperatore contro le sentenze dei presidi, poi successive costituzioni del IV e V secolo rimettono ai vicari e ai prefetti la competenza a giudicare al di sopra delle province, mentre l'imperatore conserva il potere di revisione delle pronunce dei funzionari *spectabiles* periferici (C. 7. 62. 32 pr. e § 1). Per approfondimenti, si rinvia a A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, cit., pp. 13-42.

<sup>30</sup> Si vedano le decretali dei pontefici raccolte nel *Decretum* in C. II, q. 6, I pars, nelle quali l'*appellatio* viene considerata un rimedio generale (c. 1), come rileva lo stesso Graziano nel *dictum post c. 17*: «*Oppressi et se praegravari putantes intelliguntur ante data sententiam, iniuste dampnati post datam*»; «*Est igitur appellatio protestatio sententiae inique vel suspecte querelam continens. Dicitur etiam generaliter appellatio cuiuslibet molestiae ad maiorem potestatem proclamatio. ... Secundum leges non est appellandum nisi post datam sententiam ... Secundum canones vero et ante sententiam et post sententiam potest appellari ...*» (RUFINUS, *Summa Decretorum*, causa II, quaestio 6).

<sup>31</sup> La *gradatio* delle istanze viene precisata in alcune decretali, secondo l'ordine previsto dal concilio di Calcedonia: dal vescovo al metropolita, al primate e al patriarca, per giungere infine alla Sede apostolica: «*Si quis putaverit se a proprio metropolitano gravari, apud patriarcham vel primatem dioeceseos, aut penes universalis apo-*

collezione Pseudo-Isidoriana si ammette anche una forma di appello straordinario, con la *expostulatio* diretta al romano pontefice, in forza del privilegio di supremazia universale della Sede apostolica<sup>32</sup>.

In età classica si giunge progressivamente a precisare meglio le peculiarità di questa *appellatio a gravamine ante sententiam*, sottolineando come si tratti non tanto di una impugnazione, quanto piuttosto di una «*provocatio ad causam*», dal momento che è diretta a instaurare una nuova causa contenziosa e non a proseguire una lite pregressa nei gradi ulteriori<sup>33</sup>. Così, a seguito del chiarimento concettuale circa la diversa origine *extra iudicium* del *gravamen*, si afferma l'uso di definire distintamente le due forme di *appellatio*, l'una *iudicialis* e l'altra *extraiudicialis*<sup>34</sup>, pur nell'ambito di una concezione dell'*appellatio* che resta fondamentalmente unitaria<sup>35</sup>.

---

*stolicae ecclesiae iudicetur sedem*» (C. II, q. 6, c. 7); «*Si quis putaverit se a proprio metropolitano gravari, apud primatem dioeceseos aut penes universalis apostolicae ecclesiae papam iudicetur*» (C. II, q. 6, c. 15).

<sup>32</sup> «*Si quis vestrum pulsatus fuerit in aliqua adversitate, licenter hanc sanctam et apostolicam sedem appellet, et ad eam quasi ad caput suffugium habeat, ne innocens dampnetur, aut ecclesia sua detrimentum patiatur*» (C. II, q. 6, c. 4); «*Ad Romanam ecclesiam ab omnibus, maxime tamen ab oppressis est appellandum, et concurrentium quasi ad matrem ...*» (C. II, q. 6, c. 8). Si vedano anche le decretali raccolte nella stessa *quaestio*, nei cc. 5, 6, 10 e 17.

<sup>33</sup> La tesi è sostenuta dai decretisti della scuola di Bologna e viene recepita da Alessandro III nella decretale *Quum sit*, inserita nella raccolta di Gregorio IX con l'aggiunta dell'inciso «*extra iudicium*»: «*Si vero a gravamine et ante litis ingressum fuerit appellatum, huiusmodi audietur appellans, quoniam sacri canones etiam extra iudicium passim appellare permittunt, nec solent huiusmodi dici appellationes, sed provocationes ad causam*» (X, II, 28, c. 5). Il testo originale della decretale viene riportato da H. SCHMITZ, *Appellatio extraiudicialis*, cit., p. 25.

<sup>34</sup> Da *appellatio extra iudicium*, come viene denominata da Raimondo di Peñafoort nel *Liber Extra* introducendo un'aggiunta alla decretale *Cum sit* (X, II, 28, c. 5), ad *appellatio in quibuslibet extraiudicialibus actibus*, come si trova nella decretale *Concertationi antiquae* di Bonifacio VIII (VI, II, 15, c. 8), per finire ad *appellatio extraiudicialis*, come viene definita nella decretale *Sicut appellationem* di Clemente V (*Clem.*, II, 12, c. 3).

<sup>35</sup> La dottrina esamina congiuntamente le due forme di *appellatio*, premettendo una definizione comune che le comprende entrambe: «*Appellatio est sententiae vel gravaminis relevatio per proclamationem, minori iudice ad maiorem factam, praetextu iniqui gravaminis vel iniustae sententiae*» (TANCREDI DA BOLOGNA, *Ordo iudiciarius*, pars IV, tit. 5, *De appellationibus*, § 1). In modo analogo anche F.X.

In effetti, nonostante la peculiarità dell'oggetto dell'impugnazione, la procedura di trattazione della lite risulta pressoché identica in entrambe le tipologie di *appellatio* e si svolge secondo le regole comuni dell'*ordo iudiciarius*<sup>36</sup>. Anche all'*appellatio extraiudicialis*, quindi, si possono riconoscere le medesime caratteristiche che contraddistinguono i rimedi di giustizia rispetto ai rimedi graziosi, come la *supplicatio*<sup>37</sup>. Peraltro, la propensione per le distinzioni conduce la dottrina a individuare varie differenze tra le due forme di *appellatio*<sup>38</sup>, ma quelle che possono essere considerate le principali sono eminentemente tre<sup>39</sup>: solo l'*appellatio iudicialis* può essere considerata propriamente un appello, mentre l'*appellatio extraiudicialis* è

---

SCHMALZGRUEBER (*Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, *De appellationibus, recusationibus, et relationibus*, n. 1): «*Appellatio ... est ab inferiore ad superiorem iudicem facta provocatio ratione gravaminis illati, vel inferendi. ... Dicitur 2. ab inferiore, videlicet vel iudice, vel alio, ut comprehendatur etiam appellatio extraiudicialis, quae fit ab aliis, quam iudicatis, ut ab electione, spoliatione etc. Dicitur 3. probatione gravaminis illati, vel inferendi; nam ab utroque appellari potest iudicialiter, vel extraiudicialiter*». La descrizione viene ripresa da F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, V, 1, tit. *De appellationibus*, cit., p. 526, n. 690.

<sup>36</sup> A seguito delle decretali di Clemente V, nel concilio di Vienne, *Dispendiosam* (*Clem.*, II, 1, 2) e *Saepe contigit* (*Clem.*, V, 11, 2) si applica il processo sommario «*simpliciter et de plano, ac sine strepitu iudicii et figura*».

<sup>37</sup> In sintesi, secondo l'elencazione di F.X. SCHMALZGRUEBER (*Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 3): «*Et 1. differt, quia appellatio suspendit executionem sententiae; ... 2. Appellari debet intra descendium; ... 3. Appellatio fit ad alium iudicem superiorem; ... 4. Appellatio est remedium ordinarium, et in iustitia fundatum, cum sit species quaedam defensionis; ... 5. Appellari a quocumque gravamine, lite etiam pendente, potest; ... 6. Appellare victus a sententia definitiva bis potest; ...*».

<sup>38</sup> ENRICO DA SUSA (*Commentaria in quinque decretalium libros*, II, tit. *de appellationibus*, cap. 50, nn. 10-12) ne enumera ben diciassette, mentre NICCOLÒ DEI TEDESCHI (*Commentaria in secundum Decretalium librum, tertia pars, tit. de appellationibus, recusationibus, et relationibus*, c. 51, *Bonae memoriae*, nn. 7-15) ne ricorda quattordici.

<sup>39</sup> «*Discrimen inter appellationem iudicalem, et extraiudicalem triplex assignatur. 1. Appellatio iudicialis, est proprie appellatio, extraiudicialis improprie ... 2. iudicialis supponit iudicium, et fit a solo iudice, eiusque gravamine, non inferendo, sed illato; extraiudicialis autem non supponit iudicium coeptum, neque exigit necessario, ut fiat a iudice, sed potest fieri etiam a parte, si ab hac gravamen inferatur, vel timeatur... 3. Iudicialis praeterita suspendit, eaque pendente, acta invalida sunt, et per viam attentati revocantur; non ita invalida sunt gesta, pendente appellatione extraiudiciali,*

una *provocatio ad causam*; l'*appellatio iudicialis* presuppone un giudizio già concluso e impugna la sentenza che ha arrecato un pregiudizio, invece l'*appellatio extraiudicialis* prescinde da un precedente giudizio e può essere diretta a contestare un qualsiasi *gravamen*, sia quando sia stato effettivamente prodotto, sia quando sia temuto per il futuro, da chiunque sia stato commesso, anche da un privato; l'*appellatio iudicialis* sospende sempre l'esecuzione della sentenza durante la pendenza della lite e tutti gli atti che attentano contro il principio «*lite pendente nihil innovetur*» sono considerati invalidi, mentre per l'*appellatio extraiudicialis* sono previste alcune eccezioni al normale effetto sospensivo<sup>40</sup> e comunque sono ritenuti invalidi solo gli attentati che arrecano un pregiudizio diretto all'oggetto di cui si chiede la tutela nella *provocatio*<sup>41</sup>.

Dato che la procedura è la stessa prevista per i processi giudiziari, si applicano all'*appellatio extraiudicialis* le medesime disposizioni valide per tutte le cause contenziose anche in merito al dovere del giudice di tentare di condurre le parti a trovare una soluzione pacifica. Il *favor conciliationis* che ispira per tutta l'epoca classica il modo di gestire le controversie conduce quindi a promuovere la ricerca della concordia pure nei reclami avverso gli atti di governo e la struttura del contraddittorio, con il confronto tra le *positiones* delle

---

*nisi forte ipsi appellationi repugnent*» (F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium*, II, 2, tit. XXVIII, n. 5).

<sup>40</sup> In determinate cause, particolarmente in materia penale e disciplinare, il timore che un ricorso eccessivo agli appelli possa rendere difficoltoso l'ordinario esercizio delle funzioni di governo ha indotto i pontefici a introdurre delle eccezioni al normale effetto sospensivo dell'*appellatio*, con le decretali di Alessandro III (*Inter cetera*, in X, II, 28, c. 2 e *Ad nostram*, in X, II, 28, c. 3), di Clemente III (*Ad eminentiam*, in X, V, 39, c. 20) e di Innocenzo III (*Irrefragabili*, in X, I, 31, c. 13 e *Pastoralis*, in X, II, 28, c. 53).

<sup>41</sup> La fonte richiamata è la decretale *Quum nobis* di Innocenzo III che riguarda una impugnazione di una elezione (X, I, 6, c. 19): «*in iudicio revocantur omnia attentata ... sed extra iudicium non revocantur nisi ea quae gesta sunt contra appellationem ut in can. cum nobis*» (NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentaria in secundum Decretalium librum, tertia pars*, tit. *de appellationibus, recusationibus, et relationibus*, c. 51, *Bonae memoriae*, n. 12).

parti, agevola a individuare un accomodamento equitativo idoneo a comporre le diverse esigenze.

In seguito, tuttavia, il progressivo rafforzamento dell'impostazione autoritaristica nell'organizzazione del governo della Chiesa viene a estendere la tendenza a preservare l'esecuzione dei provvedimenti dalle possibili sospensioni provocate dalle impugnazioni, cosicché si giunge ad ampliare lo spettro delle cause per le quali la *provocatio* determina il solo effetto *in devolutivo*<sup>42</sup>, con la conseguenza di rendere meno efficace la difesa assicurata dall'*appellatio extrajudicialis*. L'impiego di questo strumento contenzioso nei confronti dei decreti degli ordinari diviene pertanto col tempo sempre meno frequente, sino a cadere gradualmente in disuso.

Per contro, appaiono più utili e funzionali i ricorsi straordinari diretti alla Sede apostolica che a seguito della riforma sistina della Curia romana vengono affidati all'esame delle congregazioni<sup>43</sup>. Rispetto ai giudizi avanti ai tribunali, le procedure di trattazione delle cause presso le congregazioni si caratterizzano per uno stile informale e lineare, con minori adempimenti e solennità rituali dello stes-

---

<sup>42</sup> Prima il Concilio di Trento introduce alcune gravi restrizioni all'*appellatio extrajudicialis* contro i decreti dei vescovi, allo scopo di rafforzare il loro governo sulla diocesi e di impedire eccessive e pretestuose interferenze all'attuazione dei provvedimenti di riforma disciplinare assunti dalla stessa assise episcopale (*Sessio* 13, c. 1 *de reformatione* e *Sessio* 24, c. 10 *de reformatione*; si veda anche *Sessio* 14, c. 4 e *Sessio* 22, c. 1). Successivamente la limitazione dell'efficacia sospensiva dell'impugnazione viene estesa da Benedetto XIV: «*generaliter in omnibus iis, quae pertinent ad curam animarum, et rectam sacramentorum administrationem, adversus visitationem, correctionem, coercionem, et quascumque alias provisiones episcopi dioecesanis*» (Costituzione *Ad militantis Ecclesiae*, del 30 marzo 1742, in *Codicis iuris canonici fontes*, I, a cura di P. GASPARRI, I, Typis polyglottis Vaticanis, Romae, 1947, pp. 723-733, n. 326, § 19). Contro questi provvedimenti risulta possibile esperire il ricorso *per viam supplicis libelli* al romano pontefice oppure l'*appellatio de iure* tanto al metropolita, quanto ai giudici della Sede apostolica «*in solo devolutivo, et sine retardatione, vel praeiudicio legitimae executionis*» (§ 38).

<sup>43</sup> Sul tema, si possono vedere: E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 468-469; M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici: De iudiciis ecclesiasticis*, I, 2, Typis Vaticanis, Romae, 1898, pp. 101-102, 119-125, 164-173, 193-206; C. LEFEBVRE, voce *Procédure*, cit., col. 298; Id., *De recursibus administrativis*, cit., pp. 216-217.

so processo sommario seguito nell'*appellatio extraiudicialis*. Inoltre, le congregazioni, in quanto vicarie del papa, sono dotate di poteri più ampi circa il modo di decidere l'oggetto della controversia, dal momento che possono non solo intervenire direttamente sul provvedimento impugnato, apportando tutte le modifiche che ritengono adeguate, ma altresì godono di una maggiore discrezionalità nel discernere la soluzione da adottare, derogando alle regole di stretto diritto per rispondere a criteri di equità, prudenza o convenienza<sup>44</sup>.

Questa indole accomodante rende l'esame presso le congregazioni, più che un rimedio di stretta giustizia, uno strumento di composizione dei dissidi che tende a evitare il conflitto e a cercare in via benevola e familiare un aggiustamento pacifico che salvaguardi le esigenze del buon governo insieme a quelle della comunione ecclesiale. Per questo la procedura mira ad attenuare il confronto contenzioso tra le parti, lo *strepitus iudicialis*, e a conferire piuttosto agli organi della congregazione la gestione diretta della risoluzione del caso<sup>45</sup>. Una simile modalità di agire appare, sotto il profilo sostanziale, certamente favorevole a promuovere la fine pacifica del conflitto,

---

<sup>44</sup> Come annota G.B. DE LUCA, a differenza degli uditori rotali che «*intra iustitiae commutativae atque legum cancellos habent arbitrium restrictum*», le congregazioni «*utpote vicarias Papae partes explicantes, quandoque pro negotiorum qualitate, rigorosos iuris cancellos egredi, atque cum illis legibus vel regulis, quae prudentiales dicuntur, procedere, ut negotio finis vel temperamentum magis opportunum concedatur*» (*Relatio Curiae romanae in qua omnium congregationum, tribunalium aliarumque iurisdictionum Urbis status et praxis delucide describitur*, A. Metternich, Coloniae Agrippinae, 1683, *Discursus XXXII*, n. 2).

<sup>45</sup> La direzione autoritaria e paternalistica del *modus procedendi*, senza dibattito tra le parti, viene evidenziata dalla descrizione di G.B. DE LUCA (*Relatio Curiae romanae*, cit., *Discursus XVI, De Sacra Congregatione super negotiis Episcoporum, et Regularium*, n. 8): «*Habito igitur recursu per eos, qui se gravatos sentiant, per viam supplicis libelli in forma extraiudicialis; Stylus est quod scribitur epistola familiaris subscripta a Praefecto, et Secretario nomine Congregationis, Episcopo, vel alteri superiori, cum insertione copiae libelli desuper porrecti, ut super contentis in eo, Sacram Congregationem informet; Habitaque informatione, si ea fidelis existat, adeo ut recurrentes in facto non discordent, unde propterea quaestio reducatur ad punctum iuris, tunc negotium proponitur in S. Congregatione, atque emanat resolutio, pro cuius executione, vel observantia, etiam per epistolas familiares, illi Episcopo, vel superiori directas, procedi solet*».

dal momento che si prefigge l'obiettivo di trovare una composizione equitativa tra le diverse istanze. Nondimeno, sotto il profilo formale, non corrisponde a un autentico procedimento di conciliazione, in quanto la concordia non è il frutto di un accordo tra le parti, bensì viene imposta con una decisione vincolante dell'autorità<sup>46</sup>.

L'impostazione autoritaristica del ricorso alle congregazioni porta in definitiva a far prevalere in questo rimedio l'indole graziosa piuttosto che quella di giustizia, come si può evincere anche dalla forma di impugnazione ammessa nei riguardi delle decisioni di questi organismi. Quali espressioni della potestà vicaria del romano pontefice, le pronunce delle congregazioni non sono sottoposte al controllo del tribunale supremo competente per la revisione delle sentenze giudiziali, ossia la Segnatura di giustizia, ma possono essere oggetto solo di una *supplicatio* al romano pontefice o alla Segnatura di grazia. Progressivamente, tuttavia, i regolamenti delle congregazioni arrivano a riconoscere la facoltà di invocare il *beneficium novae audientiae* presso lo stesso dicastero autore dell'atto, sulla base della indicazione di nuovi e gravi argomenti idonei a rendere opportuno un riesame del caso<sup>47</sup>. Questi rimedi, non dovuti *de iure*, non sono considerati ricorsi di giustizia, ma richieste di favore che si rivolgono alla benevola considerazione dell'autorità competente. Viene di conseguenza rimessa alla valutazione discrezionale della congregazione sia il deliberare se concedere o non il riesame sulla base della serietà dei motivi addotti, sia, nel caso di risposta positiva al primo interrogativo, il decidere in modo definitivo se accogliere o non la richiesta di revisione e modificare il provvedimento.

---

<sup>46</sup> Si potrebbe ritenere una forma di applicazione specifica della *concordia imperata* (si veda *supra*, cap. II, § 6).

<sup>47</sup> Questo rimedio straordinario viene previsto nei regolamenti della Congregazione del Concilio (pubblicati il primo nel 1695 e poi nel 1731, nel 1847 e nel 1884) e della Congregazione per i vescovi e i regolari (pubblicato nel 1834 e rivisto nel 1900). Per approfondimenti si veda M. THÉRIAULT, *Le beneficium novae audientiae dans la procédure de recours contre le décrets administratifs*, in *Studia Canonica*, 29, 1995, pp. 85-101.

## 1.2. *I recursus nella riforma piano benedettina*

Il sistema dei rimedi nei confronti degli atti amministrativi sin qui descritto, con la distinzione tra strumenti giustiziali e strumenti graziosi, subisce una svolta significativa con la riforma piano benedettina che giunge a sancire la definitiva abolizione dell'*appellatio extraiudicialis* nei confronti dei decreti degli ordinari<sup>48</sup>. Quali uniche misure per chiedere la revisione degli atti amministrativi restano le *provocationes* all'autorità amministrativa gerarchicamente superiore, che nel codice del 1917 sono denominate formalmente *recursus*.

In precedenza, dal XVII secolo, il termine *recursus* viene gradualmente ad essere usato nella prassi al posto di *supplicatio*<sup>49</sup>, ma la locuzione risulta impiegata in modo non uniforme, con significati tra loro diversi, per designare rimedi eterogenei, alcuni improntati a una natura maggiormente di giustizia, altri più vicini alla grazia<sup>50</sup>. Oltre all'*appellatio extraiudicialis* priva dell'effetto sospensivo e alla *restitutio in integrum*, sono ricomprese due tipologie di ricorsi alla Sede apostolica: la *provocatio* alla Sede apostolica nelle cause che non ammettono *appellatio* e la «*supplicatio summo principi obla-*

---

<sup>48</sup> La *Lex propria S.R. Rotae et Signaturae Apostolicae* del 29 giugno 1908, annessa alla costituzione apostolica *Sapienti consilio* di riforma della Curia romana (29 giugno 1908), esclude dalla competenza della Rota romana ogni forma di *appellatio seu recursus* «*contra dispositiones Ordinariorum, quae non sint sententiae formae iudiciali latae*» (can. 16). Di seguito, il codice piano benedettino del 1917 proibisce l'appello alla Rota «*contra Ordinariorum decreta*» (can. 1601). Per eliminare le residue perplessità e contrastare le affermazioni persistenti in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità, in casi determinati, di proporre un'azione giudiziale avanti ai tribunali, interviene la Pontificia Commissione *ad Codicis canones authentice interpretandos* a precisare il senso e la portata del can. 1601, sottolineando la spettanza esclusiva alle congregazioni del sindacato «*contra ordinariorum decreta, actus, dispositiones, quae ad regimen seu administrationem dioecesis spectent, ex gr. provisionem beneficiorum, officiorum, etc., aut recusationem seu denegationem collationis beneficiorum, officiorum, etc.*» (*Acta Apostolicae Sedis*, 16, 1924, p. 251).

<sup>49</sup> A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, II, tit. XXVIII, *De Appellationibus, Recusationibus et Relationibus*, § 1, n. 21.

<sup>50</sup> M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici: De iudiciis ecclesiasticis*, I, 1, cit., p. 636, n. 656.

*ta tantum gratiae et principis humanitati commendata*<sup>51</sup>. Mentre la seconda viene considerata un rimedio di grazia, la prima invece è ritenuta maggiormente assimilabile a un rimedio, se non di giustizia, almeno di equità<sup>52</sup>, ed è in questo senso che risulta ripresa dal codice piano benedettino per indicare i mezzi di controllo che possono essere proposti al superiore gerarchico nei confronti dei decreti delle autorità inferiori<sup>53</sup>.

Il ricorso, dunque, diviene il rimedio ordinario per chiedere la modifica o la revisione degli atti amministrativi, ora sottratti alla competenza del sindacato giudiziale. Si tratta di una *provocatio*<sup>54</sup>, ossia di una procedura contenziosa, ma diversa dal processo giudiziale, in quanto non si svolge avanti a un giudice, né con l'osservanza delle regole processuali dell'*ordo iudiciarius*, bensì si sviluppa lungo i gradi della gerarchia amministrativa<sup>55</sup> e con uno stile più economico e informale, che lascia ampia discrezionalità nel decidere sul

---

<sup>51</sup> M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici: De iudiciis ecclesiasticis*, I, 1, cit., p. 636, n. 656.

<sup>52</sup> «... in veteri quoque disciplina, recursus seu expostulatio ad Apostolicam Sedem, ab appellatione extraiudiciali videbatur distingui, non qua mera supplicatio ad gratiam Principis impetrandam, sed qua remedium ordinarium, loco appellationis, ex iustitia vel saltem aequitate competens» (S.C. CONCILII, *Romana et aliarum*, 12 gennaio 1924, *Animadversiones*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 16, 1924, p. 164).

<sup>53</sup> Can. 2146, § 1 CIC17. Per l'elenco dei canoni, si rinvia a J.D. McCLUNN, *Administrative recourse*, cit., p. 11, nota 49. In realtà la parola *recursus* e le sue declinazioni sono impiegate in senso più ampio per indicare in modo generico l'*interpellatio* al superiore gerarchico e, nell'ambito di questa sfera di applicazioni, il termine viene usato anche in senso specifico per designare la *provocatio* al superiore gerarchico contro i decreti delle autorità inferiori.

<sup>54</sup> «*Recursus dicitur provocatio a superiore inferioris gradus ad superiorem altioris gradus. Recursus datur ab actibus positus in ordine amministrativo*» (F. ROBERTI, *De delictis et poenis*, I, Libreria Pontificii Instituti Utriusque Iuris, Romae, 1938<sup>2</sup>, n. 288).

<sup>55</sup> Diversamente dall'*appellatio extraiudicialis*, che prevedeva la giurisdizione dei gradi intermedi di giudizio, il ricorso nei riguardi degli atti degli ordinari deve essere presentato direttamente alla Sede apostolica (cann. 647, § 2 n. 4; 1395, § 2; 1428, § 3; 1601; 2146, § 1). Nei confronti degli atti dei vicari, invece, il codice non prevede espressamente il ricorso al vescovo diocesano, ma la dottrina lo ritiene comunque ammissibile (E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 114).

modo di agire<sup>56</sup>. In effetti il codice del 1917 non prevede una disciplina generale e sufficientemente completa dei ricorsi amministrativi, ma detta disposizioni solo per determinati procedimenti speciali, con poche norme e non sempre previste a pena di invalidità. I ricorsi alla Sede apostolica, invece, sono regolati dall'*ordo servandus* con alcune direttive comuni, che rispecchiano sostanzialmente la prassi consolidata e sono ordinate a integrare i procedimenti speciali previsti dai regolamenti dei singoli dicasteri<sup>57</sup>.

Dal complesso di queste norme scarse e frammentarie si possono evincere i caratteri che connotano i *recursus* e li contraddistinguono dai rimedi precedenti, l'*appellatio* e la *supplicatio*. Anzitutto, il *recursus* viene proposto a un'autorità che non è *super partes*, come il giudice, ma è espressione della stessa organizzazione di governo in cui è inserito l'autore dell'atto impugnato. Da questo punto di vista, quindi, il *recursus* è più simile a una *supplicatio*, come richiesta di revisione all'autorità capace di modificare l'atto, piuttosto che a una *appellatio*, ossia una *provocatio ad causam* presso un organo neutrale.

Poi, si rileva la mancanza di solennità formali, se non persino di una adeguata regolamentazione, che lascia l'autorità libera di scegliere il modo che ritiene più opportuno di gestire la trattazione della causa. E ancora dal punto di vista procedurale si nota come non siano normalmente previsti termini perentori per la proposizione della domanda di revisione<sup>58</sup>, così da non vincolare il superiore ge-

---

<sup>56</sup> Con riferimento alle congregazioni romane, la procedura amministrativa viene denominata variamente: nella costituzione *Sapientis consilio* si usano indifferentemente le espressioni «*in linea*» o «*via disciplinari*», mentre nell'*Ordo servandus in S. Congregationibus, Tribunalibus, Officiis Romanae Curiae* del 29 settembre 1908 (seconda parte) (in *Acta Apostolicae Sedis*, 1, 1908, pp. 36-108) si trova l'endiadi «*administrationis ac disciplinae tramite*». Nel codice, poi, si torna alla terminologia della costituzione (cann. 250, § 5; 257, § 3).

<sup>57</sup> C. LEFEBVRE, voce *Procédure*, cit., p. 308; J.D. McCLUNN, *Administrative recourse*, cit., pp. 36-50; R. NAZ, voce *Congrégations romaines*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, IV, Letouzey et Ané, Paris, 1949, coll. 206-225; S. SANZ VILLALBA, *La Curia Romana, organo de la administración de la Iglesia*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 17, 1962, pp. 755-756.

<sup>58</sup> A differenza dell'*appellatio*, non sono solitamente previsti termini perentori per proporre la domanda di revisione (can. 2146), ma in alcuni casi vengono sta-

rarchico nella valutazione delle istanze da ammettere o rigettare<sup>59</sup>. Infine, viene ordinariamente stabilito l'effetto devolutivo del ricorso, per riconoscere al superiore gerarchico la massima disponibilità nel regolare la controversia, mentre non risulta di norma riconosciuto l'effetto sospensivo, in quanto si intende salvaguardare l'esecutività dei provvedimenti impugnati<sup>60</sup>.

In definitiva, si può ritenere che i *recursus* al superiore gerarchico abbiano una natura ambivalente, analoga a quella riscontrata per le *postulationes* alle congregazioni romane dopo la riforma sistina. Invero, se da un lato si riscontrano elementi giustiziali, dal momento che l'autorità interpellata ha il dovere di rispondere, dall'altro sembrano prevalere gli elementi più graziosi, riconducibili alla discrezionalità del potere amministrativo che lascia al superiore gerarchico ampie facoltà di scelta circa il modo di procedere e come intervenire sull'atto impugnato per regolare la materia del contendere<sup>61</sup>.

Questa maggiore libertà nell'agire e nel decidere rispetto al giudice può certamente facilitare e favorire la possibilità di addivenire a un accomodamento pacifico, ma, come nei ricorsi alle congregazioni romane, l'impostazione autoritaristica non assicura l'esperimento di una reale conciliazione. Diversamente infatti dal processo giudiziale, il codice non impone anche al superiore gerarchico l'obbligo di cercare di indurre le parti a trovare una soluzione equitativa del-

---

biliti: si veda ad esempio il can. 2153, § 1 che fissa la decadenza dell'impugnazione in dieci giorni.

<sup>59</sup> Il collegamento tra l'assenza dei *fatalia legis* e la libertà della Sede apostolica viene sottolineato in una pronuncia della Congregazione del Concilio: «*Accedit ratio, quia cum fatalia legis non solum partes, sed et iudicem ligent, can. 1634, § 1, absolum videtur manus apostolicae Sedis velle ligare, can. 1569*» (S.C. CONCILII, *Romana et aliarum*, cit., p. 164).

<sup>60</sup> Il codice determina, caso per caso, se l'azione produce effetti sospensivi o solo devolutivi: hanno efficacia solo devolutiva i ricorsi previsti dai cann. 106, 6°; 192, § 3; 296, § 2; 298; 345; 513, § 2; 880, § 2; 1340, § 3; 1395, § 2; 1428, § 3; hanno efficacia anche sospensiva quelli regolati dai cann. 498; 647, § 2, 4°; 1465, § 1; 2243, § 2; 2146, § 3; 2287.

<sup>61</sup> «*Enimvero recursus ad Apostolicam Sedem magis participat de supplicatione quam de appellatione*» (S.C. CONCILII, *Romana et aliarum*, cit., p. 164).

la controversia fin dalle fasi preliminari della lite<sup>62</sup>. La composizione tra le diverse istanze può dunque essere disposta dall'autorità con la pronuncia finale del ricorso, senza che su di essa sia avvenuto un confronto effettivo tra le parti, né tanto meno che sia stato raggiunto un accordo. La mancanza di garanzie formali del contraddittorio, quindi, non assicura la realizzazione di una conciliazione come strumento di pacificazione autonomo, cioè frutto del dialogo e di una effettiva concordia raggiunta tra le parti, e non piuttosto imposto in forma eteronoma da un comando dell'autorità<sup>63</sup>.

Una simile composizione autoritativa può essere del resto definita anche a seguito delle *supplicationes*. Il codice non tratta espressamente di questi rimedi graziosi, né stabilisce una loro disciplina generale, ma fa riferimento, sebbene in forma isolata e frammentaria, a singole fattispecie sia di *supplicatio* all'autore dell'atto<sup>64</sup>, sia di *petitio* straordinaria al romano pontefice<sup>65</sup>. Si può del resto considerare connaturale nella discrezionalità della funzione amministrativa la possibilità di prendere in considerazione qualunque richiesta di revisione degli atti precedentemente emessi. Peraltro, la mancanza di una regolamentazione prefissata accresce ancora di più la libertà di decisione dell'autorità e l'incertezza circa il trattamento della petizione.

Alcune disposizioni comuni sono invece delineate dall'*ordo servandus* della Curia romana per regolare il *beneficium novae audientiae*, unico rimedio, oltre al ricorso straordinario al romano pontefice, per far valere ragioni idonee a revisionare le decisioni delle congregazioni. La disciplina si allinea con la prassi precedente già prevista dai regolamenti dei singoli dicasteri e conserva pertanto il carat-

---

<sup>62</sup> Can. 1925 CIC17. Per l'analisi della normativa, si rinvia alle riflessioni svolte *supra*, cap. V, §§ 2-4.

<sup>63</sup> Sulla distinzione tra forme autonome o consensuali, oppure eteronome o aggiudicative degli strumenti di gestione delle controversie, si vedano gli approfondimenti svolti *infra*, cap. IX, § 3.

<sup>64</sup> Can. 2153, § 1. La norma chiama questa istanza *recursus*, ma in realtà non è un vero ricorso, bensì una richiesta di revisione che si appella alla benevolenza dell'autore dell'atto.

<sup>65</sup> Can. 1569, § 1.

tere grazioso dell'istituto, quantunque aggiunga la previsione di un termine perentorio per la proposizione della supplica<sup>66</sup>.

Per giungere infine alla conclusione circa l'interrogativo in merito allo spazio riconosciuto alla conciliazione nei rimedi previsti dalla tradizione canonica nei confronti degli atti amministrativi, si può sottolineare come tutti gli strumenti, tanto quelli di giustizia quanto quelli più graziosi, siano sempre stati potenzialmente aperti alla ricerca di un'equa composizione che porti alla fine del conflitto. Per l'*appellatio extrajudicialis*, sulla scorta degli approfondimenti svolti in merito all'uso delle misure consensuali di accomodamento della lite, la cultura e la prassi propense al *favor conciliationis* incentivano per tutta l'età classica la ricerca di una concordia. Per quanto concerne le *supplicationes*, nelle diverse forme, la promozione della conciliazione viene assicurata dall'attenzione dell'autorità nella cura del bene comune.

Tuttavia, la progressiva prevalenza dell'impostazione autoritaria, affermatasi in epoca moderna e contemporanea, viene gradualmente a restringere le modalità più consensuali di ricerca della conciliazione e ad ampliare, per converso, la discrezionalità dell'autorità di decidere quale sia la soluzione equitativa più conveniente. Se anche si realizza una composizione pacifica tra le diverse istanze, non è comunque garantito il diritto delle parti di determinare autonomamente il contenuto della nuova regolamentazione dei loro rapporti, ma risulta un'imposizione dettata in forma vincolante dal superiore competente.

---

<sup>66</sup> L'*ordo servandus* (*pars altera*, IV, 10) stabilisce l'onere per il soccombente di presentare la richiesta entro dieci giorni al prefetto. Questi, dopo avere sentito il congresso, decide a suo arbitrio se il beneficio sia da accordare o recusare «*prout rerum adiuncta suaserint*». Se tuttavia alla decisione i cardinali abbiano aggiunto la clausola «*amplius non proponatur*», il beneficio può essere concesso solo dalla plenaria.

## 2. *L'elaborazione dei canoni sulla composizione pacifica delle controversie nel codice del 1983*

### 2.1. *La prima fase dei lavori: la petitio praevia*

Nell'opera di revisione del codice piano benedettino, i principi direttivi approvati dal Sinodo dei vescovi del 1967 indicano, tra gli obiettivi fondamentali della riforma, la necessità di predisporre una regolamentazione più adeguata dell'esercizio della potestà amministrativa, tanto sotto il profilo del riordino delle procedure di svolgimento della funzione in modo che siano idonee a evitare anche solo il sospetto di arbitrarità, quanto sotto il profilo del potenziamento degli strumenti di tutela delle esigenze dei fedeli connesse ai provvedimenti di governo, così da assicurare la giustizia nei rapporti con le autorità ecclesiali<sup>67</sup>. La convinzione dell'importanza di introdurre questi miglioramenti nel sistema di giustizia dei rapporti amministrativi e, nel contempo, la consapevolezza del carattere innovativo della normativa relativa a tali strutture rispetto alla pregressa tradizione, hanno indotto il *Coetus studiorum* della Pontificia Commissione incaricato dell'esame dei canoni *de processibus* a dedicare una particolare attenzione e sollecitudine nella realizzazione di quest'opera, deputando al suo compimento un apposito *parvus Coetus* nominato al proprio interno<sup>68</sup>. L'esame dell'attività di elaborazione dei

---

<sup>67</sup> *Principia quae codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, 1, 1969, p. 83, n. 7. Sui principi ispiratori e sulla riforma della giustizia amministrativa introdotta dalla legislazione giovanneo paolina, si vedano più ampiamente: E. BAURA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. BAURA, J. CANOSA, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2-58; J. CANOSA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione ecclesiastica*, in *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 749-788; I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 355-437 e 637-678.

<sup>68</sup> Il *parvus Coetus 'de procedura amministrativa'* viene costituito nella *Sessio VIII* del *Coetus studiorum "De processibus"* (20-25 ottobre 1969): *Synthesis laboris Sessionum I-X*, in *Communicationes*, 2, 1970, p. 182; di seguito, sul medesimo numero del periodico, è contenuta una breve esposizione del *relator* Pio Ciprotti circa l'attività svolta dal *parvus Coetus* nel primo anno di lavoro (*ivi*, pp. 191-194).

possibili strumenti di risoluzione delle controversie originate da un atto amministrativo, peraltro, mostra come nell'impostazione iniziale non siano stati affatto presi in considerazione il principio di conciliazione e l'opportunità di stabilire, accanto ai rimedi contenziosi, strutture e vie specifiche per facilitare la composizione pacifica delle diverse istanze<sup>69</sup>. L'inserimento dei riferimenti a mezzi e misure che possono facilitare il raggiungimento di una soluzione condivisa non è stato in realtà l'esito di una riflessione organica, ma è avvenuto gradualmente, a seguito di successivi interventi puntuali di aggiustamento della normativa, non sempre coerenti e certamente non sistematici.

Si nota anzi tutto come nelle *Quaestiones praeviae*, formulate dal relatore a seguito delle osservazioni emerse nella prima sessione del *parvus Coetus*<sup>70</sup> e proposte per delineare i punti fondamentali del sistema di giustizia amministrativa, non si riscontri alcun accenno alla necessità di preferire forme consensuali di risoluzione delle controversie. Neppure nel primo *schema*, elaborato dallo stesso relatore sulla base dei *vota* espressi dai consultori nel rispondere al questio-

---

La documentazione più puntuale delle riunioni viene pubblicata successivamente *ivi*, 42, 2010, pp. 69-79. Una lettura complessiva del lavoro che nell'intenzione originaria del pontefice Paolo VI sarebbe dovuto confluire nella promulgazione di una normativa autonoma, viene svolta da K. MARTENS, *The law that never was: the motu proprio Administrativae potestatis on administrative procedures*, in *The Jurist*, 68, 2008, pp. 178-222. Un'analisi dettagliata dei documenti inediti riguardanti l'attività del *parvus Coetus* e successivamente della *Pontificia Commissio specialis pro recognitione normarum de procedura administrativa consituta* si trova in L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico: el canon 1733 del Codex iuris canonici: thesis ad doctoratum in Iure canonico totaliter edita*, Roma, 2013.

<sup>69</sup> Per un commento sull'*iter* di formazione del can. 1733 del codice latino si vedano P. CIPROTTI, *L'opposizione al provvedimento amministrativo canonico*, in *Apollinaris*, 55, 1982, pp. 737-741; O.Z. JAEBRZYKOWSKI, *La conciliazione nelle controversie amministrative. Analisi dei lavori legislativi sul can. 1733*, in *Prawo Kanoniczne*, 61, 2018, pp. 139-155.

<sup>70</sup> La *sessio prima* si è svolta il 13 gennaio 1970 (*Communicationes*, 42, 2010, 1, pp. 69-70) e le «*Quaestiones praeviae, antea examinandae quam canones apparentur de processu administrativo*» sono datate il 20 marzo 1970: l'elenco delle *quaestiones* viene pubblicato a margine della *Sessio secunda* (22-24 ottobre 1970) (*ivi*, p. 71, nota 2).

nario<sup>71</sup>, sono previsti strumenti che promuovano la composizione pacifica. Un iniziale isolato richiamo a una possibile via di trattazione non contenziosa della controversia emerge nella discussione sul primo *schema*, quando il relatore propone di inserire una norma che preveda la possibilità per il ricorrente di presentare una rimostranza nei confronti del decreto che sospenda di trenta giorni i termini per l'impugnazione<sup>72</sup>. L'idea si traduce nel can. 16 del secondo *schema de procedura amministrativa*, nel quale si stabilisce come norma comune per entrambi i ricorsi, tanto quello al superiore gerarchico quanto quello al tribunale amministrativo, la facoltà per l'interessato di chiedere per iscritto all'autore del decreto, entro dieci giorni dall'intimazione, la revoca o la modifica dell'atto. La presentazione di questa *petitio* preventiva comporta la sospensione per trenta giorni dei termini per proporre il ricorso, i quali termini riprendono a decorrere dall'emanazione del decreto emendato, ovvero, se l'autorità non risponde, dallo scadere del trentesimo giorno<sup>73</sup>.

Nell'introdurre questa innovazione i consultori si sono ispirati all'uso invalso nella tradizione canonistica di ammettere diverse forme di suppliche con la richiesta di revisione all'autorità che ha emanato il provvedimento contestato, ma rielaborano l'istituto come una condizione preliminare all'ulteriore contenzioso. Sebbene la *petitio* all'autorità amministrativa possa offrire un'occasione propizia per confrontare le diverse esigenze, nondimeno, dal dibattito e dal testo della norma si evince come l'attenzione del *Coetus* sia più di-

---

<sup>71</sup> Il testo dello *schema canonum praeivum de procedura administrativa*, datato il 25 maggio 1970, è pubblicato in *Communicationes*, 42, 2010, 1, pp. 103-108.

<sup>72</sup> *Sessio II, Adunatio* 24 ottobre 1970, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 77.

<sup>73</sup> «§ 1. Si is, cuius interest, intra decem dies a decreto ad normam can. 7 intimato, ab ipso decreti auctore revocationem vel emendationem decreti scripto petat, termini, de quibus in cann. 8 et 11, interim pro nemine decurrunt. § 2. Si decreti auctor intra triginta dies, ex quo haec petitio ad suum officium pervenerit, decretum emendet, termini ad impugnandum decurrunt ex novi decreti intimatione; secus ex tricesimo die» (*Alterum canonum schema de procedura administrativa*, datato 16 novembre 1970, can. 16, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 113). La norma rimane invariata anche nel *Tertium canonum schema*, datato 8 marzo 1971 (*ivi*, p. 121), composto dal relatore dopo la terza sessione dei consultori, tenutasi il 2-3 marzo 1971 (*ivi*, pp. 78-79).

retta a regolare il decorso dei termini per l'impugnazione che non a stabilire una disciplina efficace per promuovere la risoluzione pacifica della controversia.

La scarsa considerazione nei confronti degli strumenti di attuazione della conciliazione in questa prima fase dei lavori di elaborazione di un sistema di giustizia amministrativa può trovare spiegazione anche nell'impostazione data dai consultori al rapporto tra le diverse vie di trattazione delle controversie<sup>74</sup> che, a sua volta, dipende dal modo in cui si era giunti a considerare i caratteri delle attività riconducibili alla funzione amministrativa rispetto a quelle della funzione giudiziaria<sup>75</sup> e, di conseguenza, lo stile dei rimedi amministrativi rispetto a quelli giudiziari<sup>76</sup>. Invero, diversamente dall'azione giudiziale, rigidamente subordinata al rispetto delle regole di diritto, i ricorsi amministrativi sono concepiti come procedimenti più informali e flessibili, tanto sotto il profilo dell'osservanza delle norme procedurali<sup>77</sup>, quanto nel metodo di decidere il caso concreto<sup>78</sup>. Pertanto, nell'interpretazione del *parvus Coetus*, la necessaria

---

<sup>74</sup> Nel primo, nel secondo e nel terzo *schemata* del *parvus Coetus* si prevede un sistema ternario di rimedi contenziosi: ricorso al superiore gerarchico, ricorso al tribunale amministrativo, azione giudiziale al tribunale ordinario. Sui rapporti tra queste tre vie nell'impostazione di questi primi progetti, si veda I. ZUANAZZI, *La possibilità di tribunali amministrativi a livello particolare*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, cit., pp. 140-157.

<sup>75</sup> Si rinvia all'esposizione svolta *supra*, cap. VII, § 1.

<sup>76</sup> In questo senso si veda la lettura anche di O.Z. JALBRZYKOWSKI, *La conciliazione nelle controversie amministrative*, cit., p. 143.

<sup>77</sup> La procedura del ricorso gerarchico è retta da criteri elastici che lasciano ampia discrezionalità all'autorità procedente, come emerge dalle norme comuni ai decreti stragiudiziali: cann. 3-4 *schema I*; cann. 5-6 *schema II*; cann. 4-6 *schema III*. Per i ricorsi ai tribunali amministrativi si stabilisce l'estensione delle norme *de iudicio contentioso* relative alle cause che riguardano il bene pubblico, ma si prevede la facoltà del tribunale «*decreto suo motivis praedito, normis processualibus, quae non sint ad nullitatem statutae, derogare, ut celeritati, salva tamen iustitia, consulat*» (can. 12 *schema I*). La norma viene ripetuta identica negli *schemata* successivi: can. 14, § 5 *schema II* e *schema III*.

<sup>78</sup> La visione condivisa dai consultori è illustrata dal segretario: «Ambidue i tribunali sono nobili, è solo la via che cambia: il tribunale amministrativo decide *ex bono et aequo*; il tribunale giudiziario decide *ex iure ex actis et probatis*» (*Sessio II, adunatio* 22 ottobre 1970, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 73).

attenuazione della litigiosità e la capacità di adattare la soluzione alle esigenze delle parti sembrerebbero essere assicurate dal perseguimento dei rimedi amministrativi, tanto che viene indicato come criterio ispiratore della normativa la preferenza della via amministrativa rispetto alla via giudiziale<sup>79</sup>.

Non vi è chi non veda come al fondo di una tale impostazione si riscontri un malinteso essenziale, nel confondere cioè i metodi pacifici e consensuali di risoluzione delle controversie con i rimedi non giudiziali, come se i ricorsi amministrativi, che vengono proposti per contestare un atto in contraddittorio con l'autore dello stesso, non abbiano natura contenziosa<sup>80</sup>. L'alternativa tra metodi contenziosi e metodi non contenziosi non si pone tra azione giudiziale e ricorsi amministrativi, ossia tra procedure più o meno formali, bensì tra qualsiasi forma di contestazione in contraddittorio tra le parti che venga risolta con una decisione autoritativa e procedure più partecipative che promuovano il consenso degli interessati nel trovare una soluzione non imposta ma condivisa. Gli uni sono attivati quando non vi sia la disponibilità, anche solo di una delle parti, di confrontarsi per risolvere pacificamente la divergenza; gli altri, invece, si fondano sulla volontà di tutti i soggetti coinvolti di cercare un equo accomodamento che componga le diverse esigenze. Anche i ricorsi amministrativi, nel momento in cui vengono presentati per chiedere la revisione di un atto in dissonanza con la decisione dell'autorità che l'ha emanato, attraverso l'intervento del superiore

---

<sup>79</sup> Così viene affermato nella presentazione dell'opera del *Coetus* da parte del relatore tra i «*Principia generalia*»: «*Ut autem in Ecclesia foveatur litium definitio per vias non iudiciales, permittitur ut ipsae controversiae de iure subiectivo, etiam si forte ad iudiciale forum iam sint deductae, ad viam administrativam, omnibus consentientibus, remittantur*» (*Communicationes*, 2, 1970, p. 192).

<sup>80</sup> La formulazione di questo principio generale viene criticato da E. BERNARDINI (*Commento allo schema 'De procedura amministrativa'*, in *Apollinaris*, 45, 1972, pp. 129-130), il quale sostiene che sotto il pretesto di favorire la riconciliazione si voglia in realtà riproporre la c.d. prevenzione amministrativa, ossia la priorità della via amministrativa su quella giudiziaria, dato che – sottolinea giustamente l'autore – il ricorso alla via amministrativa non riduce certamente «l'indice di litigiosità» e altri istituti sarebbero al contrario più adeguati al perseguimento di tale finalità, come il rafforzamento della conciliazione previa al giudizio.

gerarchico o del tribunale amministrativo, sono rimedi di carattere contenzioso e nonostante siano regolati con una forma flessibile, in modo da consentire l'opera di intermediazione dell'autorità investita del ricorso, hanno comunque la struttura di un riesame o giudizio autoritativo che si svolge nel contraddittorio tra il ricorrente e il resistente, per garantire la difesa dei rispettivi interessi<sup>81</sup>.

## 2.2. *La seconda fase dei lavori: il dovere di esortare le parti a risolvere pacificamente la controversia*

L'impulso a una maggiore considerazione degli strumenti di composizione pacifica interviene successivamente, in una seconda fase di elaborazione della normativa, quando la Sede apostolica decide di potenziare e accelerare l'*iter* di formazione di una legislazione generale in materia di giustizia amministrativa<sup>82</sup>, in considerazione sia delle lacune esistenti nella regolamentazione delle procedure amministrative<sup>83</sup>, sia del diffondersi di progetti locali che introducono nuovi istituti per la trattazione delle cause amministrative, ri-

---

<sup>81</sup> Solo una concezione autoritaristica della funzione amministrativa può ritenere che il confronto instaurato davanti al superiore gerarchico o al tribunale amministrativo non debba avere la struttura di un giudizio che garantisca alle parti di agire in difesa dei propri interessi in contraddittorio tra loro.

<sup>82</sup> Un'esposizione sintetica dei principali passaggi di questa fase dei lavori si trova illustrata nel resoconto premesso alla bozza del *motu proprio Administrative potestatis*, redatto dalla *Pontificia Commissio codicis iuris canonici recognoscendo* (*Communicationes*, 43, 2011, pp. 239-240).

<sup>83</sup> In una lettera inviata il 20 gennaio 1971 alla Pontificia Commissione per la revisione del codice il Segretario di Stato, card. Jean Villot, evidenziava i problemi emersi nell'applicazione dell'art. 106 della costituzione apostolica *Regimini Ecclesiae universae*, «sia per la lacunosità della legislazione canonica in materia di procedura amministrativa, sia per la poca rispondenza di alcuni articoli delle *Normae speciales* della Segnatura apostolica alla *mens* della citata costituzione», e chiedeva il parere della Commissione circa «l'opportunità di esaminare quanto prima disposizioni legislative che regolino la procedura amministrativa» ai fini di una promulgazione anticipata rispetto al codice. Con lettera del 23 gennaio 1971 la Commissione «si diceva pronta a presentare al più presto un progetto di legge» (*Communicationes*, 43, 2011, p. 239).

tenuti non sempre rispondenti ai principi dell'ordinamento canonico<sup>84</sup>. Con l'approvazione del papa si decide, pertanto, di costituire una speciale Commissione pontificia cui affidare l'incarico di esaminare due progetti locali che introducono rimedi di giustizia amministrativa<sup>85</sup>, al fine di trarre elementi utili per integrare e perfezionare lo *schema canonum* sino ad allora elaborato dal *parvus Coetus*, e di arrivare in tempi brevi a preparare e promulgare una legge apposita che possa essere applicata *ad experimentum* prima dell'insediamento dei relativi canoni nell'emanando codice<sup>86</sup>. La nuova *Specialis Commissio pontificia* o *Coetus studii 'de procedura administrativa'*<sup>87</sup> si riunisce pertanto in via preliminare per esaminare i documenti relativi alle proposte di norme particolari ed esprimere un *vo-*

---

<sup>84</sup> Nel periodo contemporaneo alla revisione del codice sono stati elaborati alcuni progetti locali diretti a istituire forme diverse di organismi e di procedure di tutela delle istanze dei fedeli. Per una rassegna analitica si rinvia a Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali regionali amministrativi nella Chiesa*, in *De iustitia administrativa in Ecclesia*, in *Studia et Documenta Iuris Canonici*, 11, 1984, pp. 135-165.

<sup>85</sup> I progetti che sono stati inviati alla Commissione speciale per essere presi in considerazione ai fini dell'elaborazione delle norme *de procedura administrativa* sono quello approvato dalla Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America (*Report on due process*) e quello preparato dalla conferenza dei vescovi della provincia ecclesiastica bavarese (*Communicationes*, 43, 2011, pp. 239-240).

<sup>86</sup> L'intenzione del papa viene comunicata dal cardinale Pericle Felici al *Coetus De Processibus* nella *Sessio XI* (19-22 aprile 1971): «*Card. Praeses monet Consultores examen schematis de procedura administrativa dilatatum iri, quia interim, de mandato Summi Pontificis, constituta est specialis Commissio Pontificia, cui munus conceditum est examinandi quaedam documenta, in quibus de iustitia administrativa tuenda cavetur, a quibusdam Conferentiis Episcoporum exarata. Ipsa quoque Commissio specialis munus habet apparandi legem generalem de iustitia administrativa, in quo opere perficiendo schema de procedura administrativa, a parvo Coetu apparatus, complebitur, ratione habita illorum elementorum, quae ex praedictis documentis particularibus desumi poterunt*» (*Adunatio I*, 19 aprile 1971, in *Communicationes*, 40, 2008, p. 144).

<sup>87</sup> La *Pontificia Commissio specialis pro recognitione normarum de procedura administrativa* costituita viene istituita il 27 marzo 1971 (*Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 81) ed è composta dai componenti il precedente *parvus Coetus* insieme ad altri esperti, rappresentanti della Congregazione per il clero, e delegati della Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America e della Conferenza ecclesiastica bavarese (*Communicationes*, 43, 2011, p. 240).

tum al romano pontefice<sup>88</sup>. Successivamente la Commissione procede alla preparazione della bozza di legge generale e si chiede ai consultori di inviare le proprie osservazioni in merito allo *schema* predisposto nella precedente fase dei lavori<sup>89</sup>. Sulla base dei pareri espressi da alcuni componenti del *coetus*, il relatore Pio Ciprotti, nelle *Animadversiones relatoris de votis consultorum circa schema de iustitia administrativa*, formula nuove *quaestiones praeviae* che vengono discusse nella prima sessione di ripresa delle attività<sup>90</sup>.

Nell'ambito di questo confronto si delineano due modifiche significative per quanto concerne le misure volte a promuovere la conciliazione. La prima è l'oggetto di un'apposita *quaestio*, diretta a valutare se imporre o meno la *petitio* preventiva all'autore dell'atto come condizione obbligatoria per la proposizione del ricorso con-

---

<sup>88</sup> Si veda il resoconto *Priora operae stadia*, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 81.

<sup>89</sup> Tra le osservazioni fatte pervenire dai consultori, rimaste inedite, L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA (*La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., pp. 40-42) segnala in particolare due contributi rilevanti per il tema della conciliazione, ma di segno opposto. Il *votum* di Robert Kennedy, delegato della Conferenza episcopale statunitense e presidente del *Committee on Due process*, propone che nel primo canone della sezione sui ricorsi amministrativi si preveda un procedimento di conciliazione, sul modello del progetto americano, in modo da sottolineare che la conciliazione non sia semplicemente un rimedio per evitare le liti, ma il metodo primario per risolvere i dissidi, in coerenza con i principi cristiani. Per contro, il *votum* di José Miguel Pinto ritiene che il procedimento di conciliazione non possa essere ammesso nelle controversie amministrative, perché riguardano il bene pubblico e non possono essere risolte con la transazione. A sostegno del parere viene citata appunto la dottrina (J. Noval) che all'epoca della stesura del codice piano benedettino aveva condotto alle limitazioni dell'applicazione della transazione e dell'arbitrato (si veda *supra*, cap. V, § 3).

<sup>90</sup> *Sessio I* (1-5 luglio 1971), in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 81. In questa seconda fase dei lavori, avviene un cambio dell'impostazione del sistema di giustizia amministrativa, con il passaggio a un sistema binario di rimedi contenziosi, in quanto sono previsti solo il ricorso al superiore gerarchico e il ricorso al tribunale amministrativo, mentre risulta soppressa l'azione giudiziale al tribunale ordinario. La competenza a giudicare delle cause di lesione dei diritti soggettivi e dell'eventuale risarcimento dei danni viene attribuita esclusivamente al tribunale amministrativo (*quaestio prima*, *ivi*, p. 82).

tenzioso, e la decisione dei sodali è stata affermativa all'unanimità<sup>91</sup>. La seconda, invece, è emersa nel contesto del dibattito su di un altro argomento e in effetti la brevità della sintesi degli interventi riportati nel verbale non consente di comprendere appieno il nesso logico tra la proposta di un consultore di configurare una sorta di valutazione preventiva circa l'ammissibilità del ricorso al tribunale amministrativo e la risposta del relatore di stabilire che il tribunale «*teneri ad fovendam compositionem antequam iudicium incipiat*»<sup>92</sup>.

Nel quarto *schema canonum* si viene così a inserire nella parte dedicata alla *ratio procedendi* del tribunale amministrativo una nuova norma che applica al giudice nei ricorsi amministrativi il medesimo impegno, già previsto in generale per tutti i processi, a esortare le parti, cioè il ricorrente e l'autorità autore dell'atto, «*quandocumque spem boni exitus perspicit, ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel alio idoneo modo controversia ante sententiam dirimatur*»<sup>93</sup>.

Se il canone che impone come obbligatoria la previa *petitio* può essere inteso nel senso di includere implicitamente l'invito a impedire la prosecuzione della lite in sede contenziosa e ad avviare un dialogo per valutare la possibilità di rivedere il decreto contestato<sup>94</sup>, il canone che statuisce il compito del giudice di prodigarsi per mettere d'accordo le parti su di una soluzione condivisa è la prima norma dello *schema* che richiama espressamente il *favor conciliationis*, ossia la preferenza riconosciuta dall'ordinamento al perseguimento

---

<sup>91</sup> *Adunatio* II, 1° luglio 1971, *quaestio* 2, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 83. La norma viene così modificata nel *Quartum canonum schema* composto dal relatore dopo la sessione di lavoro e datato 18 settembre 1971: «§1. *Antequam quis recursum proponat adversus decretum, debet ab ipso decreti auctore revocationem vel emendationem decreti scripto petere*» (can. 10) (*ivi*, p. 99).

<sup>92</sup> *Adunatio* 5 luglio 1971, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 8.

<sup>93</sup> «*Superiorem et recurrentem iudex hortetur, quandocumque spem boni exitus perspicit, ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel alio idoneo modo controversia ante sententiam dirimatur*» (can. 19, § 2, *Quartum canonum schema*, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 101).

<sup>94</sup> In questo senso viene in effetti interpretato successivamente (si vedano gli approfondimenti svolti *infra* sulla *petitio praevia* nel cap. XI, § 1).

della via non contenziosa nella composizione delle liti. Secondo la formula impiegata, al giudice viene affidato il compito del conciliatore, vale a dire di chi sollecita e aiuta i soggetti coinvolti a trovare loro stessi il modo di conciliare le diverse istanze e ad attuarlo nella forma più confacente. Nel testo del canone si indicano anche i possibili strumenti di definizione pacifica della questione, ossia la volontaria modifica del decreto da parte dell'autorità, ovvero la stipulazione di un'equa compensazione<sup>95</sup>, ma si lascia la libertà alle parti di trovare altre modalità più rispondenti al caso concreto («*alio idoneo modo*»).

L'introduzione di questa norma sulla conciliazione viene così a esprimere un principio fondamentale in ordine allo stile propriamente cristiano di affrontare i dissidi e tuttavia nello *schema* risulta ancora relegata in una posizione arretrata e limitata alla sola procedura avanti al tribunale amministrativo, non anche al ricorso presso il superiore gerarchico.

### 2.3. *La terza fase dei lavori: la compositio amicabilis*

La svolta decisiva per una più piena valorizzazione degli strumenti conciliativi e per una migliore collocazione delle relative norme avviene nella successiva sessione di lavoro della Commissione. Nel corso della revisione critica dei canoni del quarto *schema*, l'ottavo consultore<sup>96</sup> nota come entrambi i canoni sopra menzionati (cann. 10 e 19, § 2) facciano riferimento alla *compositio amicabilis*, ma ritiene che sarebbe meglio redigere una nuova norma idonea a condensare in un'unica prescrizione gli elementi essenziali volti a

---

<sup>95</sup> Il canone prevede in modo generico una «*aequa compensatio*», tale da ricomprendere qualsiasi tipo di accomodamento tramite controprestazioni tra le parti. P. CIPROTTI (*L'opposizione al provvedimento amministrativo canonico*, cit., p. 742), nel commentare la disposizione riferisce che l'intenzione del *Coetus* era di prevedere «un giusto compenso a chi dal provvedimento riceve un qualsiasi pregiudizio che appaia equo compensare».

<sup>96</sup> Dai verbali inediti viene identificato in Robert Kennedy (L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., p. 44).

promuovere la soluzione pacifica della controversia e suggerisce che tale norma sia posta all'inizio del capitolo *De remediis adversus decreta*, ossia quello che precede la trattazione delle due forme di ricorso e contiene le norme comuni a entrambi, «*ita ut appareat clare mentem legislatoris esse ut recursus, quantum fieri potest, evitentur*»<sup>97</sup>.

La proposta viene approvata da tutti e nella seduta del giorno seguente il relatore sottopone al vaglio dei consultori la nuova formulazione del canone «*circa compositionem amicabilem*», che in realtà non sostituisce ma si aggiunge o, meglio, viene a precedere, il canone sulla *petitio praevia* nelle norme comuni ai ricorsi<sup>98</sup>. Il testo mantiene la distinzione tra i due momenti in cui può avvenire il tentativo di conciliazione, l'uno prima dell'introduzione del ricorso e l'altro dopo, regolandoli in paragrafi diversi. Nel primo paragrafo si raccomanda che l'autore dell'atto e chi si senta dallo stesso gravato non si contrappongano in conflitto, ma cerchino un'equa soluzione, servendosi anche della mediazione o del consiglio di persone autorevoli, «*ita ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel per aliam idoneam viam controversia vitetur vel dirimatur*»<sup>99</sup>. Il secondo paragrafo, invece, prescrive all'autorità cui viene presentato il ricorso, sia il superiore gerarchico sia il giudice del tribunale amministrativo, di sollecitare le parti, ogni-

---

<sup>97</sup> Sessio II, Adunatio II, 4 novembre 1971, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 131.

<sup>98</sup> «§1. Valde optandum est ut, quoties quis gravatum se decreto putet, non fiat inter eum et decreti auctorem contentio, sed inter ipsos de aequa solutione quaerenda tractetur, gravibus quoque hominibus ad mediationem vel consilium forte adhibitis, ita ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel per aliam idoneam viam controversia vitetur vel dirimatur. § 2. Quod si adversus decretum recursus propositus sit, superior vel iudex, qui de recursu videt, recurrentem et decreti auctorem hortetur, quandocumque spem boni exitus perspicit, ad eiusmodi solutiones quaerendas» (can. 9) (Sessio II, Adunatio III, 5 novembre 1971, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 132).

<sup>99</sup> Questo paragrafo (can. 9, § 1) è nuovo e costituisce la prima formulazione di quello che diventerà il can. 1733, § 1.

qualvolta ci sia la speranza di un esito positivo, a trovare una composizione pacifica<sup>100</sup>.

Il testo del can. 9 viene valutato positivamente dai componenti del *coetus*, mentre sotto il profilo della sistematica due consultori esprimono qualche obiezione in merito alla sua collocazione<sup>101</sup>. Paul Wirth suggerisce di inserire il canone all'inizio di tutti i canoni sulla procedura amministrativa, ma il segretario e il relatore affermano che la collocazione migliore sia nell'ambito dei rimedi contro i provvedimenti «*quia logice et chronologicè compositio promoveri debet post latum decretum*»<sup>102</sup>. Heinrich Straub, invece, ritiene incongruo che nel § 2 si faccia riferimento al giudice, prima che sia stata trattata la costituzione dei tribunali amministrativi. Sulla questione, peraltro, la Commissione non decide, ma incarica il relatore di proporre una soluzione nel nuovo *schema canonum*.

Sulla base delle proposte e delle conclusioni emerse nella sessione di lavoro, il relatore elabora il *Quintum schema canonum*, nel quale viene modificata la sistematica della precedente bozza, con l'inserimento, all'inizio del titolo III *De recursibus adversus decreta*, un capitolo nuovo, rubricato *normae communes*, che precede la trattazione del ricorso gerarchico e del ricorso al tribunale amministrativo<sup>103</sup>. All'interno di questa parte, viene inserito al secondo posto il can. 9, nella formulazione approvata nella precedente riunione della Commissione.

Certamente, la decisione di porre l'invito a promuovere una soluzione conciliativa e a desistere dal litigare in sede contenziosa nelle *normae communes* che precedono e dettano le condizioni necessa-

---

<sup>100</sup> Il paragrafo riprende il contenuto del precedente can. 19, § 2 ma estende il compito non solo al giudice del tribunale amministrativo, ma anche al superiore gerarchico chiamato a decidere il ricorso (can. 9, § 2) (*Communicaciones*, 42, 2010, 1, p. 132). Con l'approvazione del nuovo canone viene pertanto ad essere soppresso il § 2 del precedente can. 19 (*ivi*, p. 140).

<sup>101</sup> I nomi di questi consultori sono tratti dai verbali inediti (L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., p. 46).

<sup>102</sup> *Communicaciones*, 42, 2010, 1, p. 132.

<sup>103</sup> Il *Quintum canonum schema de procedura administrativa* risulta datato 10 novembre 1971 (*Communicaciones*, 42, 2010, 2, p. 35).

rie per entrambi i ricorsi riesce a mettere più adeguatamente in evidenza il precetto cristiano di evitare i conflitti e di comporre pacificamente le controversie. Peraltro, nel § 1 la sollecitazione a cercare una composizione equa e condivisa viene espressa con una formula generica e impersonale<sup>104</sup> che non impone doveri specifici giuridicamente vincolanti per le parti, ma affida l'attuazione del *favor conciliationis* alla buona volontà e alla spontanea ricerca delle parti. Tale impegno non viene neppure facilitato dalla norma con la predisposizione di strutture apposite cui le parti si possono rivolgere per essere supportate e aiutate nello svolgimento delle attività di negoziazione o patteggiamento per giungere ad un accordo, ma si fa loro carico di trovare autonomamente i possibili mediatori o conciliatori e di impostare il metodo di trattazione dell'accomodamento.

Più strutturata e meglio definita risulta invece la formulazione nel § 2 del tentativo di conciliazione che il superiore gerarchico e il giudice amministrativo devono esperire ogniqualvolta intravedano la speranza di un esito positivo<sup>105</sup>, dato che appaiono individuati tanto l'autorità competente a svolgere l'attività di mediazione, quanto la sede e le forme con le quali è possibile concludere la soluzione conciliativa<sup>106</sup>.

Il secondo strumento in cui la Commissione riscontra implicitamente una modalità facilitativa di una *compositio amicabile* è la petizione preventiva all'autore dell'atto<sup>107</sup>. Proprio per consentire la

---

<sup>104</sup> La formula di esortazione impersonale riecheggia quella impiegata dal *Coe-tus De processibus* per i giudizi in generale (si veda *supra*, cap. V, § 5).

<sup>105</sup> Se anche la valutazione prospettica della possibile conclusione di un accordo possa essere discrezionale, qualora se ne riscontrino i presupposti, tuttavia, la formulazione del canone impone l'obbligo al giudice o al superiore gerarchico di attivarsi per la sua realizzazione (per un approfondimento della questione si veda *infra*, cap. X, § 3.1).

<sup>106</sup> Le modalità sono individuate attraverso il rinvio al paragrafo precedente: «*per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel per aliam idoneam viam*» (can. 9, § 1).

<sup>107</sup> Nella nuova sistemática del quinto *schema* la norma che prevede la *petitio praevia* (can. 10) viene posta immediatamente dopo quella di invito alla conciliazione (can. 9): «*§ 1. Antequam quis recursum proponat adversus decretum, debet ab ipso decreti auctore revocationem vel emendationem decreti scripto petere; qua petitio-*

realizzazione di questo obiettivo, nella precedente sessione dei lavori molti consultori avevano osservato che il termine di trenta giorni previsto per permettere all'autore del decreto di revocare o modificare l'atto «*esse nimis breve*»<sup>108</sup>. Il relatore aveva quindi proposto di concedere alla stessa autorità la facoltà di prorogare il tempo necessario per decidere e, di conseguenza, il termine per impugnare. Così, nella nuova formulazione del canone approvata dalla Commissione si stabilisce la possibilità che l'autore del decreto, prima della scadenza dei trenta giorni e con provvedimento scritto, possa differire l'inizio dei termini utili al fine dell'impugnazione dell'atto per un tempo non superiore a tre ulteriori mesi<sup>109</sup>.

#### 2.4. *La quarta fase dei lavori: la facoltà di costituire organismi stabili nelle normative particolari*

Quest'ultima elaborazione dello *schema canonum de procedura administrativa*, vale a dire la quinta, viene infine trasmessa alla Segreteria di Stato per essere sottoposta all'esame del papa<sup>110</sup> e successivamente, su disposizione dello stesso romano pontefice<sup>111</sup>, si pro-

---

*ne proposita, etiam suspensio executionis eo ipso petita intelligitur. § 2. Petitio debet fieri intra peremptorium terminum decem dierum utilium a decreto ad normam can. 7 intimato, nisi lex particularis, de qua in can. 3, longiorem terminum statuatur» (can. 10, §§ 1-2) (Communicationes, 42, 2010, 2, p. 35).*

<sup>108</sup> Sessio II, Adunatio III, 5 novembre 1971, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 133.

<sup>109</sup> «§ 3. Termini ad recurrendum adversus decretum decurrere incipiunt ex tricesimo die, ex quo petitio de qua in § 1 ad decreti auctorem pervenit, nisi antea ipse terminorum initium, non ultra tres alios menses, scripto differat neque ullo modo decretum interim exsequatur» (*Quintum schema de procedura*, can. 10, § 3). Rispetto al quarto *schema* la norma subisce ulteriori modifiche a riguardo della questione del possibile effetto sospensivo.

<sup>110</sup> Si veda la *Lettera di trasmissione alla Segreteria di Stato dello schema 'De procedura administrativa'*, inviata dal cardinale Pericle Felici il 30 novembre 1971, in *Communicationes*, 42, 2010, 2, pp. 389-390.

<sup>111</sup> Si veda la *Lettera della Segreteria di Stato di approvazione dello schema*, inviata il 13 aprile 1972 dal cardinale Giovanni Villot al cardinale Pericle Felici, *Communicationes*, 42, 2010, 2, pp. 391-392.

cede all'invio ai componenti la Pontificia Commissione *Codicis iuris canonici recognoscendo* e anche ai dicasteri e agli uffici della Curia romana e alle conferenze episcopali nazionali, per chiederne la consultazione<sup>112</sup>.

Nelle *Animadversiones praeviae* che accompagnano la lettera di invio dello *schema* si menziona l'introduzione del «*conatus solutionis non contentiosae*»<sup>113</sup> alla stregua di una delle novità del progetto di legge, ma l'affermazione risulta imprecisa, in quanto identifica come un unico istituto le due modalità di attuazione della *compositio amicabile*: la conciliazione per iniziativa spontanea delle parti e la *petitio praevia* obbligatoria<sup>114</sup>. Sovrapporre viene in qualche modo a ridurre il valore e il ruolo di ciascuna, non consentendo così di regolare distintamente ognuna di esse nella forma più adeguata a garantirne la funzionalità e l'efficacia.

Le osservazioni pervenute dagli organismi consultati sono generalmente favorevoli in merito ai cann. 9 e 10<sup>115</sup>. A riguardo anzi dell'invito alla conciliazione alcune *animadversiones* consigliano di potenziare la configurazione dell'istituto, «*ut de aequa solutione extra contentiones quaerenda magis instet et urgeat legislator*», ovvero «*etiam officia vel consilia stabilia promovens*»<sup>116</sup>, ritenendo che tali riforme debbano essere adottate con la normativa universale e non

---

<sup>112</sup> Si vedano le *Litterae transmissionis schematis* del cardinale Pericle Felici, del 20 aprile 1972, e le allegate *Animadversiones praeviae ad schema canonum de procedura administrativa*, in *Communicationes*, 4, 1972, pp. 35-38. Il testo dello *schema* inviato si trova pubblicato in *Communicationes*, 42, 2010, 2, pp. 396-402.

<sup>113</sup> «*e) nullus recursus admittitur nisi praecesserit conatus solutionis non contentiosae*» (*Communicationes*, 4, 1972, p. 37).

<sup>114</sup> La medesima confusione tra le due vie si riscontra nel *Brevis conspectus de labore hucusque a Commissione peracto deque peragendo*, in *Communicationes*, 6, 1974, p. 33.

<sup>115</sup> Si nota, tuttavia, come non «*desunt qui hunc canonem [10], et fere etiam can. 9, inutilem censeant*» (P. CIPROTTI, *Brevis relatio de animadversionibus quae factae sunt ad schema canonum de procedura administrativa*, in *Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 407).

<sup>116</sup> I rilievi sono espressi dalle conferenze episcopali della Nuova Zelanda, dell'Irlanda, del Canada e della Corea del Sud, come anche dalla Congregazione dei sacramenti (*Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 407).

con un rinvio alle legislazioni particolari, che risentirebbero dell'influenza delle diverse tradizioni giuridiche degli ordinamenti locali<sup>117</sup>. Circa la *petitio praevia*, invece, sono avanzati rilievi in ordine ai termini previsti dal can. 10: per alcuni i dieci giorni stabiliti per presentare la *petitio* sono troppo pochi, suggerendo di raddoppiarli; per altri, invece, appare eccessivo il tempo concesso all'autore del decreto per revocare o modificare l'atto, consigliando di ridurlo a dieci giorni<sup>118</sup>.

Nel prendere in considerazione i pareri espressi sullo *schema* per perfezionare e sistemare il progetto, la Commissione speciale, riunitasi in una ulteriore sessione di lavoro, si sofferma sulla proposta di trasformare l'invito alla conciliazione spontanea previsto nel can. 9, § 1 in una forma prestabilita, come passo preliminare della procedura di ricorso<sup>119</sup>. Uno dei consultori, infatti, suggerisce di costituire la «*mediatio voluntaria tamquam institutum stabile*» e di prevedere come prima istanza di giudizio un «*iudicium per arbitros*»<sup>120</sup>. L'idea, tuttavia, non viene accolta, in quanto si obietta, da un lato, come non sia ammissibile ricorrere al *compromissum per arbitros* nelle decisioni di giustizia amministrativa<sup>121</sup>, e, dall'altro, come la confi-

---

<sup>117</sup> «... scilicet ipsis videtur non satis esse, si res relinquatur legi particulari, quae secundum uniuscuiusque civitatis indolem possit normas aptas quaerere in ambitu cann. 9 et 10 schematis» (*Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 407). Commentando questa *animadversio*, C. LEFEBVRE (*De nonnullis technicis animadversionibus episcoporum in schema 'De procedura administrativa'*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 29, 1973, p. 188) chiosa: «*Quae est optima animadversio, quamvis fatendum sit media ad effectum illam deducendi non adeo facilia videantur*».

<sup>118</sup> A quest'ultima osservazione, peraltro, lo stesso relatore annota come un tempo così breve «*noceret conaminibus aequae solutionis*» (P. CIPROTTI, *Brevis relatio de animadversionibus*, cit., p. 407).

<sup>119</sup> *Sessio III* (5-7 febbraio 1973), *Adunatio V*, 7 febbraio 1973, in *Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 425.

<sup>120</sup> L'*undecimus consultor* viene identificato nei verbali inediti come Paul Wessmann (L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., p. 50).

<sup>121</sup> «*Rev. mus nonus Consultor censet compromissum per arbitros nullo modo haberi posse tamquam primam instantiam, quia iustitia administrativa habet suas peculiaris regulas agendi. Pertinet ad munus iudicis aequam solutionem consulere antequam ad contentiones deveniatur*» (*Communicationes*, 42, 2010, 2, pp. 425-426). Il *nonus*

gurazione di un «*novum institutum conciliationis*» renderebbe il processo amministrativo «*nimis machinosus*»<sup>122</sup>.

Di fronte a queste opinioni negative, il relatore suggerisce di aggiungere alla norma un nuovo paragrafo, nel quale si attribuisce alle conferenze episcopali la facoltà di stabilire che in ciascuna diocesi sia costituito «*organum stabile conciliationis ad solutionem quaerendam et suggerendam*»<sup>123</sup>. Per evitare, poi, che il processo amministrativo divenga troppo lungo e complicato, si propone di precisare che il ricorso all'organismo di conciliazione debba essere esperito entro il termine di dieci giorni stabilito per la presentazione della *petitio praevia*<sup>124</sup>.

Riguardo invece al can. 10, i suggerimenti di estendere o restringere i termini fissati non sono accolti dai consultori, per cui la Commissione decide di conservare il testo nella formulazione precedente<sup>125</sup>.

Si giunge così alla redazione del *Sextum canonum schema 'de procedura amministrativa'*<sup>126</sup>, che introduce, come novità più rilevante in ordine agli strumenti non contenziosi, l'inserimento di un ul-

---

*consultor* viene identificato come Paul Wirth (L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., p. 50). L'argomentazione a sostegno dell'esclusione del *iudicium per arbitros* e della riserva al solo giudice della decisione in materia di giudizio amministrativo appare tuttavia affatto tautologica e comunque in contrasto con la tradizione più risalente (come si esamina *supra*, cap. IV, § 5). Sulla questione si veda più approfonditamente *infra* cap. XIII, § 1.

<sup>122</sup> «*Rev. mus sextus Consultor timet ne per aliquod novum institutum conciliationis processus administrativus nimis machinosus evadat*» (*Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 426). Non risulta chiaro chi sia il *sextus consultor*.

<sup>123</sup> *Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 426. Si nota, peraltro, come questa proposta vada in senso contrario alle osservazioni fatte dagli organismi consultivi, per le quali l'istituzione di *officia vel consilia conciliationis* dovrebbe essere stabilita con legge universale, non particolare.

<sup>124</sup> Un consultore aggiunge, quale *modus* del proprio *placet*, la previsione che questo rimedio non sia previsto come obbligatorio: «*recursus ad hoc organum conciliationis ne sit obligatorius*» (*Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 426). Nel testo del canone poi introdotto, peraltro, non vi è traccia di questa clausola.

<sup>125</sup> *Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 427.

<sup>126</sup> Lo *schema* viene steso dal relatore dopo la sessione del 5-7 febbraio 1973 e datato 30 marzo 1973. I canoni sulla conciliazione e la *petitio praevia* continuano ad essere collocati all'inizio delle *normae communes de recursibus adversus decreta*,

teriore paragrafo a quello che è divenuto il can. 15, che sancisce la competenza facoltativa delle normative particolari di integrare il sistema, costituendo appositi organismi e procedure di conciliazione<sup>127</sup>. Nella formulazione del testo si precisa che l'organismo di conciliazione possa avere la struttura di «*officium quoddam vel consilium*» e si aggiunge anche la possibilità, se la conferenza episcopale non dia disposizioni, che sia lo stesso vescovo diocesano a costituire questo organismo. Infine, viene premessa una precisazione al successivo § 3, in cui si puntualizza che tale organismo sia chiamato a svolgere la propria funzione principalmente quando sia stata chiesta la revoca del decreto e non siano ancora decorsi i termini per proporre il ricorso<sup>128</sup>.

Il § 1, invece, rimane invariato nella sostanza, ma il relatore<sup>129</sup> introduce alcune modifiche formali che possono risultare impor-

---

ma ricevono una nuova numerazione (rispettivamente can. 15 e can. 16), in quanto sono stati inseriti prima ulteriori canoni.

<sup>127</sup> Can. 15, § 2: «*Conferentia episcopalis potest statuere ut in unaquaque dioecesi officium quoddam vel consilium stabiliter constituatur, cui, secundum normas ab ipsa Conferentia statuendas, munus sit aequas solutiones quaerere et suggerere, praesertim si agatur de decretis ab Episcopo vel ab auctoritate ei subiecta latis; etiam autem si Conferentia id non iusserit, potest Episcopus eiusmodi consilium vel officium constituere*» (*Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 213).

<sup>128</sup> Can. 15, § 3: «*Officium vel consilium, de quo in § 2, tunc praecipue operam navet, cum revocatio decreti petita sit ad normam can. 16, neque termini ad recurrendum sint elapsi; quod si adversus decretum recursus propositus sit, superior vel iudex, qui de recursu videt, recurrentem et decreti auctorem hortetur, quandocumque spem boni exitus perspicit, ad eiusmodi solutiones quaerendas*» (*Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 213). Viene quindi modificata la proposta originaria del relatore di far svolgere l'attività di conciliazione di questo *officium vel consilium* nel periodo che intercorre entro il termine di presentazione della *petitio praevia* e viene preferito, più ragionevolmente, il tempo più lungo del termine per presentare il ricorso gerarchico. La Commissione, peraltro, si dimentica di prevedere la sospensione del termine per presentare la *petitio praevia*, per cui il ricorrente deve comunque proporre la rimostranza, anche se continua ad essere in corso la conciliazione (sulla incongruità della disposizione, si vedano gli approfondimenti svolti *infra* nel cap. XI).

<sup>129</sup> «*Valde optandum est ut, quoties quis gravatum se decreto putet, non fiat inter ipsum et decreti auctorem contentio, sed inter eos de aequa solutione quaerenda communi consilio curetur, gravibus quoque hominibus ad mediationem et studium forte adhibitis, ita ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per iustam compensationem vel per aliam idoneam viam controversia vitetur vel dirimatur*» (can. 15, § 1).

tanti per interpretare, da un lato, la natura dell'*aequa solutio* ricercata dalle parti<sup>130</sup>, e, dall'altro, il ruolo delle persone autorevoli che sono chiamate a svolgere la funzione di mediazione<sup>131</sup>.

Lo *schema* viene poi inviato ai membri della Commissione, affinché prestino il loro assenso definitivo e, all'occorrenza, possano presentare eventuali osservazioni<sup>132</sup>. Sulla base delle risposte dei consultori vengo apportate variazioni solo marginali al testo del progetto, ma per i cann. 15 e 16 non sono stati fatti cambiamenti, quantunque alcuni abbiano avanzato proposte per introdurre mutamenti anche significativi. Si ricordano, in particolare, due *vota*. Paul Wesemann propone di riprendere la versione precedente del can. 9 del quinto *schema*, ritenuto maggiormente perspicuo di quello più ampio successivo, e soprattutto sostiene di limitare la possibilità di costituire un ufficio o consiglio di conciliazione alla sola procedura avanti al tribunale amministrativo, dato che nel ricorso gerarchico ci sarebbero già molte possibilità di trovare soluzioni pacifiche, per cui il nuovo istituto sarebbe superfluo<sup>133</sup>. Heinrich Straub e Paul Wirth, invece, suggeriscono di distinguere tra il tentativo di

---

Non risulta una discussione su questi punti e lo stesso relatore riferisce di avere apportato le modifiche di propria iniziativa (P. CIPROTTI, *L'opposizione*, cit., p. 741).

<sup>130</sup> La formula «*de aequa solutione quaerenda tractetur*» diviene «*de aequa solutione quaerenda communi consilio curetur*». Si sottolinea, quindi, come l'accomodamento sia frutto della volontà comune e concorde delle parti e non per decisione unilaterale di una sola o per imposizione dell'autorità.

<sup>131</sup> Il termine *consilium* viene sostituito con *studium*. Non si comprende la ragione del cambio della terminologia, se non forse per evitare una ripetizione con la locuzione inserita prima (*communi consilio*) (L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., p. 54).

<sup>132</sup> Invio in data 14 aprile 1973 (*Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 240). Le risposte dei consultori sono pubblicate *ivi*, pp. 220-237.

<sup>133</sup> «*In recursu hierarchico ex natura sua tam multae possibilitates ad solutiones pacificas quaerendas continentur, ut novum institutum superfluum esse videtur. In via iudiciaria econtra regulariter decisio "contentiosa" datur. Maxima cura Ecclesiae debet esse decisiones contentiosas inter membra sua evitare etiam institutionibus specialibus mediationis, ita ut decisio contentiosa in Tribunali sit tantummodo ultima ratio ad tuendam iustitiam*» (*Communicationes*, 43, 2011, 1, pp. 229-230). Come si vede, non risulta del tutto superata la concezione, che ha ispirato la prima fase del lavoro del *parvus Coetus*, che considera solo il ricorso giudiziale un rimedio contenzioso.

ricercare un'equa soluzione prima della interposizione del ricorso e la costituzione di un ufficio o consiglio diocesano stabilmente costituito, il quale dovrebbe assumere la figura giuridica dell'arbitrato e non potrebbe essere confuso con il primo grado del giudizio avanti il tribunale<sup>134</sup>. Peraltro, i medesimi consultori affermano che il *compromissum in arbitros* «*in iis tantum casibus locum habet, in quibus partes libere ad controversias dirimendas consentire possunt*»<sup>135</sup>.

Come si è detto, tuttavia, tutte queste proposte di rivedere la formulazione dei canoni, non sono prese in considerazione.

## 2.5. La quinta fase dei lavori: l'inserimento dei canoni nel libro De processibus

A seguito della stesura definitiva dello *schema*, viene infine trasmesso alla Sede apostolica il progetto di *Litterae apostolicae motu proprio datae quibus procedura administrativa in Latina Ecclesia ordinatur*, denominata dall'*incipit* *Apostolicae potestatis*<sup>136</sup>. Poi, com'è noto, la lettera apostolica non viene mai emanata<sup>137</sup> e si ripiega piuttosto a inserire le varie norme dello *schema*, a seconda della materia, nelle rispettive parti della legislazione unitaria del codice. I canoni sulla conciliazione e sulla *petitio praevia*, insieme alle altre norme sui ricorsi amministrativi, sono pertanto esaminati dal *Coetus De processibus*<sup>138</sup>. I consultori

---

<sup>134</sup> «*Officium vel consilium dioecesanum stabiliter constitutum ex natura rei figuram iuridicam de qua in cann. 1929 ss. CIC habere debet. Compromissum in arbitros numquam confundi potest cum ipso tribunali administrativo neque functionem quasi primae instantiae tribunalis habere debet*» (*Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 236).

<sup>135</sup> *Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 236.

<sup>136</sup> Il progetto viene trasmesso dal cardinale Pericle Felici alla Segreteria di Stato con lettera dell'8 novembre 1973 (*Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 238). Il testo del progetto è pubblicato di seguito (*ivi*, pp. 241-255).

<sup>137</sup> Si vedano le perplessità insorte nella riflessione della Sede apostolica, illustrate nella *Nota quoad commercium epistularum inter Secretariam Status et Pontificiam Commissionem CIC recognoscendo circa promulgationem Schematis 'De procedura administrativa'*, in *Communicationes*, 43, 2011, 2, pp. 439-440.

<sup>138</sup> *Sessio VII – Series Altera, Adunatio VII*, 11 giugno 1979, *Communicationes*, 43, 2011, 2, pp. 449-450.

ritengono di non dover apportare modifiche rilevanti al can. 15, ma solo l'espunzione di una precisione ritenuta superflua<sup>139</sup>. Invece, per quanto concerne la *petitio praevia*, i consultori decidono di eliminare l'intero § 2 del can. 17, che prevede la possibilità per l'autore del decreto di prorogare il tempo concesso per la revoca o la riforma dell'atto impugnato<sup>140</sup>. I canoni così definiti confluiscono nello *schema Codicis iuris canonici* del 1980, mantenendo la collocazione originaria quali norme introduttive del titolo *De recursibus adversus decreta*<sup>141</sup>.

L'ultimo cambiamento significativo al canone sul tentativo di conciliazione viene fatto a seguito delle *animadversiones* svolte dai componenti la *Pontificia Commissio Codicis iuris canonici recognoscendo* su quest'ultima bozza del codice. Una delle osservazioni suggerisce di apportare modifiche a tutti i tre paragrafi di quello che è divenuto il can. 1693<sup>142</sup>. Riguardo al § 1, si chiede di togliere l'indicazione delle diverse modalità con cui si sarebbe potuta tradurre l'equa soluzione tra le parti («*vel per voluntariam decreti emendationem vel per iustam compensationem*») e di lasciare solo l'indicazione generica «*per idoneam viam controversia vitetur vel dirimatur*»<sup>143</sup>. Questa pro-

---

<sup>139</sup> Si decide di espungere dal § 2 l'inciso «*praesertim si agatur de decretis ab Episcopo vel ab auctoritate ei subiecta latis*» (*Communicationes*, 43, 2011, 2, pp. 449-450). È interessante, tuttavia, notare come nel verbale della discussione risulti che i consultori avevano deciso di aggiungere un canone, il 15 bis, in cui richiamare la formula del silenzio-rigetto prevista dal can. 6, §§ 2-3 (*ibidem*). Di tale canone aggiuntivo, però, non vi è più traccia nel successivo elenco di canoni approvati (*ivi*, pp. 461-462).

<sup>140</sup> *Communicationes*, 43, 2011, 2, p. 450.

<sup>141</sup> Pars V (*De procedura administrativa*), sectio I (*De procedura administrativa in genere*), titolo II (*De recursibus adversus decreta*), caput I (*Normae communes*), cann. 1693 e 1694 (*Schema Codicis iuris canonici*, Città del Vaticano 1980, in <https://www.delegumtextibus.va/content/dam/testilegislativi/ARCHIVIO/CIC%20Archivio/schemata-canonumcic/schemaCIC1980.pdf>).

<sup>142</sup> I pareri sono avanzati dal cardinale Corrado Bafile (*Relatio complectens syntheses animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et consultoribus datis*, Città del Vaticano 1981, p. 342, in <https://www.delegumtextibus.va/content/dam/testilegislativi/ARCHIVIO/CIC%20Archivio/schemata-canonumcic/relatioAnimadversionumadNovissimumSchemaCIC.pdf>).

<sup>143</sup> A sostegno della proposta viene data la seguente motivazione: «*quia textus Schematis supponere videtur quod semper decretum impugnatum sit plus minusve*

posta viene accolta, mentre non sono recepiti gli altri due pareri che suggeriscono di sopprimere l'intero § 2<sup>144</sup> o la prima parte del § 3<sup>145</sup>.

Degno di nota risulta sottolineare come non sia stata accettata neppure la proposta articolata del cardinale Eugênio Araujo de Sales che fa pervenire un nuovo *schema de procedura administrativa*<sup>146</sup>. Tra le indicazioni di questo progetto è interessante sottolineare come punti a imporre come obbligatorio l'avvio di una fase di conciliazione prima della proposizione di qualsiasi ricorso<sup>147</sup>, mentre, d'altro canto, voglia eliminare la *petito praevia*, in quanto inutile<sup>148</sup>.

---

*iniustum, quod verum non est*) (*Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., p. 342).

<sup>144</sup> «*Supprimatur, utpote quae libertatem Episcopi nimis coarctat, nam ipsum moraliter impellit ad consilium de quo agitur constituendum*». La risposta della segreteria è stata la seguente: «*Negatur illam restrictionem adesse. Nam ius universale Conferentiis Episcoporum iudicium de opportunitate tale "Officium conciliationis" constituendi remittit, quod opportunum est, ut quaedam habeatur uniformitas in regione*» (*Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., p. 342).

<sup>145</sup> «*Prima pars supprimatur ("Officium ... sint elapsi")*». Anche questa proposta viene rigettata: «*Supprimi nequit, quia melius determinat munus et competentiam "Officii conciliationis"*» (*Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., p. 343).

<sup>146</sup> *Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., pp. 334-339. La segreteria precisa come questo *schema* non possa essere accolto, dato l'*iter* complesso di formazione del progetto che vincola la consultazione allo *schema* così definito e non può essere stravolto dalla proposta di un unico pronente (*ivi*, p. 339).

<sup>147</sup> «*Obligatoria redditur "camera conciliationis", quae spiritui relationum inter superiores et subditos magis respondet et inutile dispendium temporis praevenit*» (*Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., pp. 334-335). A tal fine si propone di modificare le norme in modo da stabilire che ogni vescovo nella propria diocesi debba costituire stabilmente un «*officium quoddam vel consilium, ut camera conciliationis*» e che gli interessati a proporre ricorso contro un decreto siano tenuti a richiedere l'intervento di questo ufficio entro cinque giorni dalla comunicazione dell'atto, «*nec ulli alio recursu gressui datur locus, priusquam officium, consilium vel camera conciliationis servitium suum expletum esse authentice declaret ad normam § 1 vel quia spem boni exitus non perspicit*» (*ivi*, p. 336).

<sup>148</sup> «*Supprimatur "petitio" decreti auctori facienda ad revocationem vel suspensionem ipsius decreti obtinendam, quia inutilis (praesumitur quaestionem ab Episcopo eiusque Consilio mature consideratum esse), invisiva (aliquo modo futurum comminat processum), ad meram reducitur formalitas et substantialiter iam continetur in interventu camerae conciliationis*» (*Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., p. 335).

Il *Coetus consultorum* decide tuttavia di non ammettere questi cambiamenti con una motivazione che, per quanto riguarda la «*camera conciliationis*» desta qualche perplessità, in quanto afferma che l'obbligo di ricorrere a tale ufficio sarebbe «*laesivum iuris illius qui recursum hierarchicum praefert vel ad tribunal administrativum, si adsit, adire vult*»<sup>149</sup>. Una simile affermazione appare chiaramente in contrasto con il precetto fondamentale della tradizione cristiana che invita proprio a evitare le liti in giudizio e non ha mai considerato un pregiudizio per le legittime aspettative dei fedeli la preferenza accordata alla ricerca di un'equa soluzione in via non contenziosa.

Infine, nella stesura dello *schema novissimum* del 1982 alla norma che esorta l'uso degli strumenti di conciliazione sono apportate solo due modifiche: l'una è un cambiamento meramente lessicale che non sembra cambiare il significato del termine<sup>150</sup>; l'altra, invece, acquista un valore più sostanziale, non tanto per quanto concerne le procedure non contenziose, quanto per i rapporti tra fedeli, perché nell'indicare i soggetti che possono svolgere il ruolo di mediatori si preferisce ricorrere alla parola «*personis*» anziché «*hominibus*», riconoscendo così la capacità anche per le donne di svolgere questa funzione nelle controversie amministrative<sup>151</sup>.

Nel testo definitivamente promulgato, tuttavia, a seguito dell'asportazione dei canoni sui ricorsi ai tribunali amministrativi, in merito al tentativo di conciliazione da esperirsi dopo la presentazione del ricorso viene estrapolato il riferimento al giudice come autorità tenuta a valutare la sua concreta realizzazione, in alternativa al superiore gerarchico<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> *Relatio complectens synthesim animadversionum*, cit., p. 340.

<sup>150</sup> Nel can. 1741, § 1 si sostituisce «*vitetur*» con «*praecaveatur*» (*Codex iuris canonici. Schema novissimum*, Città del Vaticano, 1982, in <https://www.delegumtextibus.va/content/dam/testilegislativi/ARCHIVIO/CIC%20Archivio/schemata-canonumcic/schemaNovissimumCIC1982.pdf>).

<sup>151</sup> Per una svista, forse, non viene invece cambiata la terminologia della norma generale a tutti i processi (can. 1446, § 2 CIC), ove resta la dicitura «*hominibus*» (si veda *supra*, cap. V, § 5).

<sup>152</sup> Can. 1733, § 3 CIC corrispondente al can. 1741, § 3 dello *schema* del 1982.



## CAP. VIII

# IL QUADRO ATTUALE DEGLI STRUMENTI DI CONCILIAZIONE NEI CONFRONTI DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

### 1. *I rimedi conciliativi nella disciplina dei ricorsi amministrativi*

Nel testo definitivo del codice di diritto canonico della Chiesa latina, promulgato nel 1983, risultano inseriti, all'interno della parte interamente nuova dedicata ai *recursus adversus decreta administrativa*, quattro canoni di fattura originale che disciplinano forme stragiudiziali di composizione delle controversie derivanti dagli atti amministrativi singolari<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cann. 1733-1736 CIC. Sul tema si vedano: *Compendio di diritto amministrativo canonico*, a cura di J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, Edusc, Roma, 2023<sup>3</sup>, pp. 335-387; J.I. ARRIETA, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 31-33; E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, IV, *Prassi amministrativa e procedure speciali*, cit., pp. 122-126; G. BRUGNOTTO, *La conciliazione*, cit., pp. 107-113; J.A. CORIDEN, *Alternative Dispute Resolution in the Church*, in *Proceedings of Canon Law Society of America*, 48, 1986, pp. 61-82; J. CORSO, *I modi di evitare il giudizio amministrativo*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1991, pp. 33-54; P. GHERRI, *L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza: la remonstratio canonica (cann. 1732-1734 CIC)*, in *Apollinaris*, 85, 2012, pp. 7-72; ID., *Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733 CIC*, in *Ius Canonicum*, 60, 2020, pp. 243-267; ID., *La mediazione nel diritto (pubblico) canonico: il can. 1733 C.I.C.*, in *Daimon*, 2020, pp. 51-77; Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli e le composizioni stragiudiziali delle controversie*, cit., pp. 273-286; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 455-461; K. MARTENS, *La protection juridique dans l'Église: les tribunaux administratifs, la conciliation, et du Due process*, in *Studia Canonica*, 36, 2002, pp. 225-252; ID., voce *Conciliación*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, II, cit., pp. 350-352; J. MIRAS, *Ad can. 1733*, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV, 2, cit., pp. 2123-2131; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici (Cann. 1732-1739)*, Gregorian&Biblical Press, Roma, 2020, pp. 25-42; G.M. MORÁN, *La mediación y la actividad administrativa eclesíastica: su recepción por el derecho canónico*, in *Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2011; M.A. ORTIZ, I

Sulla scorta dell'invito generale a evitare le liti<sup>2</sup>, che riecheggia l'esortazione analoga contenuta nella parte generale *de processibus*<sup>3</sup>, sono previsti alcuni espedienti diretti a favorire la riconciliazione nei diversi momenti e fasi in cui si può sviluppare il confronto tra l'autorità che ha emanato l'atto e coloro che ne subiscono gli effetti. Tali rimedi, pur se definiti variamente dai canoni, per la struttura relazionale e il metodo di funzionamento possono essere in realtà ricondotti a due tipologie fondamentali. La prima è il tentativo di conciliazione, libero e informale, che può essere perseguito con il dialogo diretto tra le parti interessate o attraverso la mediazione di altre persone o organismi, sia prima che dopo l'introduzione del ricorso gerarchico, sia per spontanea iniziativa delle parti sia su sollecitazione dell'autorità presso la quale si svolge la procedura<sup>4</sup>. La seconda, invece, è la richiesta preventiva di revoca o di correzione dell'atto amministrativo che deve obbligatoriamente essere presentata all'autorità che l'ha emanato prima di presentare il ricorso gerarchico<sup>5</sup>.

I medesimi strumenti si ritrovano nel codice dei canoni delle Chiese orientali, promulgato nel 1990, pur con qualche importante variazione<sup>6</sup>.

---

*ricorsi gerarchici*, in *Ius Ecclesiae*, 11, 1999, pp. 714-728; P. PALUMBO, *Le ADR nel diritto canonico*, cit., pp. 413-429; D. ROSEMAN, *Mediation in the Church: a review of the literature and of the key elements of mediation*, in *Studia Canonica*, 47, 2013, pp. 145-181; R. SANTORO, *L'«aequa controversiae solutio» nel diritto amministrativo canonico*, in *Euntes Docete, Urbaniana University Journal*, 66, 2013, pp. 197-203; N. SCHÖCH, *Mediation und Vergleich im streitigen Verwaltungsverfahren zur Wahrung der Identität des pilgernden Gottesvolkes als Liebesgemeinschaft (communio)*, in *Ius canonicum in comunione christifidelium. Festschrift zum 65. Geburtstag von Heribert Hallermann*, a cura di M. GRAULICH, TH. MECKEL, M. PULTE, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn, 2016, pp. 531-549; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735 en la solución de los litigios administrativos*, in *Anuario de Derecho Canónico*, 8, 2019, pp. 89-140.

<sup>2</sup> «Valde optandum est ...» (can. 1733, § 1 CIC).

<sup>3</sup> Can. 1446 CIC.

<sup>4</sup> Can. 1733, §§ 1-3 CIC.

<sup>5</sup> Cann. 1734-1736 CIC.

<sup>6</sup> Cann. 998-1000 CCEO. Le differenze principali riguardano due punti. Anzitutto, il can. 998 è più breve e ricalca maggiormente il can. 9 del *Quintum ca-*

Nonostante il valore certamente positivo di questa innovazione della legislazione giovanneo paolina, che richiama espressamente un monito essenziale dello stile ecclesiale di risolvere i dissidi<sup>7</sup>, la formulazione delle norme e l'assetto complessivo del sistema risentono dei tentennamenti e delle perplessità che hanno costellato l'opera di riforma. Come emerge dall'analisi dei lavori di revisione del codice latino, l'elaborazione degli strumenti di composizione pacifica delle controversie amministrative non è stata lineare, né sistematica. Al pari della normativa *de processibus*<sup>8</sup>, e contrariamente ai presupposti della tradizione più antica, a fondamento della rinnovata disciplina dei metodi di risoluzione dei conflitti non si riscontra una idea forte e pregnante del principio di riconciliazione, una convinzione cioè dell'importanza di questa massima basilare che abbia effettivamente inciso sull'impostazione dell'intero apparato delle azioni di tutela nei confronti dell'attività amministrativa, così da prescrivere l'uso dei metodi non contenziosi come la via primaria, non solo preferenziale, per evitare o per porre fine alle liti. All'opposto, le incertezze in merito alla portata da riconoscere alle forme di composizione pacifica hanno influito sulla stesura di fattispecie normative imprecise e poco efficaci.

---

*nonum schema*, per cui nel § 1 contiene l'elencazione delle possibili vie di soluzione delle controversie, mentre non si prevede la competenza delle norme particolari di istituire uffici o consigli di conciliazione: «§1. *Valde optandum est, ut, si quis gravatum se decreto putat, non fiat inter ipsum et decreti auctorem contentio, sed inter eos de aequa solutione quaerenda tractetur, gravibus quoque hominibus ad mediationem vel studium forte adhibitibus ita, ut per voluntariam decreti emendationem vel per iustam compensationem vel per aliam idoneam viam controversia dirimatur.* § 2. *De his auctoritas superior partes hortetur, antequam recursum recipit*». Inoltre, la possibilità di ricorrere contro il silenzio viene stabilita non in un canone autonomo, ma tra le norme che regolano il computo dei termini per ricorrere (can. 1001, § 2, 1°).

<sup>7</sup> P. CIPROTTI (*La giustizia amministrativa nella revisione del Codex iuris canonici*, in *De iustitia administrativa in Ecclesia*, cit., p. 127) indica nei principi contenuti in questi canoni «l'innovazione veramente più importante, perché costituisce una doverosa considerazione delle esigenze pastorali e una applicazione del principio 'salus animarum suprema lex est'». Di seguito si sottolinea anche l'incidenza esercitata sull'elaborazione della normativa da parte della prassi avviata da tempo negli Stati Uniti.

<sup>8</sup> Si veda la trattazione svolta *supra*, nel cap. V, § 5.

Invero, soprattutto a riguardo del tentativo di conciliazione, i canoni descrivono i diversi modi di ricerca della concordia reciproca con formule generiche e approssimative, usando locuzioni del tutto atecniche se non ambigue: così, l'attività di conciliazione appare tratteggiata elusivamente come «*aequa solutio quaerenda communi consilio*»; l'intervento di supporto svolto da terzi viene indicato con espressioni che possono intendere compiti tra loro diversi, quali «*mediatio et studium*» ovvero anche «*aequas solutiones quaerere et suggerere*»; il risultato che dovrebbe concludere la composizione viene adombrato sibillamente come «*idonea via*». Non risultano quindi espressi con chiarezza i contorni precisi delle diverse modalità con cui può essere perseguito e realizzato il fine di riconciliazione.

Alla vaghezza terminologica si accompagna poi l'indeterminatezza nella regolamentazione dei molteplici aspetti di attuazione della via conciliativa: i soggetti tenuti a intraprenderla; i tempi e le modalità dell'iniziativa di una parte e della risposta dell'altra; le strutture predisposte per facilitare la riuscita del confronto; le fasi di svolgimento della procedura e gli strumenti per la sua conclusione. Non vi è dubbio che la mancanza di una disciplina certa in ordine ai dettagli operativi renda l'istituto non ben definito nella conformazione essenziale e possa ostacolare la sua piena e concreta applicazione.

Il rischio di una inefficacia del monito alla riconciliazione si intravede anche nella constatazione che la ricerca di una composizione pacifica venga sollecitata con esortazioni blande e impersonali che non impongono doveri specifici alle diverse persone coinvolte nella controversia e non sono pertanto in grado di vincolare effettivamente al rispetto di quanto prescritto, poiché non conducono all'eventuale inosservanza conseguenze giuridiche idonee a incidere sul comportamento di tutti gli interessati<sup>9</sup>. Si avverte quindi il pericolo che il precetto di perseguire forme consensuali di concordia

---

<sup>9</sup> Quali conseguenze giuridiche si devono intendere non tanto sanzioni alla persona, ma conseguenze sugli atti posti (invalidità o inefficacia) o da porre (condizioni di procedibilità), ovvero sulle successive facoltà di tutela (impugnazioni o ricorsi).

reciproca tra autorità e fedeli resti una disposizione solo parenetica, quasi un ammonimento morale e non un obbligo giuridico vero e proprio. Una eventualità che diviene ancora più probabile nell'ambito delle relazioni amministrative, nelle quali la disparità di posizioni tra l'autorità che ha emanato l'atto e i soggetti che se ne sentono gravati può attribuire all'autorità amministrativa una condizione di privilegio nel decidere discrezionalmente se accedere o meno al tentativo di conciliazione che rende del tutto vano l'impegno di cercare la conciliazione<sup>10</sup>.

Le difficoltà connesse alle imperfezioni e alle lacune della normativa non devono tuttavia condurre a sminuire la rilevanza dell'uso dei rimedi di composizione pacifica delle controversie amministrative. Occorre piuttosto cercare di interpretare i canoni che li prevedono in modo da promuovere la loro migliore e più efficace attuazione, secondo le finalità comprese nella *ratio* ispiratrice. Con la stessa attenzione risulta anche possibile sopperire a eventuali deficienze del dettato normativo e integrare la disciplina ricorrendo ai principi generali del diritto che regolano l'esercizio della funzione amministrativa della Chiesa e che presiedono alla maniera autenticamente ecclesiale di risolvere le divergenze tra autorità e fedeli.

Sembra pertanto opportuno premettere all'analisi puntuale degli istituti un approfondimento in merito alla *ratio* che ha indotto il legislatore a introdurre questi rimedi e che, di conseguenza, viene a conformarne la natura, la struttura fondamentale e lo stile operativo. In tal modo si riesce a precisare quale sia il valore del principio di riconciliazione nella trattazione delle controversie amministrative, ma anche quali siano le vie più adeguate per implementarlo e renderlo effettivamente vigente nella vita della comunità ecclesiale.

---

<sup>10</sup> P. CIPROTTI (*L'opposizione al provvedimento amministrativo canonico*, cit., p. 750) qualifica la responsabilità dell'autorità amministrativa a rispondere all'istanza di chi si sente gravato dall'atto come un «dovere morale di vedere se è possibile raggiungere una soluzione non contenziosa».

## 2. *La ratio della riforma ecclesiale: l'impegno di evitare le contentiones*

Come si è visto, l'esortazione a cercare una composizione pacifica è stata posta dai codici tra i canoni iniziali della sezione dedicata ai ricorsi *adversus decreta administrativa*. Da questa collocazione in posizione introduttiva, oltre che dalle discussioni avvenute nel corso dell'opera di riforma, emerge come l'intenzione del legislatore sia stata quella di richiamare, quale principio fondamentale posto a presidio della materia, l'insegnamento evangelico che esorta i fedeli a vivere nella concordia reciproca e a evitare i litigi<sup>11</sup>. Il monito di Cristo ripreso nei precetti paolini, peraltro, non nega l'esistenza delle divergenze tra i fedeli, o tra questi e le autorità di governo, anzi prende le mosse proprio dalla constatazione che pure tra i credenti possano sorgere dissidi, ma responsabilizza tutti sul modo di gestire le eventuali controversie. Invero, il nucleo e la portata innovativa del messaggio cristiano consistono precipuamente nel prescrivere di andare oltre il contrasto tra le diverse posizioni, di superare le lacerazioni nelle relazioni interpersonali e di ricomporre i legami di comunione reciproca.

La *controversia* è appunto il presupposto per l'attivazione degli strumenti di giustizia predisposti dall'ordinamento per trattare i punti in disaccordo con il dibattito tra le parti e per comporre il conflitto con una decisione che applichi il diritto secondo equità. Per le *controversiae ortae ex actu potestatis administrativae*, come recita il can. 1400, § 2, la competenza viene attribuita ai ricorsi esperibili avanti al superiore gerarchico o al giudice<sup>12</sup>. In rapporto a queste *controversiae* il can. 1733 stabilisce, per evitare che sorga

---

<sup>11</sup> La *ratio* sottesa a questi canoni, come evidenziano anche i lavori di stesura della normativa, corrisponde a quella che ispira il principio generale contenuto nel can. 1446 CIC (conforme al can. 1103 CCEO), ossia promuovere la soluzione pacifica delle divergenze e favorire la consolidazione di rapporti non conflittuali dei fedeli tra di loro e con le autorità.

<sup>12</sup> Il ricorso al superiore gerarchico è quello regolato nei cann. 1737-1739 CIC e cann. 1001-1006 CCEO; come ricorso al giudice, dopo che nel testo promulgato del codice latino sono stati stralciati i canoni relativi alla costituzione dei tribunali

una *contentio* tra l'autore dell'atto amministrativo e colui che se ne senta gravato, che i soggetti interessati cerchino di comune accordo un'equa soluzione per dirimere il dissidio. I termini *controversia* e *contentio*, usati in questo canone di nuova formulazione, non paiono avere un significato tecnico preciso, ma anzi nel testo vengono anche confusi con risultati contraddittori<sup>13</sup>. Per contro, il can. 1446, § 1, nell'esprimere lo stesso principio di ricerca di una composizione pacifica, definisce l'oggetto dell'impegno cui sono sollecitati i vescovi e i fedeli come «*ut lites vitentur*». L'espressione è stata ripresa dal codice precedente<sup>14</sup> e utilizza la nozione di *lis* che, diversamente da quelle precedenti, nel linguaggio giuridico ha assunto il significato preciso di indicare la causa che viene trattata in giudizio attraverso il processo<sup>15</sup>.

La lettura in parallelo dei due canoni può pertanto aiutare a interpretare la terminologia ambigua del can. 1733, § 1 e a comprendere il senso del precetto in esso contenuto. Infatti, data l'unitarietà del monito evangelico richiamato da entrambe le norme, si può ri-

---

amministrativi locali, resta solo quello al Supremo tribunale della Segnatura apostolica (can. 1445, § 2 CIC).

<sup>13</sup> Al termine del can. 1733, § 1 CIC si indica come risultato della conciliazione: «*ita ut per idoneam viam controversia praecaveatur vel dirimatur*». Nel dire che la *controversia* viene prevenuta, la norma sembra assimilare il significato del termine a quello di *contentio*, in quanto entrambe vengono evitate con la conciliazione (tanto è vero che nella prima stesura del canone il predicato verbale era *vetatur*). Per contro, nel dire, come alternativa, che la *controversia* possa essere risolta, si presuppone che sia comunque sorta e di conseguenza si viene a contraddire quanto detto prima, perché se la controversia è già sorta non ha senso affermare che possa essere evitata. L'una soluzione esclude l'altra. Di questa contraddizione ci si è accorti in sede di stesura del Codice dei canoni delle Chiese orientali, nel quale si adotta una formulazione più lineare («*controversia dirimatur*») che distingue tra la *contentio* da evitare e la *controversia* da risolvere.

<sup>14</sup> Can. 1925, § 1 CIC17.

<sup>15</sup> I termini *lis*, *causa* e *processus* possono assumere anche significati parzialmente coincidenti, come annota F. ROBERTI, *De processibus*, I, Libreria Pontificii Instituti utriusque iuris, Città del Vaticano, 1956<sup>4</sup>, p. 74: «*Lis autem iuxta communem usum loquendi modo causam modo processum significat*». Queste sovrapposizioni si riscontrano nelle locuzioni *contestatio litis*, per indicare la definizione dell'oggetto del giudizio sulla base della domanda dell'attore e della risposta del convenuto, ovvero *in limine litis*, per indicare la fase introduttiva del processo.

tenere che il comportamento da evitare sia il medesimo, pur se definito con parole diverse: nell'una *contentio*, nell'altra *lis*. *Contentio* e *lis* possono di conseguenza essere ritenute alla stregua di sinonimi, venendo a designare il conflitto, ossia il contrasto di interessi, che si è instaurato tra le parti a seguito di letture antitetiche della questione contesa e che viene a strutturarsi nella forma di una contrapposizione di pretese tra loro in opposizione irriducibile. Proprio questa radicalizzazione e fissazione del conflitto in rivendicazioni divenute inconciliabili, perché ciascuna parte non accetta i punti di vista dell'altra, rende impossibile una soluzione assunta spontaneamente dai soggetti coinvolti e richiede, al contrario, l'intervento di un terzo che definisca in modo autoritativo chi ha torto e chi ha ragione.

Diversamente, la *controversia*, pur consistendo in una discordanza tra le diverse esigenze e le loro rappresentazioni soggettive, non implica necessariamente una contrapposizione, sia perché potrebbe non sussistere un conflitto inconciliabile tra le posizioni, sia perché le parti mantengono comunque la disponibilità a chiarire tra loro le difformità di valutazione della questione. La *res controversa*, pertanto, si distingue dalla *res litigiosa*, in quanto può comprendere anche la *res dubia* o *incerta*, quando la divergenza deriva da incomprensioni, dubbi, interrogativi o anche contestazioni relative al contenuto dell'atto amministrativo, alla procedura di formazione o alle modalità di esecuzione, ma l'autorità amministrativa che l'ha emanato e i destinatari dei suoi effetti non si arroccano ciascuno sulle proprie rivendicazioni, non escludono la possibilità che anche l'altro possa avere qualche ragione, per cui possono essere ancora propensi a confrontarsi per cercare un'equa composizione.

Tra la *controversia* e la *contentio* si individua pertanto un rapporto di genere a specie<sup>16</sup>: non tutte le *controversiae* divengono *contentiones*, ma solo quelle nelle quali i soggetti contendenti non accetta-

---

<sup>16</sup> Questo rapporto tra concetto più generale e concetto più specifico sembra rispecchiato anche nel can. 1445, § 2 CIC che riserva alla Segnatura apostolica le «*contentiones ortae ex actu potestatis administrativae*» e in più attribuisce allo stesso tribunale la competenza a decidere le «*aliae controversiae administrativae*» deferite dal romano pontefice o dai dicasteri della Curia romana.

no soluzioni che non corrispondano al loro unilaterale punto di vista e sono decise a formalizzare il conflitto avanti alle sedi giurisdizionali competenti. Ciò che quindi il monito evangelico intende evitare è proprio la degenerazione della controversia in contrapposizione inconciliabile e per questo i codici richiedono l'impegno dei fedeli a percorrere vie alternative per risolvere il dissidio.

In effetti, in una prospettiva più ampia, si può evidenziare come il conflitto non abbia sempre una connotazione negativa alla stregua di un fenomeno patologico delle relazioni sociali<sup>17</sup>. Anzi, le divergenze che scaturiscono dalle differenze nel modo di essere e di pensare delle persone possono ritenersi fisiologiche nelle dinamiche di convivenza collettiva, per cui il confronto tra i diversi punti di vista costituisce un'occasione di crescita, non solo per gli individui che sono sollecitati a uscire dalla propria prospettiva unilaterale e ad aprirsi a nuove visuali, ma per la comunità nel suo insieme, che, al di là dei concreti risultati di progresso sulle singole questioni, realizza forme più solidali e inclusive di interazione tra i consociati<sup>18</sup>. Il conflitto, pertanto, può risultare una risorsa di potenziale arricchimento e di miglioramento della qualità della convivenza sociale, non necessariamente un ostacolo. Occorre pertanto acquisire la consapevolezza che non è tanto il conflitto in sé a suscitare una possibile riprovazione, a essere valutato cioè come un male o come un bene, quanto piuttosto il modo in cui i soggetti coinvolti lo affrontano e lo gestiscono<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2017, p. 134.

<sup>18</sup> FRANCESCO nella lettera enciclica *Fratelli tutti* (del 3 ottobre 2020) rileva come i conflitti siano inevitabili nella storia delle interazioni tra gruppi sociali (n. 240), ma, ricordando l'insegnamento evangelico e delle lettere apostoliche, afferma che si debbano superare «coltivando quelle virtù che promuovono la riconciliazione, la solidarietà e la pace» (n. 243) e sottolinea: «la vera riconciliazione non rifugge dal conflitto, bensì si ottiene nel conflitto, superandolo attraverso il dialogo e la trattativa trasparente, sincera e paziente» (n. 244).

<sup>19</sup> G. COSÌ (*L'accordo e la decisione*, cit., p. 177) sottolinea i condizionamenti culturali sottesi ai differenti atteggiamenti di approccio al conflitto, evidenziando la diversa prospettiva tra la mentalità occidentale, più incentrata sui metodi aggiudicativi, e quella orientale, più informata ai rimedi conciliativi.

La distinzione tra *contentio* e *controversia* esprime appunto la distinzione tra due diverse forme di approccio al conflitto, con le conseguenti due modalità di gestione.

Nella *contentio*, le persone si concentrano sulle proprie pretese, fondate sui fatti pregressi e le correlate responsabilità, affrontandosi l'una contro l'altra per far prevalere le proprie ragioni e sconfiggere quelle della controparte, secondo la logica antagonistica dell'*aut aut*, uno vince e l'altro perde. Oggetto della contesa, quindi, non è più la questione sostanziale che ha dato origine al conflitto, bensì lo sono divenute le rivendicazioni soggettive che derivano dalle peculiari valutazioni delle controparti. Pertanto, la decisione finale che accoglie l'una o l'altra prospettiva non risolve il conflitto, ma si limita a porre fine alla lite stabilendo chi trionfa e chi soccombe.

Nella *controversia*, invece, le persone guardano al problema di cui si discute nella sua consistenza reale, data dalla divergenza dei rispettivi interessi in ordine al bene in oggetto, e attraverso il dialogo vicendevole cercano di comprendere la portata e la rilevanza del punto di vista di ciascuno e la possibilità di armonizzare reciprocamente le diverse posizioni, secondo la logica conciliativa dell'*et et*, entrambe soddisfatte. L'attenzione alle esigenze effettive delle parti, in un'ottica di disponibilità a riconoscere mutuamente l'una quelle dell'altra, apre alla possibilità di cercare una soluzione che risponda efficacemente alle aspettative di entrambe, giungendo così a estinguere il conflitto non con un atto meramente formale, ma con una composizione sostanziale.

Come si vede, la prima strategia di gestione dei conflitti, quella basata sull'affermazione autoritativa delle norme, si rivolge al passato per accertare come si sono svolti i fatti contestati e per stabilire poi quali siano le conseguenze che si possono dedurre sul piano dell'ordinamento vigente. Per quanto concerne le controversie che derivano da un atto amministrativo, dunque, si tratta di valutare se l'atto sia corretto sotto il profilo del merito e della legittimità e se abbia violato qualche situazione giuridicamente rilevante. La decisione che dichiara prevalente la posizione dell'autorità amministrativa o quella dei destinatari dell'atto impone un ordine che si fonda

sulla certezza formale dell'attribuzione dei rispettivi diritti, ma non giova al ripristino di relazioni di affidabilità tra le parti, né garantisce che il conflitto non sia proseguito in altre sedi.

La seconda strategia di gestione dei conflitti, per contro, quella diretta a comporre gli interessi, mira a far convergere il consenso delle parti su di una possibile soluzione del problema che risponda alle esigenze di tutti. Così, nelle divergenze su di un atto amministrativo, i fedeli possono chiedere all'autorità di tenere conto o di rivalutare propri specifici bisogni che non erano stati considerati in precedenza e che potrebbero indurre a modificare il contenuto del dispositivo o le modalità di esecuzione, al fine di conciliare il bene della comunità con il bene dei singoli. Un accordo eventualmente raggiunto riesce a delineare un nuovo ordine nei rapporti tra le parti che giunge a risolvere la controversia, in quanto viene accettato da entrambe, e in più favorisce il recupero delle relazioni di fiducia e di mutua collaborazione. Inoltre, diversamente dalla decisione che si limita ad applicare le norme del diritto sulla base delle responsabilità fissate nel passato, l'accomodamento conciliativo si proietta nel futuro, perché esplora nuove modalità di impostazione dei rapporti tra le parti e ha maggiori probabilità di essere rispettato e di non essere contestato successivamente.

Indubbiamente non si può nascondere che la concordia non sia facile da conseguire, perché richiede l'impegno e la disponibilità di tutti i soggetti coinvolti, ma una volta conclusa consente di consolidare un risultato molto più costruttivo in ordine alla promozione di relazioni partecipative e solidali all'interno della comunità<sup>20</sup>. Anche se, in ipotesi, non dovesse essere perfezionato l'accordo, il tentativo avrebbe comunque un valore positivo, nella misura in cui le parti abbiano dimostrato di essere aperte al dialogo.

In definitiva, sembra di poter affermare che la distinzione operata dai codici tra *controversia* e *contentio* esprima la scelta preci-

---

<sup>20</sup> G. Così (*L'accordo e la decisione*, cit., p. 130) sottolinea come questo modello, c.d. ontocentrico, sia impegnativo da realizzare e valga soprattutto per le comunità fondate su forti ideali che coinvolgono l'adesione personale e volontaria, quali le comunità spirituali.

sa del legislatore di accordare la preferenza alle strategie di gestione del conflitto che evitino la degenerazione dell'una nell'altra. Si può pertanto individuare quale *ratio* ispiratrice della riforma dei rimedi giustiziali, in linea peraltro con la tradizione ininterrotta del diritto della Chiesa, il *favor conciliationis*, ossia la promozione della ricerca della concordia come il metodo privilegiato di risolvere i dissidi. Anche la disciplina degli strumenti di tutela nei confronti degli atti amministrativi risulta ispirata all'ideale del *favor conciliationis*, in quanto indica i rimedi non contenziosi come la via primaria da perseguire nell'affrontare le divergenze nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa<sup>21</sup>.

In una impostazione più ampia e pregnante del principio, si può persino sostenere che il *favor conciliationis* debba informare qualsiasi modalità di trattazione delle controversie originate da un atto amministrativo, quindi pure i ricorsi contenziosi. Ciò implica non solo che la via della conciliazione sia da considerare sempre percorribile, anche dopo l'introduzione e per tutto il corso della procedura di impugnazione, ma addirittura che gli stessi ricorsi contenziosi debbano rappresentare 'luoghi di dialogo' che mirano «alla ricostituzione della comunione ecclesiale, ossia al ristabilimento di un ordine oggettivo conforme al bene della Chiesa»<sup>22</sup>.

Considerando quindi come criterio di riferimento questa *ratio* fondamentale è possibile cercare di supplire alle imperfezioni del testo normativo e di superare le difficoltà di applicazione con una interpretazione più precisa e attenta alle esigenze di diritto e di fatto dei rimedi conciliativi, in modo da impostare le disposizioni codi-

---

<sup>21</sup> La preferenza accordata dal codice alla ricerca di una soluzione pacifica e concorde viene evidenziata anche nel *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 348-349.

<sup>22</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso alla Plenaria del Supremo Tribunale della Segnatura apostolica*, 4 febbraio 2011, in *Ius Ecclesiae*, 23, 2011, p. 489. Sottolinea il valore dato alla concordia e alla riconciliazione nell'unico discorso del papa alla Plenaria del supremo tribunale il commento di J. CANOSA, *L'attività del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica a servizio della comunione nella Chiesa*, *ivi*, pp. 490-499.

ciali nel senso di consentire una realizzazione piena ed efficace del *favor conciliationis*.

Il primo passo in questa direzione richiede pertanto di esaminare tra i possibili rimedi giustiziali nei confronti delle autorità amministrative quali siano quelli che consentano di evitare la contrapposizione inconciliabile tra le parti e quali caratteristiche debbano avere per essere ritenuti adeguati.



## CAP. IX

# LE STRATEGIE DI GESTIONE DELLE CONTROVERSIE AMMINISTRATIVE: UNO SGUARDO DI COMPARAZIONE

### 1. *L'evoluzione degli Alternative Dispute Resolution Methods negli ordinamenti secolari*

È noto come i rimedi di risoluzione delle controversie alternativi al ricorso alle corti giurisdizionali, designati con il termine ormai diffuso e onnicomprensivo di *Alternative Dispute Resolution Procedures* o *Methods* o *Instruments* (abbreviato nell'acronimo *ADR*), siano attualmente promossi negli ordinamenti secolari, sia quelli nazionali che quelli degli organismi internazionali, sulla scorta di una tendenza affermatasi negli Stati Uniti d'America a partire dalla seconda metà del secolo scorso<sup>1</sup>. L'ampio impiego del *settlement* o ac-

---

<sup>1</sup> *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione ed effettività della tutela*, a cura di M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO, Bononia University press, Bologna, 2009; *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giurisdizionali a confronto*, a cura di G. FALCON, B. MARCHETTI, ESI, Napoli, 2015; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 10, 2017; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Diritto e Formazione*, 4, 2004, pp. 1203-1207; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 10, 2000, pp. 1-21; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 317-321; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 70, 2020, pp. 55-71; M.A. FODDAI, *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Jovene, Napoli, 2017; L. GIANI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, C. CACCIAVILLANI, L. CANGELLI, Giappichelli, Torino, 2017<sup>7</sup>, pp. 699-710; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University press, Bologna, 2007; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di ri-*

cordo negoziato esordisce in origine nella prassi dei tribunali per gli intenti pragmatici e utilitaristici di ampliare gli strumenti di tutela e di rimediare alle imperfezioni del sistema giurisdizionale in termini di costi eccessivi, di tempi lunghi e di possibilità di strumentalizzazioni da parte dei soggetti economicamente avvantaggiati<sup>2</sup>. In seguito l'indirizzo viene avallato da un vasto movimento di motivazione culturale che pone in luce le ragioni anche assiologiche a sostegno dell'implementazione di una giustizia informale e consensuale<sup>3</sup>, così da promuoverne la successiva espansione e il riconoscimento normativo. Superata la tendenza a usare questi rimedi alternativi in funzione deterrente, come passo obbligatorio e preventivo all'esperienza dell'azione giurisdizionale, negli Stati Uniti si consolida, anche grazie all'impostazione liberista dell'ordinamento, un sistema propositivo che prevede una pluralità di strade possibili per tutelare i propri interessi e che lascia ai soggetti la facoltà di scegliere quale percorrere<sup>4</sup>.

Non sono mancate tuttavia le critiche in ordine ai rischi connessi all'eccesso di semplificazione e di informalità dei rimedi negoziali lasciati al consenso delle parti, in quanto non sono in grado di

---

*soluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto Amministrativo*, 22, 2014, pp. 1-43.

<sup>2</sup> In primo piano era posto l'obiettivo di migliorare le possibilità di difesa, cui seguiva anche l'effetto di deflazione dell'accumulo del contenzioso (M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 8-9).

<sup>3</sup> Sono richiamate ragioni di diverso ordine attinenti alle possibili conseguenze riconducibili all'uso di questi strumenti. Secondo l'analisi economica del diritto, si sottolinea come effetto diretto la riduzione dei costi della giurisdizione e in via mediata l'aumento della ricchezza e del benessere collettivo. Nella prospettiva della giustizia sociale, invece, si pone in luce la pacificazione dei rapporti sociali e il rafforzamento delle condizioni dei più deboli con la costituzione di alleanze. E ancora, dal punto di vista della psicologia personale, si dà importanza al percorso di autorealizzazione del singolo e di miglioramento della qualità delle interazioni tra le parti del conflitto (A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R.*, cit., pp. 1203-1205; G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., pp. 164-169).

<sup>4</sup> È il sistema della cosiddetta *'multi-door courthouse'*, ossia di un tribunale dalle 'molte porte' dove si aprono diversi possibili percorsi tra i quali scegliere, tutti garantiti dalla terzietà della struttura in cui si svolgono (G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 154).

assicurare le garanzie di giustizia offerte invece dal processo giudiziario, sotto i profili di indipendenza del soggetto terzo chiamato a mediare tra le parti, o di imparzialità e di trasparenza nella gestione delle trattative, ovvero ancora di equità nell'accordo finale. Proprio il rapporto con la funzione istituzionale della giurisdizione, volta a proteggere il rispetto del *rule of law* e della parità delle posizioni delle parti in giudizio, costituisce il nodo cruciale del dibattito intorno ai rimedi di *alternative dispute resolution*. Un ricorso indiscriminato a una gestione privata delle controversie, infatti, può indurre a svalutare queste esigenze fondamentali di tutela, portando nei fatti ad attribuire prevalenza alla parte più forte o a concludere accordi sostanzialmente ingiusti.

I rilievi critici connessi all'informalità e alla privatizzazione del metodo di gestione dei conflitti sono a maggior ragione avanzati in merito all'applicazione dei metodi alternativi alla giurisdizione nel quadro dei rapporti tra le amministrazioni e i singoli individui, ambito per il quale si pone l'ulteriore profilo di difficoltà connesso al carattere indisponibile degli interessi generali tutelati dal *Public Law*<sup>5</sup>. Le obiezioni non valgono tuttavia ad escludere il ricorso al *settlement* anche nelle controversie che coinvolgono le agenzie e i dipartimenti amministrativi, ma conducono piuttosto a dettare una regolamentazione progressivamente più accentuata dei soggetti e delle strutture deputati a gestire in posizione di tendenziale indipendenza questi rimedi e delle procedure idonee ad assicurare il rispetto dei presupposti minimi di difesa. Con una impostazione eminentemente pragmatica, quindi, non si contrae la possibilità di scelta nel differenziare gli strumenti per ottenere giustizia, ma si cerca di realizzare un punto di equilibrio, ossia un compromesso, tra la semplicità delle forme, che consente una maggiore rapidità ed economicità, e la previsione di garanzie meno estese di quelle

---

<sup>5</sup> Sul problema dell'ammissibilità dei rimedi alternativi nelle controversie pubblicistiche, si veda anche M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 33, 2015, 3, pp. 481-506.

del processo giudiziale, ma comunque sufficienti ad assicurare l'effettività della tutela<sup>6</sup>.

Si avvia in tal modo un processo di istituzionalizzazione che conduce i rimedi alternativi alla giurisdizione a trasformarsi da metodi informali a strumenti di gestione delle controversie amministrati da organismi che offrono servizi e programmi di risoluzione stragiudiziale e che, per la posizione di indipendenza rispetto agli interessi coinvolti, assicurano uno svolgimento imparziale e un trattamento paritario delle parti<sup>7</sup>. Le forme di attuazione divengono quindi più complesse e si attenuano le differenze nei confronti del giudizio, in quanto condividono alcune esigenze basilari per una composizione equa della contesa. Tra le garanzie di giustizia viene ricompresa anche la irrinunciabilità della tutela giurisdizionale, per cui si riconosce la possibilità di sottomettere al controllo del *judicial review* la soluzione raggiunta al termine della procedura.

Emerge così un ulteriore sviluppo del sistema di convivenza tra differenti strumenti di gestione dei conflitti, che risulta improntato non già a un modello di 'alternatività' tra rimedi più semplificati e rimedi giurisdizionali, alla stregua di binari paralleli, bensì a un modello di 'complementarità sequenziale' che ridona centralità al processo giudiziale<sup>8</sup>. I diversi percorsi, in effetti, non si escludono reciprocamente, perché è comunque ammesso di passare dall'uno all'altro, dalla *mediation* alla *litigation* o viceversa, a seconda della conve-

---

<sup>6</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 28-31.

<sup>7</sup> Una primigenia figura di *settlement* nelle controversie amministrative era già prevista nell'*Administrative Procedure Act* del 1946 (sez. 554 c). In seguito diversi *Acts* hanno previsto varianti specifiche di *settlement* in differenti settori dell'amministrazione, fino all'*Administrative Dispute Resolution Act*, emanato il 28 novembre 1990, che viene considerato la disciplina generale di riferimento in materia. La legge ricorda le forme più diffuse (*conciliation, facilitation, mediation, factfinding, mini trial, arbitration*) e dispone che ogni Agenzia debba stabilire con una regolamentazione specifica quali tipologie specifiche adottare per risolvere le controversie nei settori di propria competenza.

<sup>8</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., p. 110; ID., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, cit., p. 46.

nienza. Inoltre, alla giurisdizione si riconosce in ogni modo il ruolo imprescindibile di assicurare la difesa dei diritti delle parti nell'ipotesi in cui la procedura stragiudiziale non abbia posto fine alla lite. Più che di rimedi 'alternative', si parla di rimedi 'adaptive', ossia di strumenti che vengono scelti di volta in volta come più adeguati al tipo di contenzioso e alle possibili strategie di successo<sup>9</sup>.

Sul modello statunitense, l'uso degli strumenti alternativi alla giurisdizione si diffonde pure negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei, incentivato e favorito dalle direttive del diritto comunitario<sup>10</sup>. Il ricorso alle forme stragiudiziali si estende anche alle controversie relative ai rapporti con le amministrazioni pubbliche, sia nei sistemi di *common law*, di impostazione più aperta, sia nei sistemi che prevedono un regime speciale di diritto amministrativo, qualunque con maggiori resistenze per quanto concerne le potestà vincolate. Pur con ampiezza variabile a seconda dei settori e con più rigorose cautele e temperamenti, i metodi alternativi di gestione dei conflitti sono generalmente ammessi tanto nelle attività di carattere paritetico o con contenuto patrimoniale, quanto nell'esercizio di funzioni autoritative<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> La 'a' dell'acronimo ADR viene in tal modo a designare, più che l'aggettivo *alternative*, quello di *adaptive* (G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 156).

<sup>10</sup> Diversi sono gli interventi degli organismi dell'Unione europea a sostegno dell'uso degli strumenti di *alternative dispute resolution* al fine di migliorare l'accesso alla giustizia in funzione complementare ai procedimenti giurisdizionali, per una migliore attuazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 47 della Carta di Nizza. Tra i più recenti si possono ricordare il *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* emanato dalla Commissione europea il 19 aprile 2002 e la Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 21 maggio 2008. È dedicata invece specificamente alle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione la Raccomandazione (2001) 9 adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 5 settembre 2001 su «*alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*». Al documento sono seguite le *Guidelines for a better implementation* da parte della European Commission for the Efficiency of Justice, il 7 dicembre 2007.

<sup>11</sup> L'ambito primigenio e più diffuso di applicazione dei rimedi alternativi nel diritto amministrativo è ancora quello delle controversie di natura privatistica, ma

Le motivazioni indicate a sostegno di questo orientamento sono analoghe a quelle emerse nell'archetipo americano e si possono ricondurre in due categorie, una in senso negativo e l'altra in senso positivo. Dal primo punto di vista, si sottolineano i vantaggi che derivano allo stesso sistema giurisdizionale per il contenimento dell'ammontare dei giudizi pendenti avanti ai tribunali, con la conseguenza, a favore dei soggetti coinvolti, di ridurre i ritardi dovuti all'accumulo delle cause e i costi per gli allungamenti dei processi. Dal secondo punto di vista, invece, si evidenziano i benefici che provengono dall'utilizzo di procedure più semplici, spedite ed economiche, che assicurano una maggiore riservatezza rispetto allo *strepitus fori* e consentono di dare maggiore rilevanza alle esigenze sostanziali delle parti attraverso una composizione equitativa. Inoltre, emerge l'ulteriore convenienza di poter ricorrere per la gestione della controversia a soggetti dotati di competenze specialistiche più adeguate alla trattazione delle cause complesse sotto il profilo tecnico-scientifico. Con attenzione specifica ai rapporti amministrativi, poi, si mette in luce l'utilità di 'avvicinare' l'amministrazione ai cittadini, contribuendo a superare la dialettica verticistica tra le due parti in conflitto<sup>12</sup>.

Una sempre maggiore consapevolezza che il processo giudiziale non sia sempre il rimedio più proficuo per risolvere le controversie amministrative<sup>13</sup> ha indotto gli ordinamenti giuridici degli Stati europei a implementare un sistema complesso di strumenti di difesa, con offerte di giustizia diversificate a seconda degli ambiti, delle tipologie di cause o delle esigenze dei soggetti coinvolti. La caratteristica specifica dei metodi di *alternative dispute resolution* consi-

---

non mancano esempi di impiego nelle controversie pubblicistiche, soprattutto nei sistemi di *common law*. Per una panoramica si vedano: A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., pp. 1207-1236; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., pp. 7-13.

<sup>12</sup> Punto 7 della Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

<sup>13</sup> Punto 6 della Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

ste proprio nella loro flessibilità e adattabilità, nella capacità di rispondere con diversi modelli a domande diversificate di giustizia e, di conseguenza, di migliorare le possibilità e la qualità della tutela delle persone nei confronti dell'amministrazione<sup>14</sup>. In quanto rimedi 'alternativi' non si sostituiscono, né sono un duplicato dei rimedi giudiziari, ma integrano e arricchiscono le forme di protezione in modo complementare alla giurisdizione, in quanto risultano più 'appropriati' alla risoluzione delle diverse tipologie di conflitto<sup>15</sup>.

Peraltro, al pari del modello di oltreoceano, si afferma la tendenza a ridurre il carattere informale e consensuale delle procedure, subordinandole al rispetto di garanzie generali che le avvicinano al contenzioso giudiziale<sup>16</sup>. Del resto, il sistema preferenziale di giustizia nella cultura giuridica europea resta ancora quello della funzione giurisdizionale, ritenuta inderogabile ai fini della garanzia della legalità dell'agire amministrativo e della protezione dei diritti fondamentali, per cui gli esiti terminali delle procedure alternative sono comunque assoggettati al sindacato dei tribunali<sup>17</sup>. Questa pre-

---

<sup>14</sup> M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., pp. 22-25.

<sup>15</sup> Nel quadro del sistema di giustizia britannico, che valorizza più di altri Paesi europei di *civil law* i rimedi alternativi, i giudici hanno coniato il principio della 'proportionate dispute resolution' per sottolineare il rapporto di proporzione tra lo strumento di tutela e l'oggetto della controversia, al fine di garantire una protezione più efficace (M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla iudicial review oltre manica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 33, 2015, 3, p. 919). Il criterio dell'adeguatezza del metodo alle esigenze del caso viene espresso in dottrina con la formula: «one size doesn't fit all» (G. LIGUGNANA, *One Size Doesn't Fit All. La ricerca della proporzionalità nella risoluzione delle controversie con l'amministrazione*, in *Verso nuovi rimedi amministratorivi?*, cit., pp. 153-178).

<sup>16</sup> Nei documenti europei vengono fissati alcuni principi fondamentali in merito all'indipendenza del soggetto che presiede alla risoluzione della controversia, allo svolgimento imparziale della funzione, alla trasparenza della procedura con l'accesso agevolato delle parti alle informazioni necessarie, all'efficacia della tutela mediante la facilità di attivazione e un costo contenuto, al rispetto del contraddittorio con la salvaguardia della parità delle posizioni delle parti, alla riservatezza della trattazione, all'osservanza della legalità e non violazione delle norme imperative, all'equità del risultato. Per l'indicazione dei provvedimenti europei, si veda L. GIANNI, *La tutela non giurisdizionale*, cit., pp. 700-703.

<sup>17</sup> Punto 11 della Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; artt. 5.2 e 8 della Direttiva 2008/52/CE. Il rapporto tra rimedi alter-

valenza della tutela giurisdizionale può avere frenato, secondo alcuni, il decollo dei metodi consensuali o alternativi al giudizio, determinando una sorta di 'ritorno del pendolo' al sistema aggiudicativo delle corti<sup>18</sup>.

D'altro canto, le possibilità di effettivo successo degli strumenti alternativi al processo giudiziale dipendono dalla loro capacità di offrire una tutela equivalente a quella giurisdizionale, sotto il profilo tanto della giustizia quanto dell'efficacia<sup>19</sup>. Questa risulta, in definitiva, la condizione più valida affinché i soggetti interessati riconoscano la convenienza di cercare una soluzione precontenziosa e siano indotti ad avvalersi di una procedura più semplice, flessibile e celere, anziché ricorrere al più rigido e formale sistema giurisdizionale. In tal modo, si può anche prospettare un preciso interesse pubblico a superare il conflitto in forma alternativa al giudizio, un beneficio che deve essere tenuto presente dalla pubblica amministrazione nel momento di valutazione delle scelte più opportune da adottare nella situazione concreta<sup>20</sup>.

La tensione tra la valorizzazione dei rimedi più appropriati e la garanzia del rispetto dei principi fondamentali di giustizia richiede pertanto di ricercare punti di equilibrio che possono variare a seconda dei diversi modelli. Come si è detto, infatti, negli espedienti di *alternative dispute resolution* adottate dagli ordinamenti europei per comporre le controversie amministrative sono compresi strumenti

---

nativi e processo giurisdizionale viene quindi declinato, al pari del modello statunitense, secondo il sistema della 'complementarità sequenziale'. D. DE PRETIS (*La giustizia amministrativa*, cit., pp. 319-321) evidenzia due tendenze: la prima è il riequilibrio fra giurisdizione e rimedi alternativi, nel senso di rimodulare il peso rispettivo nel sistema complessivo di giustizia amministrativa; l'altra è la maggiore integrazione tra le due forme di tutela, nel senso di un reciproco completamento in funzione di un arricchimento degli strumenti di tutela.

<sup>18</sup> M.P. CHITI, *Le forme di tutela non giurisdizionale. Panacea o utopia?*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, cit., p. 21.

<sup>19</sup> V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo*, cit., p. 71; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 98-110.

<sup>20</sup> M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubbliche*, cit., p. 18.

diversi di natura eterogenea, accomunati dal solo carattere negativo di non essere deferiti a un organo giurisdizionale e di non essere trattati nelle forme del processo giudiziale<sup>21</sup>. Sotto entrambi gli aspetti sono rimedi ‘alternativi’: sia rispetto al soggetto decidente, diverso dal giudice, sia della procedura, diversa dal rito del giudizio. Ma la varietà delle funzioni cui sono ordinati e dei metodi che sono impiegati sottende in realtà differenti strategie di approccio e di gestione dei conflitti che richiedono analisi distinte<sup>22</sup>.

## 2. *Rimedi più innovativi e rimedi più tradizionali: conciliazione e mediazione*

Cercando di tratteggiare in sintesi uno schema dei rimedi più ricorrenti, si può indicare una prima distinzione tra i metodi più innovativi, di carattere informale, che sono sorti nella prassi statunitense, quali la mediazione e la conciliazione<sup>23</sup>, e gli strumenti invece che costituiscono un riadattamento di istituti già esistenti, elaborati dalla tradizione giuridica risalente, quali l’arbitrato, la transazione e i molteplici rimedi di giustizia interni all’amministrazione<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> F. MASTRAGOSTINO, *Considerazioni introduttive*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, cit., p. 9.

<sup>22</sup> Nella successiva analisi saranno esaminati solo i rimedi di *alternative dispute resolution* che sono diretti a risolvere le controversie. Pertanto, non sono presi in considerazione gli strumenti che prevengono l’insorgere dei conflitti, come le diverse forme di intervento dei privati nel procedimento di formazione degli atti amministrativi, ovvero le varie figure di mediatori o difensori civici che non hanno il potere di dirimere le controversie, ma svolgono la funzione di ricevere le denunce di *maladministration* e di sollecitare le autorità responsabili ad adottare comportamenti corretti (M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., p. 10).

<sup>23</sup> Altre procedure, come i c.d. *mini trials*, sono diffuse negli Stati Uniti e in altri Paesi di *common law*, ma non hanno ricevuto analoga accoglienza nell’Europa continentale (A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., p. 1208; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., pp. 9-10).

<sup>24</sup> L’adattamento di istituti preesistenti rappresenta una peculiarità dei sistemi dei Paesi europei, che combinano insieme gli strumenti nuovi, recepiti dall’espe-

Riguardo in particolare alla mediazione e alla conciliazione<sup>25</sup>, occorre osservare come non sia sempre facile distinguere tra le diverse procedure, dato che spesso i due termini sono usati come sinonimi o l'una viene scambiata per l'altra<sup>26</sup>. Entrambe consistono in attività informali, poste in essere liberamente dalle parti per cercare di giungere a un accordo che riesca a comporre il conflitto, avvalendosi dell'assistenza di un terzo. Proprio sul ruolo che viene attribuito al terzo si indica il criterio più accreditato, quale elemento qualificante, per differenziare i due metodi di composizione consensuale: mentre nella conciliazione il terzo si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti e lascia alle stesse l'impegno di trovare una possibile soluzione, invece nella mediazione il terzo assume il compito più incisivo di promuovere attivamente l'esito positivo delle trattative, potendo anche proporre il contenuto di un potenziale accordo che può essere in tutto o in parte recepito dalle parti<sup>27</sup>.

---

rienza nordamericana, con la rivisitazione di quelli appartenenti alla tradizione. Si veda, in questo senso, l'elenco delle misure di *alternative dispute resolution* indicato nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ove, accanto alla *conciliation* e *mediation*, contempla l'*arbitration*, il *negotiated settlement* non dissimile dalla transazione, e gli *internal reviews* equivalenti alle diverse forme di ricorsi amministrativi (punto I.1.ii dell'appendice). Il diverso approccio tra Stati Uniti ed Europa viene sottolineato da A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., p. 1233.

<sup>25</sup> C. FRAENKEL-HABERLE, *La mediazione in Germania tra diritto amministrativo e new public management*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., pp. 209-226; L. GIANI, *La tutela non giurisdizionale*, cit., pp. 704-710; A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 23-43; A. SIMONATI, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l'esperienza francese*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., pp. 179-208.

<sup>26</sup> G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 211; A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito*, cit., pp. 27-28. La Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 2001 accomuna *conciliation and mediation*, trattandole unitariamente, senza distinzioni (III.2. dell'appendice).

<sup>27</sup> Secondo M.P. CHITI (*Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., p. 8) questa è la distinzione in linea di principio, ma di fatto i ruoli tendono a confondersi. La Direttiva 2008/52/CE sembra aderire a una concezione più estesa di mediazione, comprendendo «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una contro-

A prescindere tuttavia dalla terminologia impiegata, che, come si è detto, è intercambiabile, sotto il profilo sostanziale si possono individuare due forme di svolgimento della funzione di ausilio del terzo: la conciliazione facilitativa o agevolatrice, corrispondente al primo metodo, e la conciliazione valutativa o propositiva, corrispondente al secondo. Per entrambe risultano fondamentali, per garantire la corretta realizzazione e la possibilità di successo della conciliazione, le abilità e il comportamento del terzo. Nello specifico, occorre che il terzo non solo possieda competenze specifiche nella materia oggetto della controversia, ma sia anche capace ed esperto nel condurre le trattative, abbia una posizione neutrale rispetto agli interessi delle parti e sappia mantenere un atteggiamento imparziale nel far emergere dalle loro rispettive esigenze una soluzione condivisa<sup>28</sup>.

La possibilità di ricorrere alla conciliazione nella risoluzione delle controversie con l'amministrazione viene ormai comunemente ammessa negli ordinamenti dei Paesi europei, anche quelli che prevedono il regime speciale di diritto amministrativo, in conformi-

---

versia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore» (art. 3 a), «indipendentemente ... dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione» (art. 3 b). Alcuni ritengono che da questa definizione si possa dedurre una distinzione rispetto alla nozione di conciliazione che inverte il ruolo del terzo tra l'una e l'altra, nel senso cioè di attribuire al conciliatore la facoltà di proporre una soluzione alle parti (A. SIMONATI, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi*, cit., pp. 198-199). In realtà, la Direttiva non distingue tra le diverse modalità con cui il mediatore può gestire la conduzione delle trattative (art. 3 b) e gli unici procedimenti conciliativi che vengono esclusi dalla considerazione ampia di mediazione sono i «tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero [a]i casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente» (considerando n. 12).

<sup>28</sup> L'importanza di una preparazione specifica e della competenza professionale per svolgere il ruolo di conciliatore o mediatore viene sottolineata dalle linee guida della European Commission for the Efficiency of Justice che invita gli Stati membri del Consiglio d'Europa a dotarsi di programmi di formazione di sistemi di accreditamento dei «*neutrals*» (1.7). Sulle abilità necessarie per svolgere proficuamente la funzione, si veda G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., pp. 215-217.

tà allo sviluppo dell'impostazione attuale delle modalità di esercizio della funzione amministrativa diretta a consentire un più largo impiego di strumenti paritetici o negoziali<sup>29</sup>. Peraltro, la necessità di salvaguardare i principi generali che presiedono al rispetto delle garanzie fondamentali di giustizia ha condotto a regolamentare l'accesso alla conciliazione, predisponendo le strutture abilitate e le procedure da seguire. Come si è annotato in generale per i rimedi di *alternative dispute resolution*, si riscontra la tendenza a trasformare la conciliazione, da via informale di soluzione delle controversie, a strumento gestito o 'amministrato' da soggetti pubblici che assicurano l'indipendenza del terzo investito del compito di assistere le parti nella trattativa, lo svolgimento imparziale della funzione e l'effettivo contraddittorio<sup>30</sup>.

La conciliazione può prevedere diverse modalità di attuazione, in rapporto al momento in cui viene attivata, ossia prima o dopo l'introduzione del processo giudiziario, e alla procedura seguita, giudiziale o stragiudiziale.

Nella conciliazione stragiudiziale, precedente all'accesso alla via giurisdizionale, i soggetti interessati a intraprendere la strada della composizione amichevole prima di interpellare il giudice devono rivolgersi ai professionisti abilitati o agli organismi predisposti in via

---

<sup>29</sup> V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo*, cit., pp. 66-67; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 121-124. La conciliazione o la mediazione sono previste come rimedio generale sia più largamente in Gran Bretagna, sia meno estensivamente in Francia e Germania, che escludono le controversie sull'esercizio dei poteri pubblici vincolati. In Italia, invece, non esiste una regolamentazione unitaria, ma sono stabilite specifiche procedure in determinati settori dell'amministrazione. A riguardo del diverso modo di amministrare in correlazione con l'evoluzione della concezione di fondo dei rapporti con l'amministrazione e il superamento della dicotomia tra ambito pubblicistico e ambito privatistico si vedano le riflessioni svolte *infra*, nel cap. XIII, § 2.1.

<sup>30</sup> Dal punto di vista della posizione dei soggetti competenti a gestire le procedure precontenziose, si possono distinguere i rimedi demandati a un soggetto pubblico esterno alla pubblica amministrazione, ovvero i rimedi gestiti da una autorità amministrativa indipendente (L. GIANI, *La tutela non giurisdizionale*, cit., pp. 708-720). Sulle autorità amministrative indipendenti si vedano le precisazioni esposte *infra* al § 3.3).

generale o per singoli settori dell'amministrazione, seguendo il modo di procedere prestabilito con portata più o meno ampia dalle disposizioni dell'ordinamento<sup>31</sup>. I rapporti con la giurisdizione possono essere diversamente regolati a seconda che si imponga obbligatoriamente di esperire un tentativo di conciliazione come condizione previa alla successiva presentazione dell'azione giudiziale, ovvero sia lasciata alle parti la scelta di ricercare una soluzione condivisa come via facoltativa<sup>32</sup>. Può restare problematica, tuttavia, la questione della sospensione dei termini per proporre ricorso, perché se l'avvio della conciliazione non interrompe il periodo di decadenza dal diritto di azione, le parti si vedrebbero preclusa la possibilità, nel caso di fallimento della trattativa, di avvalersi del ricorso giurisdizionale<sup>33</sup>.

Nella conciliazione giudiziale, invece, la procedura viene attivata dopo l'introduzione del giudizio e può essere richiesta dalle parti o promossa dal giudice competente a definire la causa. Lo stesso giudice può decidere di svolgere direttamente la funzione di conciliatore oppure può sospendere il processo e rinviare le parti a una fase di mediazione extra processuale sotto l'assistenza di un mediatore nominato dallo stesso giudice o designato dalle parti. Dato che la procedura si svolge come una parentesi nel corso del processo giudiziario, il compito di dirigere il suo corretto svolgimento e di vigilare sull'osservanza delle garanzie di giustizia compete al giudice presso il quale è stato introdotto il giudizio.

Si evidenziano, peraltro, perplessità nei riguardi della conciliazione giudiziale, tanto quando il giudice debba presiedere e controllare l'attuazione del tentativo di accomodamento tra le parti svolto

---

<sup>31</sup> Per i profili che attengono alla struttura consensuale dei rimedi e alle restrizioni apportate dalla 'amministrativizzazione' della procedura, si veda *infra* al § 3).

<sup>32</sup> Sulla convenienza di prescrivere in forma obbligatoria i rimedi alternativi, si vedano le riflessioni svolte *infra*, al § 4). Di regola, in Gran Bretagna, Francia e Germania il rimedio della conciliazione è facoltativo (V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo*, cit., p. 68).

<sup>33</sup> La Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa prescrive in via di principio che il ricorso ai rimedi alternativi prima del processo giudiziale debba comportare la sospensione o interruzione dei termini di decadenza dell'azione (II.Vi dell'appendice).

da un suo delegato, tanto più, a maggior ragione, quando assuma personalmente il compito di comporre le esigenze delle parti.

Per alcuni la conciliazione endoprocessuale non può essere considerata un rimedio alternativo alla giurisdizione, dal momento che si svolge all'interno di un processo giudiziale già avviato e sotto il controllo del giudice, ma dovrebbe essere ritenuta solo come uno strumento di possibile conclusione semplificata e abbreviata della procedura giurisdizionale<sup>34</sup>. Per giunta si rilevano il raro utilizzo e la scarsa efficacia di questa forma di conciliazione, in quanto, da un lato, risulta molto difficile che dopo l'avvio della lite in sede giudiziale le parti siano disponibili a giungere ad un accordo, e, dall'altro, il giudice che dovrebbe gestire la trattativa non è generalmente preparato a svolgere la funzione di mediatore.

Proprio il cumulo tra le due funzioni costituisce una delle principali criticità, dato che si vengono a sovrapporre due ruoli ritenuti tra loro incompatibili, vale a dire quello di chi concilia per cercare di pacificare e quello di chi decide senza necessariamente pacificare<sup>35</sup>. Invero, per far emergere la composizione amichevole tra le diverse posizioni, il conciliatore deve svolgere un'opera di maieutica volta ad attivare le capacità di comunicazione tra le parti per comprendere la reale portata delle rispettive esigenze, che implica un avvicinamento inevitabile al punto di vista di ciascuna di esse<sup>36</sup>. Questo coinvolgimento, d'altro canto, viene a contrastare con la posizione istituzionale *super partes* che deve essere assunta dal giudice, il quale, per poter decidere in modo neutrale, deve mantenersi distante o indifferente nei riguardi degli interessi in gioco<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., pp. 11-12.

<sup>35</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 172-173.

<sup>36</sup> G. COSTI, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 225.

<sup>37</sup> L'imparzialità del giudice si connota in modo diverso dall'imparzialità del conciliatore: mentre chi decide non deve essere coinvolto, chi compone può avvicinarsi agli interessi delle parti, senza però esprimere alcuna scelta o preferenza a favore dell'uno o dell'altro.

### 3. *Rimedi consensuali e rimedi aggiudicativi*

Una seconda classificazione tra le forme di *alternative dispute resolution* concerne la distinzione tra rimedi consensuali e rimedi aggiudicativi. I primi si ispirano a un metodo di composizione del conflitto che fa mantenere alle parti la disponibilità di decidere se perseguire o no la ricerca di una soluzione condivisa per l'intera procedura: dall'avvio del tentativo, al proseguimento della trattativa, alla conclusione con un accordo. Per questo sono chiamati anche autonomi, in quanto la soluzione che pone fine alla lite si fonda sull'accettazione di tutti i soggetti coinvolti. I rimedi aggiudicativi, invece, prevedono l'intervento di un terzo che abbia il potere di definire in forma vincolante i termini di composizione del conflitto<sup>38</sup>. Per questo vengono definiti eteronomi.

Nell'ispirazione originaria i rimedi consensuali sono concepiti come procedure tendenzialmente più informali, definite nelle modalità dalla stessa volontà delle parti, mentre l'atto finale consiste in un accomodamento equitativo piuttosto che in una applicazione rigorosa delle regole di diritto. Peraltro, come si è detto in merito alla conciliazione, nell'applicazione alle controversie amministrative gli ordinamenti europei propendono a definire gli organismi deputati e le procedure prestabilite da utilizzare quando si voglia avvalersi di tali rimedi<sup>39</sup>. L'autonomia della volontà delle parti viene di conseguenza ridotta per quanto concerne la scelta delle strutture e delle regole da seguire<sup>40</sup>, ma resta comunque necessario il consenso di

---

<sup>38</sup> Nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa i rimedi aggiudicativi vengono denominati in modo generico e onnicomprensivo «*internal reviews*» (I.1.ii e III.1. dell'appendice).

<sup>39</sup> Nonostante si concludano con un accordo, non possono essere ritenute procedure interamente consensuali, ma piuttosto di natura mista, per la presenza di un soggetto pubblico che svolge attività stragiudiziale (M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., p. 124).

<sup>40</sup> Anche per quanto riguarda l'iniziativa, la facoltà di scelta delle parti risulta ristretta ogniqualvolta l'ordinamento imponga l'obbligo di attivare la procedura per poter successivamente adire la via giudiziale. Sui rimedi obbligatori, si veda *infra* al § 4).

entrambe per accettare la soluzione raggiunta alla conclusione delle trattative. Dato quindi che dipende dal consenso finale delle parti, l'esito positivo dello strumento, vale a dire la composizione della lite, non è certo ma solo eventuale, nella misura in cui le parti riconoscano la convenienza con i propri interessi dell'accomodamento emerso dal confronto tra le diverse posizioni.

Con sempre maggiore attenzione, tuttavia, si tende a valorizzare l'applicazione dei rimedi consensuali alle controversie amministrative, dal momento che la logica partecipativa intesa a favorire il raggiungimento di una soluzione condivisa attraverso un'equa composizione tra tutti gli interessi coinvolti appare come la forma più conveniente di tutela, non solo per i privati, che riescono a far valere le loro specifiche esigenze, ma anche per l'amministrazione, che con il ripristino del dialogo con i cittadini e con l'armonizzazione delle diverse istanze recupera forme più efficaci di esercizio della propria funzione. Corrisponde infatti all'interesse pubblico risolvere i conflitti in modo non solo da sanare il litigio contingente, ma da ristabilire le condizioni per la continuazione nel futuro di relazioni di fiducia e di collaborazione<sup>41</sup>.

### 3.1. *Transazione e arbitrato*

Oltre alla conciliazione e alla mediazione, si è soliti far rientrare tra i rimedi consensuali anche la transazione e l'arbitrato. La transazione<sup>42</sup> si caratterizza per il fatto che le trattative volte a trovare un accomodamento si svolgono con un dialogo diretto tra i soggetti coinvolti dalla controversia, senza l'assistenza di altre persone, mentre l'accordo viene stipulato nella forma di un atto negoziale. Come per le altre forme paritetiche, anche la transazione viene gene-

---

<sup>41</sup> M. RAMAJOLI (*Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, cit., p. 490) rileva come la logica della *mending justice* sia particolarmente importante da adottare nelle controversie pubblicistiche, per mantenere adeguate relazioni durature tra l'amministrazione e i privati.

<sup>42</sup> A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, ESI, Napoli, 2020.

ralmente ammessa come metodo di composizione delle controversie con l'amministrazione, a condizione che risultino salvaguardati gli interessi pubblici e, in alcuni ordinamenti, con qualche limitazione in ordine all'esercizio delle funzioni autoritative e alla tutela dei diritti indisponibili<sup>43</sup>.

Per quanto concerne invece l'arbitrato, questo strumento non risulta pienamente riconducibile ai rimedi consensuali, in quanto la volontà delle parti incide solo sul compromesso con cui accettano di deferire la soluzione della controversia a uno o più arbitri, mentre la trattazione successiva della causa e la decisione finale sono attribuiti alla competenza di soggetti terzi, con effetti vincolanti nei confronti delle parti. L'arbitrato presenta pertanto una natura ambivalente, al confine tra i rimedi consensuali e quelli aggiudicativi. Inoltre, per l'attuale evoluzione che ha condotto l'istituto, particolarmente nella forma dell'arbitrato rituale, ad essere assimilato al processo giudiziale, parte della dottrina dubita persino che possa essere collocato tra i rimedi alternativi alla giurisdizione<sup>44</sup>.

Nondimeno, nell'arbitrato si possono riscontrare molti dei caratteri comuni alle procedure di *alternative dispute resolution* che le distinguono da quelle avanti alle corti ordinarie, quali la tendenziale rapidità, la maggiore riservatezza, la competenza specializzata in materie tecniche complesse dei soggetti incaricati della decisione, la parità della posizione delle parti. Questi tratti peculiari possono giustificare il fatto che l'arbitrato sia utilizzato frequentemente come strumento di risoluzione dei conflitti al posto della tutela giudi-

---

<sup>43</sup> Sulla questione, per un'analisi più approfondita, si rinvia *infra* al cap. XIII, § 2.1.

<sup>44</sup> A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., p. 1227; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., p. 11; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 217-220; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., p. 5. La parabola evolutiva che ha contrassegnato la progressiva giuridicizzazione dell'arbitrato corrisponde, in definitiva, alla tendenza comune a tutti i rimedi aggiudicativi applicati alle controversie amministrative, che hanno gradualmente assimilato le garanzie giurisdizionali.

ziale<sup>45</sup>. Specificamente a riguardo delle controversie amministrative si stanno diffondendo diverse tipologie di arbitrati ‘amministrati’, ossia gestiti e disciplinati da un soggetto pubblico, in termini analoghi alle forme amministrate di conciliazione e di mediazione, sopra esaminate<sup>46</sup>. Anzi, la regolamentazione della procedura spesso prevede la possibilità di ricorrere, in via alternativa, alla conciliazione o all’arbitrato, ovvero di intraprendere, in via sequenziale, l’arbitrato nell’eventuale fallimento della conciliazione.

### 3.2. *Rimedi aggiudicativi interni all’amministrazione*

Passando poi a esaminare i rimedi aggiudicativi o eteronomi, si può rilevare come siano procedure più formali rispetto ai rimedi consensuali, strutturate tendenzialmente nella forma del contraddittorio tra le parti, ma la loro regolamentazione è diversa a seconda della qualificazione dell’organismo investito del compito di decidere la controversia. In proposito, occorre distinguere tra i rimedi interni all’organizzazione amministrativa cui appartiene l’ufficio che ha emanato il provvedimento contestato, ovvero i rimedi affidati ad autorità indipendenti. Per entrambe le tipologie gli ordinamenti dei Paesi europei contemplano una varietà di strumenti.

Per quanto riguarda i rimedi interni all’amministrazione, sono annoverati tra le forme stragiudiziali di giustizia amministrativa i ricorsi, ossia le impugnazioni di un atto amministrativo dirette a chiedere il riesame di quanto disposto sotto i profili sia del merito sia della legittimità, al fine di ottenere la modifica o la revoca o l’annullamento, in tutto o in parte, del provvedimento<sup>47</sup>. In base al-

---

<sup>45</sup> Nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa l’*arbitration* viene in effetti ricompreso tra i rimedi alternativi alla giurisdizione (I.1.ii e III.4 dell’appendice).

<sup>46</sup> Sui caratteri dei modelli di arbitrato amministrato si veda M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 220-224.

<sup>47</sup> Sulla funzione e sull’efficacia dei ricorsi amministrativi nel quadro dei rimedi di *alternative dispute resolution*, in riferimento al diritto dell’Unione europea si vedano: L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi e rapporto con la tutela giurisdizionale*

la posizione dell'autorità cui sono proposti, si distingue tra i ricorsi in opposizione o richieste di revisione, presentati allo stesso autore dell'atto contestato, e i ricorsi gerarchici, presentati a un'autorità diversa e ad un livello superiore dell'impianto amministrativo. Un'ulteriore distinzione prevista nell'ordinamento italiano differenzia i ricorsi gerarchici propri da quelli definiti impropri. Nei ricorsi gerarchici propri l'autorità decidente è legata a quella emanante da un rapporto di subordinazione tale per cui l'autorità superiore è dotata di poteri che si sovrappongono e sono fungibili a quelli dell'autorità inferiore, cosicché possa sostituirsi alla stessa nel dettare una nuova definizione dell'assetto di interessi sotteso al provvedimento impugnato. Nei ricorsi gerarchici impropri, invece, non sussiste un tale rapporto di dipendenza, quantunque l'autorità investita del ricorso sia dotata di una posizione di supremazia e di controllo su quella che ha emanato l'atto.

L'inserimento dei ricorsi amministrativi tra gli strumenti di *alternative dispute resolution* ha suscitato forti critiche in dottrina, dal momento che non risultano possedere le caratteristiche ritenute essenziali per garantire l'imparzialità e l'equità della procedura, secondo i principi fondamentali sottolineati dal diritto comunitario<sup>48</sup>. In particolare, nei ricorsi in opposizione e in quelli gerarchici propri non si riscontra la necessaria indipendenza dell'ufficio incaricato di rivedere l'atto, dato che negli uni corrisponde alla stessa autorità che ha emanato il provvedimento, e negli altri è il superiore gerar-

---

*nell'Unione europea*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., pp. 3-22; B. MARCHETTI, *Note sparse sul sistema dei rimedi amministrativi dell'Unione europea*, *ivi*, pp. 23-36. In riferimento agli ordinamenti dei Paesi europei si vedano: C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, *ivi*, pp. 59-78; D.-U. GALETTA, *Il ricorso amministrativo previo in Germania in una prospettiva di diritto comparato*, *ivi*, pp. 79-86; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, *ivi*, pp. 87-114; D. CORLETTI, *I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi*, *ivi*, pp. 115-124.

<sup>48</sup> M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., p. 3; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., pp. 1225-1226; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 142-144; ID., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, cit., p. 52; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali*, cit., p. 101.

chico che condivide gli stessi poteri dell'autorità emanante. Egualmente e per lo stesso motivo, non appare assicurato un pieno ed effettivo contraddittorio idoneo a garantire la parità di trattamento delle parti in ordine alla capacità di incidere sulla decisione finale, considerando l'evidente condizione di prevalenza accordata al punto di vista dell'amministrazione. Dubbi analoghi sono stati sollevati nella dottrina italiana a riguardo anche dei ricorsi gerarchici impropri, in quanto la diversa posizione dell'autorità superiore, estranea alla competenza di quella inferiore, non pare comunque sufficiente a garantire la sua neutralità in merito agli interessi in gioco e quindi la necessaria imparzialità nella trattazione del ricorso<sup>49</sup>.

Rispetto all'orientamento, sopra evidenziato, di ordinare i rimedi alternativi alla giurisdizione in conformità ai principi di giustizia ritenuti basilari per garantire una tutela effettiva, i ricorsi interni all'amministrazione paiono ancora inadeguati, poiché continuano ad essere configurati secondo l'impostazione tradizionale, di stampo autoritaristico, che ha ispirato la costituzione di questi strumenti speciali di revisione degli atti amministrativi al fine di preservare l'autonomia delle prerogative proprie dell'amministrazione dal sindacato dei tribunali ordinari<sup>50</sup>. Questa struttura di fondo ha portato in origine a contrapporre i rimedi interni all'amministrazione ai rimedi giurisdizionali, per cui le attività contenziose svolte dalle autorità amministrative per risolvere le controversie sono ricondotte nel quadro delle funzioni proprie dell'amministrazione dirette a perseguire gli interessi generali dell'ordinamento, al pari delle iniziative di autotutela che le stesse autorità possono assumere spontaneamente per correggere o migliorare i propri atti. Secondo una tale prospettiva, quindi, i ricorsi sono ispirati alla logica prevalentemente unilaterale di garantire il rispetto della legalità e la realizza-

---

<sup>49</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., p. 147; più cauti nel riconoscere una maggiore terzietà al ricorso gerarchico improprio sono M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., p. 5; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., p. 1226.

<sup>50</sup> A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali*, cit., pp. 90-91.

zione degli obiettivi attribuiti alla competenza dell'amministrazione, mentre la difesa delle esigenze dei singoli resta assorbita o subordinata ai fini precedenti.

Questa impostazione appare oggi superata a seguito dei profondi cambiamenti avvenuti nel modo di concepire il potere amministrativo e i rapporti tra l'amministrazione e i singoli individui, così da condurre a ripensare in forma più giustiziale le attività contenziose volte a risolvere le controversie con i destinatari degli atti amministrativi<sup>51</sup>. Quantunque siano esercitate da autorità amministrative, sotto il profilo funzionale si distinguono dalle attività di amministrazione ordinaria o attiva, in quanto non sono dirette a realizzare gli interessi pubblici affidati all'amministrazione, ma sono ordinate a decidere secondo giustizia in un caso concreto, avvicinandosi dunque dal punto di vista del fine e del metodo alla funzione giurisdizionale<sup>52</sup>. Anche le forme di esercizio di questa funzione di giustizia, pertanto, devono assumere i caratteri indispensabili dei rimedi 'giustiziali', ossia l'indipendenza strutturale del soggetto decidente e una procedura di trattazione che garantisca la parità di posizione delle parti nel far valere i rispettivi interessi.

Nonostante siffatte tendenze evolutive, il persistere della logica autoritaristica e unilaterale ha ostacolato finora l'estensione ai ricorsi amministrativi delle garanzie del giusto contraddittorio, analoghe a quelle del processo giudiziale<sup>53</sup>. Nell'ottica di un sistema di complementarità tra strumenti differenziati di risoluzione delle contro-

---

<sup>51</sup> M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., pp. 6-7; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 66-70; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali*, cit., pp. 97-99.

<sup>52</sup> Le attività di decisione delle controversie quindi sono ritenute sostanzialmente diverse dalle attività di riesame degli atti che l'amministrazione può assumere unilateralmente o su richiesta di altri soggetti, in base al potere di autotutela: mentre le une si ispirano a una logica paritetica che attribuisce eguale rilievo agli interessi delle parti in conflitto, le altre, pur cercando di combinare gli interessi pubblici con quelli privati, sono informate alla logica autoritaristica che attribuisce prevalenza all'interesse generale preminente perseguito dall'amministrazione.

<sup>53</sup> M.P. CHITI (*Le forme di tutela non giurisdizionali*, cit., pp. 16-17) rileva come in Italia i ricorsi amministrativi non abbiano acquisito «uno spirito quasi *quasi judicialis*» e per questo risultino inefficienti.

versie, tuttavia, si sottolinea come i ricorsi amministrativi non siano interamente sostituibili dalle azioni avanti ai tribunali ordinari o speciali, perché consentono misure diverse e più ampie di protezione nei confronti degli atti amministrativi, tanto sotto il profilo di una procedura più informale, quanto dal punto di vista della possibilità di riesaminare nel merito l'atto amministrativo e di modificarlo a seguito di una migliore ponderazione degli interessi coinvolti<sup>54</sup>. Si può pertanto riconoscere una permanente utilità dei ricorsi amministrativi nell'aumentare le offerte di giustizia e nel rendere disponibili strumenti di risoluzione delle controversie aggiuntivi alla giurisdizione.

D'altro canto, la conformazione ai rimedi di giustizia è la condizione indispensabile per poter considerare i ricorsi amministrativi veramente 'alternativi' ai rimedi giurisdizionali nell'assicurare una tutela effettiva, tanto è vero che quegli strumenti contenziosi, come i ricorsi gerarchici propri, che non corrispondono a questo modello, risultano nei fatti poco impiegati, perché scarsamente convenienti nella difesa degli interessi dei privati<sup>55</sup>. Altri ricorsi, invece, che hanno percorso una parabola evolutiva verso una progressiva 'giurisdizionalizzazione', sono riusciti a recuperare una rinnovata vitalità<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> B. MARCHETTI, *Note sparse sul sistema dei rimedi amministrativi*, cit., pp. 27-28.

<sup>55</sup> La crisi del ricorso gerarchico proprio, riconosciuta unanimemente dalla dottrina, viene ricondotta oltre che alla carenza delle garanzie di giustizia, anche alle riforme dell'organizzazione amministrativa che hanno modificato i rapporti gerarchici di vertice: M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., p. 3; M.P. CHITI, *Le forme di tutela non giurisdizionali*, cit., p. 17; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo*, cit., p. 60; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali*, cit., p. 100; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., p. 5.

<sup>56</sup> Così, in Italia, il ricorso straordinario al Capo dello Stato è giunto ad acquisire un carattere giurisdizionale, essendo ormai affidato al Consiglio di Stato in sede giudicante, e per questo appare maggiormente efficace: M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., p. 5; M.P. CHITI, *Le forme di tutela non giurisdizionali*, cit., p. 17; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 151-165.

### 3.3. *Rimedi aggiudicativi affidati ad autorità indipendenti*

Proprio dal punto di vista dell'adeguamento a garanzie di maggiore giustizia può essere letta la distinzione tra i rimedi aggiudicativi interni all'amministrazione e quelli che sono attribuiti alla competenza di autorità indipendenti dall'organizzazione amministrativa cui appartiene l'autore dell'atto impugnato<sup>57</sup>. Anche per questi strumenti gli ordinamenti dei Paesi europei contemplan una varietà di tipologie: alcuni vengono previsti come mezzi generalizzati di tutela nelle controversie amministrative<sup>58</sup>, altri invece sono specializzati in determinati settori, principalmente nell'ambito dei servizi pubblici, ma, nel contempo, sono titolari in quell'ambito di competenze molteplici<sup>59</sup>. Pure le attività svolte nella funzione di risoluzione del-

---

<sup>57</sup> M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., pp. 125-132; G. DELLA CANANEA, *La funzione giustiziale delle autorità indipendenti*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione*, cit., pp. 61-70; M. GIOVANNINI, *I poteri giustiziali delle autorità indipendenti*, *ivi*, pp. 133-152.

<sup>58</sup> Si ricordano soprattutto gli *Administrative Tribunals* nel Regno Unito, nati in origine come organi di natura amministrativa con funzione di giustizia contenziosa e poi successivamente, a partire dalla riforma del 2007, sono stati inquadrati nel sistema giudiziario britannico. R. CARANTA, *Administrative Tribunals e Courts in Inghilterra (e Galles)*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., pp. 37-48; M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, *ivi*, pp. 49-58.

<sup>59</sup> Come esempi si possono citare, nell'ordinamento dell'Unione europea le Commissioni indipendenti, incardinate nelle diverse agenzie amministrative, per decidere i ricorsi sugli atti della stessa agenzia (L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi e rapporto con la tutela giurisdizionale nell'Unione europea*, cit., pp. 12-20); in Inghilterra il sistema di soluzione delle controversie relative ai gestori di *public utilities*, affidate a un soggetto imparziale, denominato solitamente *Director General*, con un mandato personale di fiducia (*Office of Trust*) (A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, cit., pp. 1223-1224); in Italia le autorità indipendenti con funzioni regolative di garanzia, titolari della competenza a risolvere le controversie, per lo più di natura privatistica, degli operatori di servizi pubblici tra di loro o con gli utenti (G. DELLA CANANEA, *La funzione giustiziale delle autorità indipendenti*, cit., pp. 61-70; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 236-266).

le controversie risultano diversificate: alcune in forma più contenziosa, altre in forma di conciliazione o di arbitrato<sup>60</sup>.

Tra i caratteri comuni si può tuttavia indicare anzitutto l'indipendenza strutturale e funzionale dell'autorità che gestisce la trattazione del rimedio rispetto all'autore dell'atto amministrativo. Per le autorità dotate di funzioni di garanzia in determinati settori dell'amministrazione si sottolinea poi la competenza specialistica nel risolvere controversie in materie altamente tecniche<sup>61</sup>. Sotto il profilo delle modalità di esercizio della funzione giustiziale, inoltre, si evidenzia la tendenza a configurare la struttura del procedimento in forme paragiurisdizionali, con modalità che ricalcano le garanzie proprie del contraddittorio processuale, se non addirittura, in alcuni casi, ad avviare un vero e proprio passaggio al sistema di tutela giurisdizionale<sup>62</sup>. E ancora, la subordinazione dell'esito finale, in qualunque forma sia stato adottato (decisione, verbale di conciliazione o arbitrato), alla possibilità di richiedere il sindacato giurisdizionale. Per l'appunto questa impostazione verso modelli più efficaci di giustizia paritetica è l'aspetto che rende questi rimedi maggiormente attrattivi in termini di difesa degli interessi dei privati rispetto ai ricorsi interni all'amministrazione, ma, d'altro canto, rende anche più complessa e meno spedita e tempestiva la via di risoluzione della controversia.

Paradossalmente, l'aumento delle garanzie potrebbe costituire un aggravio eccessivo rispetto ai principi ispiratori dei metodi di *alternative dispute resolution*, solo che si pensi come nel caso di contesta-

---

<sup>60</sup> Alcune di queste procedure si svolgono secondo una doppia fase: nella prima l'autorità ricorre al metodo della conciliazione per cercare di trovare una soluzione condivisa e concludere con un accordo; nella seconda, che si instaura solo nel caso di fallimento della precedente, l'autorità procede a definire la lite con una propria decisione vincolante.

<sup>61</sup> Il riconoscimento di una preparazione qualificata è la *ratio* che induce a ritenere questi soggetti in grado di decidere in modo più adeguato controversie che richiedono conoscenze specifiche (M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., p. 10).

<sup>62</sup> Si veda, nel Regno Unito, il passaggio di regime degli *Administrative Tribunals*, ricordato *supra* nella nota 58.

zione dell'esito della procedura stragiudiziale si possa aprire un contenzioso giurisdizionale che porterebbe a una replica del contraddittorio già avvenuto in precedenza, per giunta in più gradi di giudizio. Per evitare il rischio di un oneroso doppiopone, la dottrina invita a ripensare il rapporto tra strumenti alternativi e giurisdizione, sul presupposto che si ritiene esagerato sottoporre a ulteriori istanze di giudizio attività di risoluzione delle controversie svolte con modalità di piena imparzialità e di rispetto della parità di trattamento delle parti, rispondenti a valutazioni di alta specializzazione tecnica che potrebbero persino oltrepassare le competenze dei giudici<sup>63</sup>.

#### 4. *Rimedi facoltativi e rimedi obbligatori*

Quale ultima distinzione tra i rimedi di *alternative dispute resolution*, si può ricordare le due ipotesi di strumenti obbligatori o strumenti facoltativi<sup>64</sup>. Nello spirito che ha animato la graduale affermazione dei rimedi alternativi alla giurisdizione nell'esperienza statunitense, come si è ricordato, il carattere facoltativo, che lascia agli interessati la valutazione di quale sia la via più conveniente da percorrere, costituisce un elemento essenziale. L'inquadramento di questi rimedi in impostazioni di stampo più pubblicistico, tuttavia, ha portato a ricomprendere anche strumenti che sono prescritti in via obbligata, quanto meno come fase preliminare all'accesso alla via giurisdizionale, se non come via esclusiva, dato che resta fermo il

---

<sup>63</sup> In tal senso, si propone di limitare quanto meno il riesame giurisdizionale a un solo grado di giudizio (G. DELLA CANANEA, *La funzione giustiziale delle autorità indipendenti*, cit., p. 68; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., pp. 266-267) oppure di escludere la tutela giurisdizionale quando il rimedio abbia condotto a una soluzione condivisa o negoziata (V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo*, cit., p. 65).

<sup>64</sup> La Direttiva 2008/52/CE nel dare la definizione di mediazione prevede che il relativo procedimento possa «essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro» (art. 3 a). Anche la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ammette che i rimedi alternativi possano essere resi obbligatori, quali prerequisiti all'introduzione del processo giurisdizionale (II.I dell'appendice).

principio fondamentale della successiva esperibilità della tutela giurisdizionale<sup>65</sup>. In linea generale si ritiene legittimo imporre determinate condizioni o certi filtri all'esperibilità dell'azione giudiziale per favorire la realizzazione di altri interessi, quali la composizione preventiva della lite, purché il limite non risulti sproporzionato rispetto all'obiettivo da perseguire<sup>66</sup>.

La costrizione all'uso di una determinata procedura, tuttavia, viene ritenuta una distorsione rispetto alle motivazioni originarie che hanno condotto all'emergere di questi rimedi e certamente comporta uno snaturamento di quei rimedi che strutturalmente si fondano sul metodo consensuale<sup>67</sup>. L'esperienza, inoltre, ha dimostrato il fallimento dell'attuazione necessitata dei rimedi tendenti a cercare una soluzione condivisa, in quanto, se non sussiste alcuna concreta disponibilità o interesse di almeno una delle parti a svolgere un tentativo serio di composizione del conflitto, l'assolvimento dell'obbligo si traduce in una mera formalità improduttiva di risultati concreti, così da risultare solo una perdita di tempo<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Negli ordinamenti dei Paesi europei risulta diffusa l'apposizione di filtri alle giurisdizioni nella trattazione delle controversie amministrative (M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., p. 112, nota 112).

<sup>66</sup> La Corte di giustizia europea, sez. IV, 18 marzo 2010, in cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini e altri*. Con un orientamento analogo, la Corte costituzionale italiana ha precisato come la pregiudizialità del rimedio alternativo possa essere configurata non come una condizione di proponibilità o ammissibilità dell'azione giurisdizionale, bensì come una condizione di procedibilità, per cui il decorso del termine di presentazione del rimedio amministrativo non determina la perdita del diritto di azione, ma solo il differimento nel tempo del suo esercizio (Corte costituzionale, 6 luglio 2000, n. 276). Perché non risulti un obbligo sproporzionato, tuttavia, è necessario che il rimedio pregiudiziale sia strutturato nel rispetto delle essenziali garanzie di giustizia, altrimenti il differimento dell'esercizio del diritto di azione diverrebbe una forma illegittima di aggravamento della richiesta di tutela (M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa*, cit., p. 115).

<sup>67</sup> G. CORSI (*L'accordo e la decisione*, cit., p. 132) sottolinea la contraddizione insita nell'imporre come obbligatorio un metodo di gestione dei conflitti che si fonda sull'approccio consensuale, quale la conciliazione o la mediazione.

<sup>68</sup> M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubbliche*, cit., p. 23.

Anche per i rimedi aggiudicativi, peraltro, e in particolare per i ricorsi amministrativi interni, si individuano controindicazioni alla loro imposizione in forma obbligatoria. Da un lato, infatti, si rende più gravoso l'esercizio dei diritti di difesa, in quanto si differisce l'accesso alla tutela giurisdizionale o la si preclude del tutto se non sia stato previamente esperito il ricorso; dall'altro, si deresponsabilizza l'amministrazione nella formazione accurata degli atti amministrativi, dal momento che l'autorità può contare, nel caso insorgano contestazioni, di una fase ulteriore di revisione del provvedimento per apportare i necessari aggiustamenti<sup>69</sup>.

D'altra parte, si possono configurare possibili effetti negativi anche nei sistemi che riconoscano alle parti la piena libertà in merito alla scelta di attuare le procedure alternative alla giurisdizione e, una volta concluse, di accettare la soluzione raggiunta. La facoltatività assoluta, infatti, può lasciare uno spazio incontrollato a possibili manovre di ostruzionismo o di manipolazione da parte del soggetto in posizione privilegiata. Un rischio che si presenta aggravato nell'ambito dei rapporti tra l'amministrazione e i singoli individui, caratterizzati da una strutturale disparità di potere.

In ultima analisi, l'unico sistema veramente efficace per favorire l'uso dei rimedi alternativi alla giurisdizione consiste nel fare in modo che siano le parti stesse a scegliere di perseguire seriamente la procedura di composizione equitativa del conflitto. Un simile risultato può essere promosso tramite due metodi. Il primo implica la responsabilizzazione dei soggetti coinvolti dalla controversia a impegnarsi nella ricerca di una soluzione condivisa, inducendoli ad attivarsi con la previsione di misure che, da un lato, possano incentivare l'esito positivo della procedura e, dall'altro, riescano a dissuadere dal mantenere un comportamento passivo. Il secondo, invece, richiede di rendere effettivamente conveniente l'offerta di giustizia proposta con i rimedi alternativi rispetto a quella perseguibile con il processo giudiziale.

---

<sup>69</sup> C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, cit., p. 69; D.-U. GALETTA, *Il ricorso amministrativo previo in Germania in una prospettiva di diritto comparato*, cit., p. 84.

5. *Una distinzione rilevante per il diritto canonico: l'alternativa tra rimedi contenziosi o non contenziosi*

Tra le diverse varietà di forme degli strumenti di *alternative dispute resolution*, sopra elencate, la distinzione che maggiormente può interessare ai fini della comparazione con l'ordinamento canonico è quella tra i rimedi aggiudicativi cosiddetti eteronomi e i rimedi consensuali cosiddetti autonomi. Come si è visto, nelle forme eteronome la soluzione che pone fine alla controversia viene definita con il pronunciamento di un soggetto diverso dalle parti e imparziale rispetto all'oggetto della lite, mentre nelle forme autonome sono le parti stesse che a seguito di un confronto raggiungono un accordo in merito alla composizione del conflitto e l'eventuale intervento di un terzo non ha la funzione di decidere, bensì di favorire il dialogo e facilitare il raggiungimento di una soluzione condivisa, potendo anche suggerire possibili accomodamenti, ma il loro accoglimento dipende sempre dall'accettazione delle parti.

Le due tipologie di rimedi si ispirano a logiche ben diverse nel modo di risolvere il conflitto. Quelle autonome si fondano sul consenso delle parti, cosicché l'accordo raggiunto tra di loro fa venire meno la contrapposizione. In quelle eteronome, al contrario, la volontà delle parti rileva solo nella scelta della via da seguire per discutere della questione, ma una volta deciso di perseguire lo strumento alternativo al giudizio, il conflitto non viene superato, bensì cambia semplicemente la sede di trattazione: non più le corti giurisdizionali, ma l'arbitro o l'autorità amministrativa o un'altra autorità indipendente. Nondimeno, anche con la via alternativa ai tribunali, il metodo seguito per giungere alla pronuncia finale resta comunque contenzioso, in quanto non viene meno la contrapposizione tra le divergenti rivendicazioni delle parti e il dibattito segue paradigmi paragiurisdizionali, simili cioè al contraddittorio proprio del giudizio.

Negli ordinamenti degli Stati si è rilevato come sia ammessa generalmente la convivenza tra una pluralità di metodi eterogenei, prevedendo la possibilità di esperire tanto rimedi consensuali quan-

to rimedi aggiudicativi. Anzi, quand'anche le parti abbiano scelto di avvalersi di una procedura di composizione pacifica, resta sempre garantita la possibilità di introdurre successivamente l'azione giurisdizionale. Sembra dunque di poter concludere che non venga espressa alcuna preferenza per l'uno o per l'altro metodo, ma sia consentito di rivolgersi a strumenti diversi da quelli giudiziari nell'ottica prevalentemente pragmatica di alleggerire il carico dei tribunali, da un lato, e di individuare sistemi di risoluzione delle controversie più funzionali e adeguati alla specificità della materia, dall'altro<sup>70</sup>. Che l'obiettivo principale sia la deflazione del contenzioso e non il suo superamento lo si evince anche dalla constatazione che gli strumenti stragiudiziali non risultino pienamente 'alternativi' alla tutela giurisdizionale, quanto piuttosto 'complementari', dato che viene salvaguardato il ruolo della funzione giurisdizionale di vigilare sul rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento e le parti possono scegliere sia di preferire fin dall'inizio di esperire l'azione giudiziaria, sia di sottoporre successivamente al controllo dei tribunali gli esiti della procedura alternativa, qualora non abbia effettivamente posto fine al conflitto e permanga la contrapposizione tra le rispettive posizioni.

La prospettiva in cui si pone la Chiesa, invece, è del tutto diversa, poiché il principio di riconciliazione richiede non solo di prevenire o di far cessare la lite, ma di ripristinare rapporti di comunione<sup>71</sup>. Non è sufficiente, quindi, che i meccanismi predisposti dall'ordinamento riescano a sedare il conflitto e a convincere i contendenti a non proseguire la causa in giudizio, ma occorre ricosti-

---

<sup>70</sup> Continua a corrispondere a questa prospettiva utilitaristica, che non esprime giudizi di valore circa la preferenza per l'uno o l'altro metodo, anche la lettura secondo criteri di economia del diritto che considera la giurisdizione una risorsa scarsa, in termini di costi e di organizzazione, così da doversene fare un uso parsimonioso, come *extrema ratio*, solo quando si sia sperimentata l'inadeguatezza di altri strumenti stragiudiziali (A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *www.irpa.eu*; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblici*, cit., p. 484).

<sup>71</sup> Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli*, cit., p. 282; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., p. 94.

tuire tra loro una concordia autentica. A tal fine, il metodo utilizzato non è del tutto indifferente, potendosi tratteggiare una distinzione fondamentale tra i rimedi contenziosi, ispirati al sistema della rivendicazione in contraddittorio tra le parti, e i rimedi conciliativi, ispirati invece al sistema del dialogo e della comprensione reciproca. Nei primi, i soggetti in conflitto contrappongono le rispettive pretese sulla base delle regole di diritto e la decisione dell'autorità investita della lite stabilisce chi abbia ragione e chi torto secondo le norme dell'ordinamento. Nell'altro, invece, i soggetti coinvolti dalla controversia sono invitati a incontrarsi, a spiegare vicendevolmente le ragioni dei rispettivi punti di vista, a valutare le esigenze degli altri e a essere disponibili a venirsi mutuamente incontro nel temperare le proprie posizioni per adattare e comporre i diversi interessi, così da trovare una soluzione che raccolga l'adesione di tutti<sup>72</sup>. Diversamente dalla decisione contenziosa, la conciliazione non contrappone le diverse situazioni giuridiche soggettive e non mira a dichiarare chi vince e chi perde, ma cerca di valutare il problema e di capire quali siano i bisogni fondamentali sottesi, così da giungere ad un accomodamento equitativo che può anche andare oltre le norme positive per rispondere alle esigenze delle parti. A differenza quindi della forma aggiudicativa, che pone fine formalmente alla lite ma non giunge di fatto a sanare la rottura delle relazioni interpersonali, la concordia accettata e condivisa da tutti gli interessati riesce a far corrispondere la composizione delle istanze con la riconciliazione sostanziale delle persone, ripristinando rapporti di fiducia e di collaborazione reciproca.

Sono questi, in definitiva, i rimedi che consentono di perseguire il monito evangelico, in quanto, pur avendo come presupposto una *controversia*, riescono ad evitare che si giunga a una *contentio*, alla *lis*<sup>73</sup>. In effetti, gli espedienti indicati dai codici per attuare l'invito alla pacificazione dei conflitti, soprattutto la conciliazione libera

---

<sup>72</sup> P. GHERRI, *Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733 CIC*, cit., pp. 248-249; D. ROSEMAN, *Mediation in the Church*, cit., pp. 149-150.

<sup>73</sup> Si vedano le precisazioni svolte *supra*, nel cap. VIII, § 2, in merito alla *ratio* della riforma.

e, pur in misura inferiore, la *petitio praevia*, corrispondono a forme autonome di risoluzione delle controversie, ispirate alla logica della conciliazione. Come tali, si distinguono e sono da preferire rispetto agli altri strumenti di tutela che sebbene siano ispirati a fini di giustizia non evitano la contrapposizione tra le parti.

Tra i rimedi aggiudicativi che mantengono un'indole contenziosa sono da ricomprendere anche i ricorsi amministrativi gerarchici, quantunque parte della dottrina ritenga che per il loro stile informale possano essere assimilati a forme di conciliazione<sup>74</sup>. In realtà la natura non giudiziale e il carattere discrezionale della procedura non fanno venire meno la struttura informata al contraddittorio tra le parti. Basti considerare come il ricorso si svolga attraverso il confronto dialettico tra l'istanza del ricorrente e la resistenza dell'autore dell'atto impugnato, mentre l'esito della contesa venga deciso con atto autoritativo dal superiore gerarchico. Risulta manifesta la logica conflittuale sottesa al metodo di risoluzione della controversia, perché le due parti partono già da posizioni contrapposte e la conclusione non è frutto della loro collaborazione, ma della pronuncia vincolante dell'autorità decidente. Sebbene tutti gli strumenti di gestione delle controversie siano da concepire nella Chiesa come 'luoghi di dialogo'<sup>75</sup>, e dunque anche i ricorsi contenziosi debbano restare aperti alla possibilità di porre fine alla lite in modo pacifico,

---

<sup>74</sup> Si possono ricordare in proposito gli equivoci emersi nel corso dei lavori di revisione del codice, in particolare nella prima fase (*supra*, cap. VII, § 2.1). La stessa terminologia adottata dalla dottrina ancora prima della riforma della legislazione giovanneo paolina, nel distinguere tra i 'ricorsi amministrativi' presso il superiore gerarchico e i 'ricorsi contenzioso-amministrativi' avanti al giudice, rispecchia la concezione per la quale gli uni siano «procedimenti rapidi, efficaci ed economici» diretti a raggiungere «nel più dei casi, la soluzione equitativa dei conflitti amministrativi», mentre gli altri abbiano carattere più conflittuale (E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 486-489). Tale visione viene tuttora ripresa da P. GHERRI (*L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza*, cit., p. 26), laddove afferma che il ricorso gerarchico non «debba inevitabilmente esser 'già' qualificato come *agire contenzioso*».

<sup>75</sup> Si veda il *Discorso alla Plenaria del Supremo tribunale della Segnatura apostolica* di BENEDETTO XVI, citato *supra*, cap. VIII, § 2, nota 22.

nondimeno la forma della procedura è diversa da un sistema di risoluzione autonomo e consensuale.

La conformazione intrinsecamente contenziosa dei ricorsi gerarchici è pacificamente riconosciuta negli ordinamenti statali che li annoverano tra i rimedi aggiudicativi interni all'amministrazione<sup>76</sup>. Peraltro, ciò che caratterizza il ricorso gerarchico e lo rende una forma anomala di strumento giustiziale è il rapporto verticistico che lega l'autorità decidente con la parte resistente, cosicché risultano mancare sia la terzietà o neutralità di chi è chiamato a giudicare sulla controversia, sia la parità di condizione delle parti. Proprio questi caratteri inducono a contestare, come si è visto, la compatibilità del ricorso gerarchico con gli strumenti stragiudiziali idonei ad assicurare una tutela effettiva, con garanzie di giustizia analoghe a quelle offerte dal processo giudiziale.

Anche nell'ordinamento canonico sarebbe irragionevole tanto negare la natura contenziosa dei ricorsi gerarchici, quanto considerarli equivalenti ai rimedi di pacificazione consensuale. Occorre piuttosto prendere atto dell'approccio specifico di gestione dei conflitti ad essi sotteso, in modo da riuscire a dettare una regolamentazione adeguata che assicuri un confronto processuale equo, così da pervenire a un risultato accettabile in termini di giustizia. Sotto questo profilo, si sottolinea come nella procedura del ricorso gerarchico si dovrebbero sancire le garanzie essenziali di protezione dell'esercizio dei diritti di difesa con maggiore ampiezza e rigore di quanto attualmente prevedano i codici<sup>77</sup>, al fine di tutelare soprattutto la posizione del ricorrente, il quale, dovendo rivolgersi

---

<sup>76</sup> Si veda quanto detto *supra*, in questo capitolo, § 3.2.

<sup>77</sup> La maggioranza della dottrina è concorde nel ritenere che la disciplina del procedimento del ricorso gerarchico sia lacunosa e inadeguata ad assicurare un'adeguata tutela, dal momento che si trova sintetizzata nel solo can. 1738 CIC, il quale a sua volta rinvia indirettamente all'unico canone previsto per regolare il procedimento amministrativo (can. 50 CIC). Per approfondimenti si rinvia a E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 469-470; *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 363-364; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 124-132; ID., *Agenda per una evoluzione della giustizia amministrativa canonica*, in *Estudios Eclesiásticos*, 97, 2022, pp. 1201-1203.

per chiedere giustizia al superiore gerarchico nell'ambito della stessa struttura organizzativa di chi ha emanato l'atto, risulta svantaggiato rispetto alla controparte.

La lettura del ricorso gerarchico tra i rimedi contenziosi, del resto, risulta confermata dalla stessa analisi della normativa che pone su di un piano diverso i rimedi diretti a cercare la pacificazione, da un lato, e il ricorso gerarchico, dall'altro, mostrando di non annoverare quest'ultimo tra i mezzi di attuazione del principio di riconciliazione. Infatti, come espediente per evitare che le *controversiae* degenerino in *contentiones*, si prescrive ai fedeli di attivare il tentativo di conciliazione e la *petitio praevia* prima di impugnare l'atto in forma contenziosa e proprio per prevenire la conflittualità in quella sede<sup>78</sup>. Ora, poiché il primo passo della procedura contenziosa è precisamente il ricorso al superiore gerarchico, sembra necessario dedurre, in base a questa interpretazione sistematica, che la *contentio* da evitare sia in verità lo stesso ricorso gerarchico.

In definitiva, i ricorsi amministrativi gerarchici, al pari dei ricorsi giudiziari, pur essendo strumenti di giustizia pienamente legittimi per la tutela degli interessi dei fedeli che siano degni di protezione nel diritto della Chiesa, dal momento che sono strutturati secondo una logica di rivendicazione oppositiva e non di comprensione reciproca, non possono essere annoverati tra i rimedi ritenuti preferenziali per la pacificazione delle controversie. Del resto, come si è sottolineato, per l'ordinamento canonico la natura del metodo, contenzioso o non contenzioso, non è ritenuto irrilevante ai fini della individuazione degli strumenti considerati meglio adeguati a perseguire l'ideale di riconciliazione. Proprio la migliore capacità dei meccanismi non contenziosi ad attuare questo principio fondamentale nel modo di impostare i rapporti tra i fedeli e tra questi e le autorità amministrative deve portare a riconoscere loro una rilevanza primaria tra i metodi di risoluzione delle divergenze.

Diversamente dagli ordinamenti secolari, nella Chiesa gli strumenti che promuovono la composizione pacifica delle controversie

---

<sup>78</sup> Can. 1733, § 1 CIC; can. 998, § 1 CCEO.

non possono essere considerati né ‘complementari’, né meramente ‘alternativi’ a quelli contenziosi, ma una scelta necessaria e prevalente in coerenza con i valori più alti dell’istituzione salvifica. Solo quando non ci sia più alcuna speranza di un possibile esito positivo della procedura conciliativa i fedeli possono risolversi a seguire la via contenziosa, come *extrema ratio* per chiedere la protezione delle situazioni giuridiche che altrimenti rimarrebbero prive di alcuna salvaguardia.

Alla luce di questo *favor conciliationis*<sup>79</sup> occorre interpretare e applicare le norme che prevedono i rimedi giustiziali nei confronti degli atti amministrativi nel senso di promuovere nel modo più ampio possibile la via della concordia nella gestione delle controversie, oltre che ricostruire i tratti essenziali della loro disciplina nell’accezione più coerente e adeguata alle esigenze essenziali di una efficace conciliazione.

---

<sup>79</sup> Sul *favor conciliationis* come *ratio* fondamentale ispiratrice della normativa, si vedano le riflessioni esposte *supra*, cap. VIII, § 2.

## CAP. X

### IL TENTATIVO FACOLTATIVO DI CONCILIAZIONE

#### 1. *La nozione di conciliazione*

Il primo strumento diretto a favorire la composizione delle controversie viene descritto dai codici con la locuzione «*aequa solutione quaerenda communi consilio*»<sup>1</sup>. Come si è già accennato, si tratta di una espressione generica, priva di un significato tecnico specifico, che designa il complesso di attività che vengono svolte da chi si senta onerato da un atto amministrativo singolare e dall'autorità amministrativa che l'ha emanato, per cercare di trovare un accomodamento equitativo tra le rispettive esigenze. Secondo la formulazione dei canoni i tentativi di dialogo possono essere intrapresi dagli interessati personalmente, con un confronto diretto, oppure possono avvenire con il supporto della mediazione o dello studio di altri soggetti. Il codice non precisa come debba avvenire questa interlocuzione, ma lascia le persone coinvolte libere di scegliere le modalità che preferiscono. Le uniche indicazioni che si possono ricavare dal can. 1733, § 1 è che si tratta di una procedura facoltativa rimessa alla volontà delle parti, da decidere *communi consilio*, e che si svolge in sede stragiudiziale, prima o durante una causa, ma fuori del processo.

Una simile vaghezza di definizione rende difficile definire questo rimedio un ricorso, neppure se *praeter legem*<sup>2</sup>. Infatti, se da un lato il tentativo di cercare una composizione è *secundum legem*, perché previsto e persino sollecitato dai codici, dall'altro è descritto in termini così imprecisi da non potersi neppure identificare con una

---

<sup>1</sup> Can. 1733, § 1 CIC. Un'espressione analoga si ritrova anche nel § 2 e nel § 3. La terminologia è ripresa nel can. 998, § 1 CCEO.

<sup>2</sup> G.P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa dei diritti dei fedeli. Il ricorso gerarchico. Il ricorso alla Segnatura apostolica*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 8, 1995, p. 295.

procedura determinata, bensì con un insieme di attività che sono coordinate congiuntamente dall'obiettivo comune di evitare la contesa tra l'autore di un atto amministrativo e coloro che ne possono ricavare un pregiudizio.

D'altro canto, questa imprecisione può risultare anche vantaggiosa ai fini del *favor conciliationis*, dal momento che consente maggiori possibilità di attuazione, con condotte molteplici e multiformi. La formulazione generica, in definitiva, mostra come il legislatore non abbia voluto limitare la portata del rimedio a un metodo specifico o a una forma particolare, ma, al contrario, abbia inteso estenderla nell'accezione più ampia possibile a qualsiasi modalità di ricerca di un accomodamento equitativo, proprio per corrispondere pienamente all'invito di comporre pacificamente le liti.

Quantunque i codici non usino espressamente il termine 'conciliazione' si può ritenere che le attività descritte per giungere alla concordia reciproca siano riconducibili a una nozione di conciliazione intesa in senso lato, comprensiva cioè delle diverse iniziative che possono essere assunte dalle parti per instaurare tra loro un dialogo e cercare una soluzione condivisa. In questo significato estensivo di conciliazione può essere compresa anche l'attività di composizione perseguita con l'aiuto di un terzo e descritta dai codici con l'espressione «*mediationem et studium*»<sup>3</sup>. Il vocabolo mediazione, peraltro, non pare essere impiegato con un significato sufficientemente qualificato e preciso per indicare una modalità specifica dell'intervento di chi ha il compito di promuovere la ricerca della concordia. Anzi l'abbinamento tra i due sostantivi, mediazione e studio, che potrebbero indicare proprio due compiti diversi del ruolo del terzo, l'uno meramente facilitativo o agevolativo e l'altro anche valutativo o propositivo, mostra come nella locuzione siano comprese forme differenti di interposizione<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Nel CCEO can. 998, § 1: «*mediationem vel studium*». Sulla differenza tra conciliazione e mediazione si soffermano: P. GHERRI, *La mediazione nel diritto (pubblico) canonico*, cit., pp. 56-58; D. ROSEMAN, *Mediation in the Church*, cit., pp. 146 e 165-166.

<sup>4</sup> Sull'uso intercambiabile della terminologia nelle esperienze giuridiche secolari, si rinvia *supra* al cap. IX, § 2.

Tuttavia, a prescindere dalle formule imprecise dei codici, se si voglia comunque definire con termini appropriati le diverse modalità di ricerca della soluzione condivisa, si può indicare con la nozione più generale di conciliazione ogni attività volta a instaurare un confronto tra le parti, anche tramite il dialogo diretto, e, all'interno di questa figura onnicomprensiva, si può designare con il termine particolare di mediazione l'interazione tra le parti che si svolge con il sostegno e il sussidio di una terza persona.

L'attività di composizione pacifica descritta in senso così ampio nei canoni dedicati ai ricorsi amministrativi corrisponde nella sostanza a quella che viene prevista in generale come principio fondamentale per tutti i processi<sup>5</sup>. In entrambe le norme sono indicati due momenti diversi di attuazione della conciliazione: l'uno prima dell'introduzione di un'azione contenziosa<sup>6</sup> e l'altro dopo che sia stata avviata la causa avanti all'autorità competente, giudice o superiore gerarchico<sup>7</sup>. In ambedue, inoltre, sono adombrate, quantunque in modo molto impreciso, due modalità di svolgimento del confronto tra le parti: tramite il dialogo diretto tra le parti ovvero con l'ausilio di intermediari<sup>8</sup>. Al di là di queste generiche previsioni, peraltro, come si è detto, le norme dei codici non stabiliscono requisiti o adempimenti specifici per avvalersi della conciliazione, né tanto meno definiscono con puntualità le procedure da seguire<sup>9</sup>. In definitiva, viene lasciata all'iniziativa dei soggetti interessati sia la decisione di ricorrere o meno al tentativo di una composizione pacifica, sia la possibilità di scegliere il metodo ritenuto più conveniente per

---

<sup>5</sup> Can. 1446, §§ 1-2 CIC; can. 1103, §§ 1-2 CCEO. Per l'analisi di questi canoni, si veda *supra*, cap. VI, § 1.

<sup>6</sup> Can. 1446, § 1 e can. 1733, § 1 CIC; can. 1103, § 1 e can. 998, § 1 CCEO.

<sup>7</sup> Can. 1446, § 2 e can. 1733, § 3 CIC; can. 1103, § 2 e can. 998, § 2 CCEO.

<sup>8</sup> Gli intermediari possono essere sia persone autorevoli scelte dalle parti (can. 1733 CIC e can. 998, § 1 CCEO), sia mediatori nominati dal giudice o dal superiore gerarchico (can. 1446, § 2 e can. 1733, § 3 CIC; can. 1103, § 2 CCEO), ovvero le stesse autorità preposte alla decisione dell'istanza contenziosa (can. 1446, § 2 e can. 1733, § 3 CIC; can. 1103, § 2 e can. 998, § 2 CCEO).

<sup>9</sup> Sulla facoltà delle normative particolari di fissare strutture e procedure per integrare la normativa universale, in merito ai rimedi amministrativi, si veda più ampiamente *infra*, cap. XII, § 2.

cercare di giungere a una soluzione condivisa. Per questo, si può definire questa tipologia di rimedio non contenzioso una conciliazione facoltativa e informale.

Nell'analisi puntuale della disciplina, peraltro, è opportuno distinguere tra le due forme di attuazione della conciliazione nell'ambito nelle controversie amministrative: la conciliazione per iniziativa spontanea tra le parti, che può essere intrapresa sia prima che dopo l'introduzione del ricorso amministrativo, e la conciliazione guidata dal superiore gerarchico, attuabile durante la procedura contenziosa. A quest'ultima seconda modalità si affianca l'esame della conciliazione esperibile dopo la proposizione del ricorso avanti alla Segnatura apostolica.

## 2. *La conciliazione per iniziativa spontanea*

### 2.1. *I presupposti*

Il tentativo di conciliazione che si può attuare per cercare di comporre pacificamente le controversie amministrative si avvia con l'iniziativa spontanea di uno o più dei soggetti interessati da un atto amministrativo, i quali si rivolgono all'autorità che ha emanato l'atto per affrontare in modo dialogico le divergenze e tentare di trovare una soluzione equa e condivisa. Si tratta di un impulso rimesso alla volontà autonoma delle persone coinvolte, dato che i codici, diversamente dalla figura della *petitio praevia*, non impongono l'obbligo di avviare un tentativo di conciliazione prima di presentare il ricorso gerarchico<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Come si è visto *supra* (cap. VII, § 2.4) a seguito della discussione nell'ambito del *Coetus* incaricato di stendere la normativa, non si è voluto imporre come obbligatorio un tentativo di conciliazione previo al ricorso per non rendere troppo macchinoso e lungo il procedimento.

a) *Il gravamen*

Secondo la formulazione normativa, il presupposto per avviare il confronto è che qualcuno si senta onerato, ossia gravato da un peso, a seguito dell'emanazione di un atto amministrativo singolare<sup>11</sup>. Una dicitura così generica è idonea a ricomprendere qualsiasi tipo di doglianza che ponga colui che si ritiene pregiudicato in posizione di dissenso con l'autore del provvedimento. Certamente sono da ritenere incluse le controversie che possono giustificare la successiva introduzione del ricorso amministrativo<sup>12</sup>, ma la descrizione ampia dei canoni consente di svincolare i presupposti della conciliazione dalle condizioni di ammissibilità dell'istanza contenziosa, tanto più che i codici non stabiliscono una correlazione procedurale con il ricorso gerarchico e non configurano il tentativo di accomodamento equitativo un passo preliminare e necessario per la sua proposizione, come invece avviene per la *petitio praevia*. Può quindi indurre a promuovere la ricerca di una soluzione pacifica anche una situazione di discordanza che non implichi necessariamente una opposizione o un contrasto effettivo, quantunque sia suscettibile di far nascere una contesa se la composizione non raggiunga un esito positivo.

Il dissenso deve essere generato dall'atto amministrativo, ma può essere di varia natura, in quanto l'unico requisito che si può dedurre dai canoni è che l'effetto gravoso sia percepito dal soggetto nella pro-

---

<sup>11</sup> «... *quis gravatum se decreto putet*» (can. 1733, § 1 CIC). Il riferimento al decreto si estende a comprendere, secondo il can. 1732 CIC, qualsiasi atto amministrativo singolare emanato in foro esterno *extra iudicium*, eccettuati quelli emanati dalle autorità supreme.

<sup>12</sup> Il requisito della legittimazione attiva al ricorso gerarchico viene definito con una locuzione parzialmente coincidente: «*Qui se decreto gravatum esse contendit*». Cambia il predicato verbale che descrive la posizione del ricorrente: mentre per il tentativo della conciliazione il soggetto si limita a considerarsi gravato («*putet*»), nel ricorso gerarchico il soggetto lo afferma in modo fermo e contrappositivo («*contendit*»). Si rileva come nella prima espressione si usi un verbo 'di opinione', nell'altra un verbo 'di pretesa' (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 341-342).

pria sfera individuale<sup>13</sup>. L'uso del verbo di opinione («*gravatum se putet*») non comporta che si tratti di una impressione o sensazione meramente soggettiva<sup>14</sup>, ma richiede un riscontro obiettivo in un contesto reale per cui l'atto amministrativo abbia effettivamente inciso in modo negativo su situazioni giuridiche connesse allo *status* del fedele che sono considerate degne di protezione dall'ordinamento canonico<sup>15</sup>.

In ogni caso, la percezione riferita a se stesso presuppone che chi esperisce la conciliazione abbia un interesse personale e diretto ad attivarsi per chiedere all'autorità amministrativa di avviare un confronto sulle disposizioni date dall'atto, in modo da far comprendere le proprie esigenze e chiedere di cercare una soluzione che le componga con quelle perseguite dal provvedimento. Non paiono invece rientrare in questa figura altre forme di intervento dei fedeli, motivate da interessi più generali correlati al bene della comunità, che sono dirette a denunciare situazioni critiche relative all'esercizio della funzione amministrativa, ma che non comportano un coinvolgimento personale diretto della condizione del proponente<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Come evidenzia l'uso del pronome 'se', l'onere deve essere percepito dal soggetto in riferimento a se stesso.

<sup>14</sup> Nel *Compendio di diritto amministrativo canonico* (cit., p. 341) si sottolinea come la norma ricorra all'impiego di un verbo di opinione, anziché di scienza o conoscenza, in quanto «non si esige una prova assolutamente certa e oggettiva della sussistenza di un danno reale». Risulta infatti sufficiente che il proponente creda convintamente e onestamente di aver subito un *gravamen*.

<sup>15</sup> La dottrina è concorde nel ritenere che non debba necessariamente trattarsi di violazioni di diritti soggettivi in senso stretto, ma possano essere ricomprese le lesioni a qualsiasi situazione giuridica soggettiva degna di tutela (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 342; E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 119). Per ulteriori approfondimenti, in particolare circa il superamento della distinzione con la categoria degli interessi legittimi tratta dal diritto amministrativo italiano, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 318-353 e 644-645.

<sup>16</sup> Nei casi in cui non ricorra un interesse personale, diretto e attuale a proporre ricorso, la facoltà di denunciare gli atti contrari al buon governo costituisce certamente un diritto del fedele, ma non rientra nel disposto del can. 1733, § 1 CIC, quanto piuttosto nella previsione generale del diritto fondamentale al dialogo con la gerarchia, fissato nel can. 212, §§ 2-3 CIC. Sulla differenza tra i presupposti soggettivi del ricorso gerarchico e quelli della *denuntiatio*, si vedano le precisazioni, con la citazione delle pronunce della Segnatura apostolica, svolte da G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 109-111. Sul tema della denuncia si veda più am-

Nondimeno, interessi che pur ricadono nella sfera soggettiva di ciascuno, possono essere condivisi anche da più persone, in quanto riferiti a beni collettivi o diffusi. In questo caso, non si può escludere che l'iniziativa ad avviare un tentativo di accomodamento equitativo possa essere assunto da un gruppo di fedeli accomunati dalle medesime istanze, pure quando non si siano costituiti in una associazione formalmente riconosciuta dall'autorità ecclesiastica, condizione invece ritenuta indispensabile affinché il *coetus* possa essere riconosciuto titolare di legittimazione attiva a proporre un ricorso gerarchico<sup>17</sup>. Anche sotto questo profilo si può ritenere che i presupposti per avviare la conciliazione siano autonomi e più ampi rispetto a quelli richiesti per il rimedio contenzioso. Invero, occorre considerare come, da un lato, la formulazione aperta della normativa consenta di non subordinare strettamente la capacità di interloquire nella ricerca di una soluzione pacifica al possesso dei requisiti per assumere la posizione di parte nel procedimento contenzioso, mentre, dall'altro, la promozione del *favor conciliationis* dovrebbe indurre l'autore dell'atto amministrativo controverso ad accettare il dialogo anche con soggetti che non potrebbero impugnare formalmente il provvedimento, ma che sono comunque portatori di esigenze reali da tenere in considerazione per cercare di sanare le lacerazioni all'interno della comunità.

---

pianamente in una prospettiva generale, G. BONI, *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, Mucchi, Modena, 2019.

<sup>17</sup> Com'è noto, una interpretazione autentica della Pontificia Commissione per l'interpretazione dei testi legislativi (ora Dicastero per i testi legislativi) del 29 aprile 1987 nega la legittimazione attiva a proporre ricorso gerarchico a un *christifidelium coetus* privo di personalità giuridica e carente pure di *recognitio* degli statuti ex can. 299, § 3 CIC, mentre ammette l'azione personale dei singoli fedeli, sia individualmente sia in litisconsorzio, «*dummodo revera gravamen passi sint*» (decreto pubblicato in *Acta apostolicae Sedis*, 80, 1988, p. 1818). L'interpretazione è stata recepita dalla prassi dei dicasteri e dalla giurisprudenza del Supremo tribunale della Segnatura apostolica e mai più messa in discussione. Sulle critiche espresse in dottrina e sulla prima giurisprudenza, si veda I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLINO, S. GHERRO, G. LO CASTRO, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 417-433. Sulla giurisprudenza ulteriore, si vedano i contributi più recenti illustrati da G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 103-108.

b) *I motivi della richiesta di composizione*

Oltre a queste indicazioni minimali, come si è detto, i codici non contengono ulteriori prescrizioni sui presupposti essenziali per intentare la composizione, cosicché si può ritenere che il legislatore abbia inteso ammettere nella misura più larga possibile la facoltà libera e spontanea di intentare un accomodamento ragionevole. Di conseguenza, non risulta legittimo imporre restrizioni non espressamente contemplate, né sotto il profilo del motivo della richiesta, né sotto il profilo del tipo di provvedimento oggetto della conciliazione.

Con riguardo alle ragioni che possono indurre il fedele a sollecitare una composizione, la dicitura generica dei canoni lascia aperta la possibilità di far valere tutte le criticità di un atto amministrativo singolare che siano in grado di arrecare un pregiudizio giuridicamente rilevante alla posizione del fedele. Come si è già annotato, la doglianza che spinge il fedele a rivolgersi all'autorità amministrativa può essere determinata da motivi anche diversi da quelli che giustificano la proposizione di un ricorso gerarchico, cosicché la richiesta di cercare un'equa soluzione potrebbe essere del tutto autonoma rispetto a un'eventuale prosecuzione in sede contenziosa. A conferma di questa interpretazione si possono apportare due ragioni. Anzitutto, si deve considerare come il tentativo di conciliazione si svolga in dialogo con la stessa autorità che ha emanato l'atto e che avrebbe quindi la competenza a decidere ogni sorta di modifica del provvedimento, finanche la sua completa rimozione e la sostituzione con una nuova regolamentazione della materia, per cui potrebbe accettare di valutare e poi pure accogliere qualsiasi obiezione idonea a far comprendere l'opportunità di un cambiamento. Inoltre, si nota come la stessa formula normativa che regola i motivi alla base del ricorso gerarchico sia espressa in termini così ampi<sup>18</sup> da riuscire a ricomprendere in definitiva qualsiasi motivazione giusta che possa es-

---

<sup>18</sup> Can. 1737 CIC: «*propter quodlibet iustum motivum*».

sere presa in considerazione dall'autorità amministrativa per ridefinire e perfezionare quanto disposto dal provvedimento<sup>19</sup>.

Com'è noto, nella categoria delle ragioni a sostegno dell'opposizione agli atti amministrativi sono ricomprese diverse tipologie di imperfezioni, difetti o irregolarità che possono attenerne tanto a profili cosiddetti di illegittimità, quanto a profili cosiddetti di merito<sup>20</sup>. Con i primi si intendono i vizi che derivano dalla violazione di norme di legge *in procedendo* o *in decernendo*, ovvero, in senso più ampio, dalla lesione dei principi di giustizia sostanziale e di equità che presidono lo svolgimento della funzione di buona amministrazione. Con i secondi, invece, si intendono i vizi che non pregiudicano la liceità o la validità dell'atto, ma lo rendono comunque non idoneo a regolare nel modo più adeguato la situazione oggetto del provvedimento, per inosservanza o non appropriata applicazione dei criteri di prudenza, opportunità, convenienza o, in generale, di buon governo, che informano intrinsecamente il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>21</sup>.

Possono quindi giustificare la presentazione di un'istanza di conciliazione non solo le questioni problematiche che riguardano l'applicazione pratica di un atto che risulta inadeguato perché nella sua formazione è mancata una conveniente informazione e valutazione degli elementi su cui si fonda<sup>22</sup>, ma tutte le controversie re-

---

<sup>19</sup> L'esteso spettro dei motivi che possono essere fatti valere nel ricorso gerarchico è conseguenza dell'effetto devolutivo dell'impugnazione che attribuisce al superiore la competenza a rivedere interamente la materia oggetto dell'atto con gli stessi poteri dell'autorità che l'ha emanato (can. 1739 CIC) (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 347-348; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 455; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 111).

<sup>20</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 347-348; E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 121-122; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 455; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 111.

<sup>21</sup> Per approfondimenti, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Praeisis ut prosis*, cit., pp. 575-591.

<sup>22</sup> È questa la tesi di P. GHERRI (*Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733*, cit., pp. 253-258) che limita l'applicazione del can. 1733 alle «concrete divergenze operative» che sorgono dalla disfunzionalità di atti leciti e legittimi. In realtà, anche tali questioni di applicazione dell'atto, nella misura in cui determinano un contenuto difettoso delle disposizioni per la «sostanziale carenza di informazione e

lative a uno qualsiasi dei predetti motivi. Non pare infatti illogico o incompatibile<sup>23</sup> ammettere, anzi promuovere, la conciliazione anche in ordine a un atto inopportuno o illegittimo o persino nullo. Occorre piuttosto tenere distinto il momento della procedura diretta a istituire un dialogo tra il fedele e l'autorità, dal momento della soluzione concordata per risolvere la divergenza.

Sotto il profilo della procedura, la conciliazione viene avviata per comunicare il proprio dissenso, rendere nota l'esistenza di un difetto dell'atto che potrebbe non essere stato rilevato o compreso appieno dall'autorità, e per questo si chiede che venga adottata una nuova definizione della materia che sia più congruente alle diverse esigenze, tanto quelle individuali del ricorrente, quanto quelle generali della comunità. Questo metodo di confronto, nella misura in cui sia diretto ad avviare un dialogo rispettoso e responsabile, in modo da evitare che sorga un conflitto tale da porre l'autorità e il fedele su posizioni contrapposte e inavvicinabili, è certamente da favorire sempre, per tutte le controversie e per qualsiasi motivo. L'esposizione delle ragioni a sostegno delle rispettive posizioni, infatti, giova comunque per conservare rapporti di fiducia e di collaborazione tra l'autorità amministrativa e i fedeli, dato che, se anche l'autore dell'atto dovesse ritenere di mantenere ferme le proprie disposizioni, il chiarimento delle motivazioni che la giustificano potrebbe rendere più accettabile la decisione ai destinatari dell'atto.

Dal punto di vista, invece, della misura da assumere per risolvere la contestazione, se l'autorità amministrativa si convince di poter accogliere, nell'integralità o anche solo parzialmente, le argomenta-

---

valutazione degli elementi sui quali si fonda il provvedimento contestato» (*ivi*, p. 257) possono ricadere in vizi di merito, per inadeguata valutazione dei presupposti, se non in vizi di illegittimità per violazione dei principi di giustizia e di buona amministrazione che richiedono la completezza della raccolta di informazioni e la ponderazione accurata di tutti gli interessi coinvolti. Si può così individuare un vizio di eccesso di potere nelle figure del difetto dei presupposti ovvero di incompletezza, contraddittorietà o illogicità delle motivazioni.

<sup>23</sup> In senso contrario invece P. GHERRI considera «giuridicamente stravagante “mediare” o “conciliare” in termini di legittimità» (*Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733*, cit., p. 254).

zioni del fedele, può definire soluzioni che saranno inevitabilmente diverse a seconda del tipo di irregolarità riscontrata. Invero, l'autore dell'atto è in grado di adottare tutti i correttivi che ritiene necessari, intervenendo sul provvedimento per sanarlo, se sia possibile o conveniente, per modificarlo, in tutto o in parte, ovvero per sostituirlo con un altro provvedimento o per rimuoverlo definitivamente, se sia illegittimo o nullo. In definitiva, tutte le disposizioni che secondo il can. 1739 possono essere assunte dal superiore gerarchico, in virtù dell'effetto devolutivo del ricorso gerarchico, per rimediare ai diversi vizi o difetti dell'atto<sup>24</sup>, a maggior ragione possono essere deliberate dall'autorità che è competente a regolare la materia e che può pertanto modificare nel modo che considera più opportuno l'atto emanato in precedenza, a seguito del procedimento di conciliazione.

---

<sup>24</sup> Il can. 1739 CIC elenca i vari provvedimenti che possono essere adottati dal superiore gerarchico, a seconda dei difetti o irregolarità riscontrate nell'atto impugnato: «*Superiori, qui de recursu videt, licet, prout casus ferat, non solum decretum confirmare vel irritum declarare, sed etiam rescindere, revocare, vel, si id superiores magis expedire videatur, emendare, subrogare, ei obrogare*». Il can. 1004 CCEO contiene un elenco analogo, ma esclude l'*emendatio* se non è prevista dal diritto particolare. Sul tema si vedano: E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 473; J. MIRAS, *Ad can. 1739*, in *Comentario exegético*, IV, 2, cit., pp. 2161-2164. Nello specifico: la dichiarazione di nullità riguarda l'atto invalido ai sensi del can. 124, § 1 CIC; la revocazione si riferisce all'atto che, pur valido, sia contrario agli ideali di buona amministrazione; la sostituzione si verifica quando, al posto dell'atto rimosso, venga emanato un diverso provvedimento; l'abrogazione si può ritenere una specie di sostituzione, quando la nuova disciplina abbia contenuto contrario a quella disposta dall'atto precedente; la correzione o l'emendamento ricorrono se l'atto viene rettificato o cambiato in singole parti o elementi. Per quanto attiene alla rescissione, questa tradizionalmente viene considerata dalla dottrina canonistica come equivalente all'annullamento, istituto che concerne l'atto affetto da vizi di struttura non così gravi da determinarne la nullità radicale, ma comunque idonei a giustificare una successiva invalidazione, ad opera di una pronuncia costitutiva, con efficacia *ex nunc*. Data peraltro la varietà di ipotesi di imperfezioni dell'atto amministrativo, sembra più corretta l'interpretazione proposta da E. BAURA (*Il sistema delle invalidità [inesistenza e nullità, annullabilità e rescindibilità] dell'atto giuridico*, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, pp. 133-134), che distingue la fattispecie dell'annullabilità da quella della rescindibilità e riserva la nozione di rescissione in senso stretto ai soli casi in cui l'atto, pur privo di difetti nella formazione, produca comunque effetti contrari all'equità.

c) *L'atto oggetto di conciliazione*

Per quanto concerne poi il genere di atti che possono essere oggetto della richiesta di avvio di un tentativo di conciliazione, dal momento che i codici hanno inserito questa facoltà nell'ambito dei canoni introduttivi ai rimedi nei confronti degli atti amministrativi singolari, senza prevedere alcuna espressa limitazione in base alla natura del provvedimento, pare corretto interpretare la norma nel senso più conforme al *favor conciliationis* e ammettere la possibilità di intraprendere un equo accomodamento per qualsiasi tipo di atto che possa avere prodotto effetti gravosi nella sfera personale dei fedeli. Considerando l'ampia gamma degli atti amministrativi singolari, pertanto, i soggetti interessati possono proporre una procedura conciliativa in merito sia ai decreti decisori, sia ai precetti impositivi, sia ai rescritti che rilasciano o negano disposizioni favorevoli, tanto in conformità quanto in deroga alle norme comuni.

Non sembra infatti di dover riscontrare alcun limite in merito agli atti cosiddetti 'graziosi', come sono tradizionalmente chiamati i rescritti che concedono situazioni giuridiche speciali in deroga alle norme comuni<sup>25</sup>. Alla base della tesi negativa si riscontra una visione autoritaristica che considera la grazia una benevola elargizione dell'autorità, rimessa al suo potere esclusivo e insindacabile, così da rendere del tutto inammissibile qualsiasi discussione in merito<sup>26</sup>. In realtà, tanto una lettura della tradizione canonica classica<sup>27</sup>, quanto la concezione più autentica della potestà amministrativa co-

---

<sup>25</sup> Can. 59, § 1 CIC; can. 1527, § 1 CCEO.

<sup>26</sup> Escludono, o quanto meno ritengono molto difficile, che si possa avviare una procedura di conciliazione nei confronti degli atti 'graziosi' P. GHERRI, *Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733*, cit., p. 252; J. MIRAS, *Ad can. 1732*, in *Comentario exegetico*, IV, 2, cit., pp. 2120-2121.

<sup>27</sup> Si consideri, in particolare, l'impostazione dell'istituto della *dispensatio* che viene concessa a seguito dell'accertamento di una *iusta causa* e che a seconda del rapporto con l'*utilitas vel necessitas Ecclesiae* viene distinta nelle varie tipologie di *dispensatio prohibita*, *permissa* o *debita*. Sull'evoluzione storica della dispensa si rinvia a E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 44-55; I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 114-128.

me un servizio diretto a provvedere alle esigenze dei fedeli, conducono a ritenere che tutti gli atti amministrativi, pure quelli che dispongono *iura singularia*, siano ordinati intrinsecamente da principi di ragionevolezza, prudenza e giustizia. La discrezionalità richiesta per emanare questi provvedimenti, anche se opera al di fuori dei confini delimitati dalle norme di legge, non può mai essere intesa come arbitrio, né andare *contra ius*, ma è tenuta a verificare la sussistenza dei requisiti necessari e sufficienti per ottenere il rilascio della disposizione di favore e, una volta accertata la congruità della causa, ha il dovere di provvedere in senso conforme<sup>28</sup>. Per quanto possa essere difficile, non risulta tuttavia impossibile il sorgere di controversie in ordine al rilascio o all'esecuzione dei rescritti, non solo in rapporto a terzi che possano sentirsi pregiudicati dal beneficio concesso a un'altra persona, ma anche nei confronti degli stessi interessati al provvedimento<sup>29</sup>, nel caso di un diniego della loro richiesta o di un accoglimento solo parziale.

La facoltà di avviare un tentativo di conciliazione per risolvere pacificamente la divergenza non pare pertanto inutile o preclusa, anzi risulta pienamente coerente con lo spirito del *favor conciliatio-nis*. Pure se non si voglia riconoscere al fedele un diritto a ottenere un provvedimento di favore o un diritto a impugnare un rifiuto ingiustificato, si deve riconoscere la facoltà di avviare con l'autori-

---

<sup>28</sup> L'esigenza di superare una rappresentazione della grazia come una concessione di mera benevolenza dell'autorità amministrativa e la coerenza per il diritto della Chiesa di accogliere una concessione più autentica che consideri la sua elargizione come un atto diaconale di buon governo ispirato a principi di ragionevolezza e di giustizia, sono approfondite in I. ZUANAZZI, *Prae-sis ut pro-sis*, cit., pp. 688-693. In senso conforme, anche la trattazione sul concetto canonico di grazia esposta nel *Compendio di diritto amministrativo canonico* (cit., pp. 293-299): pur precisando che il fedele non abbia un diritto a ottenere l'elargizione, il testo afferma che il provvedimento volto a decidere se concedere o negare la grazia deve essere conforme a giustizia, per cui gli interessati hanno il diritto di esigere il rispetto delle necessarie garanzie di correttezza.

<sup>29</sup> In effetti, si riconosce la possibilità di ricorrere contro il diniego del rescritto (da parte del richiedente), ovvero contro la sua concessione (da parte di un terzo che ne subisca un pregiudizio) (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 290).

tà amministrativa competente una procedura dialogica per esporre più ampiamente le proprie esigenze, comprendere meglio le ragioni a favore o contrarie alla concessione e risolvere pacificamente la divergenza<sup>30</sup>. Il ricorso allo strumento dialogico sembra infatti favorire meglio il ripristino dei rapporti di comunione rispetto alla mera possibilità, come unica alternativa di fronte al diniego dell'istanza, di ripresentare la richiesta alla medesima autorità o al suo superiore gerarchico.

## 2.2. *Le modalità procedurali*

Venendo ad esaminare le modalità di svolgimento del tentativo di composizione pacifica, si è già osservato come nella previsione dei cann. 1446 e 1733 la conciliazione risulti un'attività facoltativa e informale, dal momento che viene lasciata alla spontanea iniziativa di una o di più parti e non sono stabilite formalità certe e determinate per la sua presentazione e successiva trattazione. Entrambe le norme intendono dare un'attuazione più ampia possibile all'esortazione fondamentale di evitare le liti, riconoscendo la facoltà delle parti di intraprendere in qualsiasi modo idoneo e in qualsiasi momento, sia prima che dopo l'introduzione della causa contenziosa, la ricerca di una composizione pacifica.

Dato che le due regolamentazioni del ricorso alla concordia possono essere considerate l'una, quella prevista nell'ambito dei ricorsi amministrativi, un'applicazione specifica dell'altra, quella nella parte generale, e considerato altresì che vengono sostanzialmente a coincidere nella formulazione elastica delle modalità di attuazione, si possono estendere alla conciliazione stragiudiziale delle controversie amministrative le riflessioni esposte a riguardo delle cau-

---

<sup>30</sup> Non vi è dubbio che la richiesta di cercare un'equa composizione costituisca un metodo migliore per ripristinare rapporti di comunione, in quanto la mera riproposizione della domanda alla stessa autorità o al suo superiore corre il rischio di ottenere la medesima risposta, se non viene coinvolto l'interessato e non vengono approfondite le sue ragioni.

se contenziose<sup>31</sup>. Occorre tuttavia integrare e precisare la disciplina comune con le puntualizzazioni necessarie per adattare il metodo compositivo alla peculiare natura delle questioni relative all'esercizio della funzione amministrativa, al ruolo dell'autorità competente a decidere sul modo migliore di svolgerla e al rapporto tra l'autore dell'atto amministrativo e i destinatari dello stesso. In questa prospettiva, sembra necessario svolgere alcune osservazioni in merito alla posizione delle parti, alla volontà di scelta della conciliazione, ai rischi connessi a una regolamentazione troppo sommaria, al metodo preferenziale di svolgimento della mediazione.

a) *La posizione delle parti*

Riguardo alla posizione delle parti, è significativo sottolineare come la norma specifica sulle controversie amministrative, al pari di quella estesa a ogni genere di giudizi, non faccia distinzione di ruoli, né di condizioni, tra i soggetti cui demanda la facoltà di aderire a una soluzione equitativa, quelli cioè che sono considerati le parti in causa e che, nelle divergenze che sorgono da un atto amministrativo, sono l'autore dell'atto e coloro che ne abbiano subito effetti lesivi. Almeno formalmente<sup>32</sup>, pertanto, all'autorità amministrativa e ai destinatari degli atti sono riconosciute eguali facoltà, tanto nell'intraprendere e nel rispondere alle attività volte a trovare un equo accomodamento, quanto nel decidere se accettare o meno il risultato delle trattative. La parità di posizione viene sottolineata dal prevedere che la ricerca dell'equa soluzione debba avvenire «*communi consilio*», ossia con una decisione condivisa tra le parti, sia a riguardo delle modalità di svolgimento delle trattative, sia nell'esito finale. La medesima espressione significa pure che alla base dell'ef-

---

<sup>31</sup> Cap. VI, § 1.

<sup>32</sup> Di fatto, peraltro (come viene precisato *infra* in questo paragrafo alla lettera c), la disparità insita nei rapporti connessi all'esercizio della funzione amministrativa fa sì che l'autorità amministrativa goda di una posizione di sostanziale preminenza e possa condizionare l'andamento del tentativo di conciliazione.

ficacia giuridica della composizione deve esserci la conclusione di un accordo, nel senso che entrambe le parti concorrono, con il loro consenso, a definire i termini dell'accomodamento<sup>33</sup>. La concordia o *compositio*<sup>34</sup>, ossia l'atto che pone fine alla controversia, ha una struttura bilaterale o plurilaterale, anche se la sua attuazione possa essere demandata agli adempimenti successivi delle singole parti con atti unilaterali, quali possono essere la rinuncia a presentare o a proseguire il ricorso gerarchico, da parte del ricorrente, ovvero la revoca o la modifica dell'atto amministrativo da parte dell'autorità amministrativa.

b) *La scelta della conciliazione*

Per quanto concerne la volontà di perseguire la via della conciliazione, i codici rimettono ai soggetti coinvolti, sia l'autore dell'atto sia coloro che ne subiscono gli effetti, l'iniziativa di ricorrere o meno alla conciliazione, di valutare cioè se valga la pena di spendersi per cercare una composizione tra le diverse esigenze e se poi, una volta trovata, sia conveniente approvarla. Alle parti della controversia si riconosce pertanto il potere di decidere circa l'opportunità di avviare un confronto tra le diverse istanze per regolare la materia del contendere con un accomodamento equitativo. Tale potere sul piano procedurale si fonda in definitiva sulla legittimazione a disporre sul piano sostanziale delle situazioni giuridiche coinvolte nell'atto amministrativo, ciascuna parte nella rispettiva posizione e competenza: coloro che patiscono un *gravamen* dall'atto amministrati-

---

<sup>33</sup> Sulla possibilità di un simile accordo in ordine agli atti amministrativi, si rifletterà *infra* nel capitolo XIII.

<sup>34</sup> L'esito dell'accomodamento che compone tra loro le diverse esigenze si può definire, usando una terminologia tradizionale, *concordia* o *compositio*, come era previsto nel codice piano benedettino in merito all'effetto della transazione (can. 1928, § 1 CIC17). Si ricorda, inoltre, come nei lavori di stesura dello *schema de procedura amministrativa* i consultori usino il termine «*compositio amicalis*» (*supra*, cap. VII, § 2.3), mentre nel can. 1446, § 1 del codice latino attuale l'azione di conciliare venga indicata con il verbo *componere*.

vo, in quanto sono titolari di esigenze protette dall'ordinamento e, di conseguenza, godono del diritto di vagliare quali siano le misure più adeguate per la loro protezione; l'autorità amministrativa, in quanto è investita istituzionalmente del dovere di gestire le conseguenze del provvedimento contestato, tenendo conto di tutti i valori implicati, tanto il bene dell'intera comunità, quanto il bene dei singoli fedeli coinvolti.

Questa facoltà di scelta appare formalmente senza limiti espressi stabiliti nei codici, dato che non è previsto alcun obbligo di attivarsi a cercare la conciliazione, né in capo al ricorrente come condizione di procedibilità per esperire successivamente i ricorsi contenziosi, né in capo all'autorità amministrativa come sanzione di illegittimità o di responsabilità economica per l'omessa partecipazione alla procedura. In realtà, tuttavia, lo spazio di libertà delle parti trova un inevitabile ridimensionamento in rapporto al *favor conciliationis*. Infatti, l'ideale di promuovere una composizione equitativa esprime un orientamento di fondo del sistema di giustizia amministrativa della Chiesa, quale via preferenziale di gestione delle controversie, che impegna tutti i fedeli, in special modo i vescovi, a cercare in via primaria una soluzione pacifica. Si può pertanto ritenere che siffatto principio basilare detti una precisa regola di azione idonea a incidere inevitabilmente sulle decisioni e sulle condotte dei soggetti coinvolti, imponendo di prediligere il metodo conciliativo rispetto al metodo conflittuale. Peraltro, il valore vincolante del precetto assume una diversa intensità a seconda della posizione di ciascuna delle parti della controversia.

Come si è visto, l'autore dell'atto contestato e coloro che ne patiscono un *gravamen* partecipano alla conciliazione sulla base di un titolo differente di legittimazione e in ragione di questa diversa posizione viene determinato anche il tipo di competenza di cui dispongono nella definizione dell'accomodamento equitativo. Tale difformità di situazioni implica di interpretare con un diverso margine di apprezzamento l'estensione delle facoltà di scelta dell'uno e degli altri.

Le persone toccate dall'atto amministrativo, invero, agiscono nella difesa dei propri interessi e perseguono le soluzioni che secondo le loro valutazioni, del tutto autonome e personali, corrispondono al modo migliore di tutelare le situazioni giuridiche soggettive che li riguardano. Di conseguenza, a seguito di una considerazione complessiva delle circostanze del caso concreto possono giungere ad adottare strategie che in base a un diverso ordine di valori apparirebbero controproducenti, come la decisione di rinunciare totalmente a rivendicare qualsiasi pretesa e di accettare un provvedimento patito come ingiusto. Una simile scelta, legittima se il soggetto l'abbia adottata liberamente e sia titolare del potere di disporre delle posizioni giuridiche dismesse, non potrebbe tuttavia essere imposta come obbligatoria dall'ordinamento, in quanto verrebbe a contraddire l'esigenza fondamentale di giustizia che richiede di riconoscere a tutti il diritto inviolabile di salvaguardare l'integrità della propria sfera giuridica.

Dal punto di vista delle persone che contestano un atto amministrativo, quindi, il dovere di cercare la conciliazione non può essere inteso come un obbligo di perseguire il compromesso 'a tutti i costi', ma come un onere che grava sul fedele nella misura in cui sia compatibile con le sue aspettative personali circa la difesa dei propri interessi. *A fortiori* nell'attuale regolamentazione imprecisa e poco garantistica della procedura di conciliazione<sup>35</sup> non si può configurare un dovere assoluto, ma piuttosto un dovere condizionato, ossia ogniqualvolta sia praticabile e non risulti contrario alla salvaguardia dei propri interessi. Così, chi si sente gravato e non intende rinunciare alla tutela dei propri diritti, è tenuto a valutare seriamente se vi siano le condizioni per avviare una proposta di confronto con l'autorità amministrativa che abbia una ragionevole possibilità di condurre a un esito positivo. Laddove ritenga che questa via sia effettivamente attuabile e non sia troppo gravosa o eccessivamente svantaggiosa, si deve impegnare a percorrerla, pur adottando tutte le mi-

---

<sup>35</sup> Sul punto si vedano le riflessioni svolte più avanti in questo paragrafo, alla lettera c.

sure e le cautele necessarie per preservare il diritto di ricorrere successivamente ai mezzi di difesa contenziosi nel caso che il tentativo non raggiunga un risultato accettabile<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda invece l'autorità amministrativa, la posizione istituzionale limita maggiormente le facoltà di scelta e rende più vincolante il dovere di cercare la conciliazione. Invero, chi è investito di una pubblica funzione non può agire secondo le proprie preferenze personali, ma deve perseguire gli obiettivi dell'incarico ricevuto, operando nel rispetto dei principi e delle norme previste dall'ordinamento come regole di buon governo, a beneficio degli interessi comuni. Al *favor conciliationis* si può quindi riconoscere il valore di criterio direttivo o regola deontologica che ordina *ab intrinseco* il potere discrezionale dell'autorità amministrativa nel decidere quale sia la scelta più adeguata a rispondere alle contestazioni sorte da un provvedimento. Rispetto alla posizione di chi agisce in veste privata, l'impegno a cercare la soluzione pacifica risulta più rafforzato per l'autore dell'atto amministrativo, non solo e non tanto perché corrisponde agli ideali più alti della comunità ecclesiale, ma perché realmente risulta il modo migliore di affrontare i dissidi nei rapporti tra le autorità di governo e i fedeli, in quanto favorisce il raggiungimento di risultati costruttivi, sia nel superare il conflitto, sia nel ristabilire rapporti di fiducia e di collaborazione tra i soggetti coinvolti.

Per questo valore pregnante del monito alla concordia nell'esercizio della funzione amministrativa, si può ritenere che l'autorità ecclesiastica sia vincolata a un vero e proprio dovere di mostrarsi disponibile al dialogo con i fedeli e a rispondere affermativamente e in modo attivo a una eventuale richiesta di avviare un chiarimento per provare a trovare una soluzione alternativa che venga incontro alle esigenze di chi ha subito un pregiudizio. Ovviamente, l'obbligo concerne solo il profilo procedurale della partecipazione ai contatti o agli incontri per valutare l'effettiva possibilità di concordare

---

<sup>36</sup> Come si esamina più ampiamente *infra*, nel cap. XI, § 2, l'imposizione di termini perentori (cann. 1734, § 2 e 1737, § 2 CIC) costringe l'interessato a proporre comunque, nelle remore della conciliazione, la *petitio praevia* prima e il ricorso gerarchico poi, quantunque solo *ad cautelam*.

un'equa composizione, non certo il profilo consensuale dell'accettazione delle istanze avanzate<sup>37</sup>. Invero, il *favor conciliationis* impone un vincolo solo a riguardo del metodo, dialogico e pacifico, per gestire le controversie, cosicché un rifiuto ostinato e ingiustificato di prendere parte a qualsiasi tentativo di conciliazione potrebbe essere ritenuto irragionevole e contrario ai principi di buona amministrazione. Per contro, in merito ai profili sostanziali delle scelte in ordine alla regolamentazione della materia oggetto del provvedimento contestato, l'autore dell'atto non è obbligato ad accogliere le proposte di cambiamento, ma secondo una corretta valutazione discrezionale di tutte le esigenze implicate, può decidere se aderire o meno all'esito delle trattative.

c) *La mancanza di garanzie normative*

Quantunque ragionando alla luce della *ratio* informativa del sistema si possa giungere ad affermare l'esistenza in capo alle parti di precisi doveri di intraprendere la conciliazione, occorre nondimeno sottolineare come la disciplina elastica e informale dei codici non sia idonea a garantire né il loro effettivo adempimento, né la concreta praticabilità. Già si è evidenziato, infatti, come i canoni non prevedano espressamente alcuna limitazione formale alla libertà delle parti di scegliere se tentare o rigettare la strada della composizione equitativa. Oltre a questo, bisogna ricordare come la decisione del legislatore di dettare solo enunciazioni di principio, peraltro formulate in modo vago, e di demandare a eventuali integrazioni delle norme particolari la regolamentazione puntuale degli organismi

---

<sup>37</sup> In base ai cann. 1446, § 1 (che richiama espressamente l'impegno del vescovo diocesano) e 1733, § 1 CIC si può configurare un dovere dell'autorità di accettare il tentativo di conciliazione, quanto meno sotto il profilo procedurale dell'avvio di un dialogo per valutare l'effettiva possibilità di raggiungere un'equa composizione: in senso conforme si esprimono anche P. GHERRI, *Note teoriche*, cit., pp. 261-262; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., pp. 95-96.

abilitati e delle procedure da seguire<sup>38</sup>, lascia la disciplina della conciliazione sguarnita dei presupposti strutturali e operativi che sono necessari per assicurarne un'agevole ed efficace attuazione.

In una normativa lasciata così aperta e imprecisa si possono pertanto riscontrare i rischi negativi connessi sia alla facoltatività assoluta, sia all'eccessiva informalità. Con la prima, si può rendere inefficace il monito a cercare una soluzione pacifica nel caso in cui nessuna delle parti si attivi, oppure si possono rendere improduttivi gli sforzi dell'una se l'altra resta totalmente passiva, o ancora si può consentire ai rapporti di forza sottesi alle loro posizioni di condizionare l'andamento e la conclusione delle trattative, favorendo abusi o manipolazioni di una parte a danno dell'altra. Con la seconda, invece, si può vanificare il fine di cercare un'equa composizione, dal momento che non vengono predisposte strutture specifiche cui le parti possano rivolgersi per essere assistite nella conciliazione, né risultano definite le procedure che scandiscono gli atti e gli adempimenti necessari per consentire lo sviluppo del confronto. Sulle parti o, meglio, su quella che prende l'iniziativa e che in genere è il ricorrente, grava l'onere di escogitare a chi rivolgersi, come convincere l'autore dell'atto amministrativo a partecipare, con quali modalità svolgere gli incontri per cercare un accomodamento equitativo, e infine come siglare l'eventuale concordia finale. Tutti questi sforzi, per giunta, non assicurano neppure un risultato utile, non solo a riguardo dell'esito conciliativo, del tutto eventuale se non aleatorio, ma persino a riguardo della difesa dei propri interessi, perché se l'offeso dall'atto amministrativo non si attiva a intraprendere comunque le necessarie cautele nella via contenziosa, la scadenza dei termini perentori previsti per l'introduzione della *petitio praevia* e del ricorso gerarchico conduce a perdere ogni possibilità di far valere le proprie istanze qualora la conciliazione non raggiunga un esito positivo.

---

<sup>38</sup> Can. 1733, § 2 CIC. Non si prevede un'analogia disposizione nel codice dei canoni delle Chiese orientali.

Per rendere dunque praticabile ed efficace la ricerca della concordia, è necessario che l'ordinamento predisponga gli strumenti, tanto sotto il profilo degli organismi competenti quanto delle procedure, che siano adeguati a promuovere e a rendere agevole e sicuro l'*iter* di realizzazione. Egualmente, occorre definire regole idonee a responsabilizzare tutti i soggetti coinvolti, affinché intervengano e contribuiscano seriamente al tentativo di trovare un'equa soluzione condivisa.

Quest'ultimo aspetto risulta particolarmente critico nell'ambito delle controversie amministrative, per la peculiarità del rapporto esistente tra chi ha emanato l'atto contestato e chi ne sia destinatario o ne lamenti comunque un pregiudizio. Mentre nelle contese tra privati le parti si trovano in una condizione di parità sotto il profilo delle facoltà di far valere le proprie istanze, per cui può risultare ragionevole lasciare al libero gioco delle strategie difensive la decisione di aderire o meno alla proposta di attivazione di una procedura conciliativa, invece nei rapporti conseguenti ad un atto amministrativo l'autorità che l'ha posto si trova in una posizione di vantaggio e di prevalenza rispetto a chi ne subisce gli effetti. Infatti, l'atto amministrativo si presume valido e continua ad essere esecutivo fino a quando non sia rimosso o dallo stesso autore o dal suo superiore gerarchico, cosicché dal punto di vista della mera opportunità pratica, senza cioè considerare le altre motivazioni di carattere ideale o pastorale che certamente dovrebbero ispirare l'azione ecclesiale, l'autorità amministrativa non risulta affatto incentivata a spendersi nella ricerca di un accomodamento, dato che l'ordinamento le consente di restare completamente inerte e passiva per conservare inalterati i propri provvedimenti, e ricade per contro interamente sul ricorrente l'onere di attivarsi per intentare un ricorso contenzioso volto a dimostrare i vizi dell'atto. Di conseguenza, anche se dal punto di vista formale il canone sulla conciliazione riconosca alle parti eguali facoltà nel promuovere il dialogo e la composizione delle istanze, è evidente come di fatto le possibilità di ciascuna di convincere l'altra a cercare una soluzione condivisa non si trovino su di un piano di piena equivalenza. Questa disparità tra le posizioni delle parti può

rendere pertanto più difficile il raggiungimento di un esito pacifico delle controversie amministrative se non vengono stabilite dall'ordinamento cautele idonee a vincolare la discrezionalità del potere amministrativo a percorrere la via della conciliazione.

d) *Il metodo della mediazione*

I codici lasciano alla disponibilità degli interessati non solo l'avvio delle trattative, ma anche la scelta delle modalità con cui attuarle: se procedere con dialogo diretto e personale tra l'autore dell'atto e i fedeli coinvolti, ovvero se avvalersi dell'aiuto di persone autorevoli e prudenti<sup>39</sup>. Benché la legislazione non esprima alcuna preferenza tra l'uno o l'altro metodo, nondimeno nella gestione delle controversie amministrative occorre tenere conto del rapporto disparitario che sussiste tra l'autore dell'atto e i soggetti dallo stesso pregiudicati, per la posizione di preminenza gerarchica dell'autorità amministrativa che porta a uno squilibrio nelle rispettive capacità di persuadere le altre parti ad aderire alla propria posizione. Tale sproporzione nelle possibilità effettive di incidere sulla definizione del contenuto di una eventuale composizione sembra dunque sconsigliare, per la buona riuscita della conciliazione, di avviare una interazione senza alcun intermediario e induce invece a prediligere un confronto condotto e facilitato da mediatori imparziali<sup>40</sup>.

Il ruolo di questi ausiliatori, come si è detto, viene definito in forma ampia e generica come «*mediationem et studium*»: dall'abbinamento tra mediazione e studio, oltre che dall'esame dei lavori di redazione, si evince come il legislatore non abbia usato il termine 'mediazione' nel senso tecnico e specifico con cui viene impiegato

---

<sup>39</sup> Nel can. 1733, § 1 CIC, a seguito di una riforma dell'ultima ora (si veda *supra*, cap. VII, § 2.5), si prevede che l'incarico possa essere conferito «*gravibus... personis*»; nel can. 998, § 1 CCEO, invece, resta la formula «*gravibus ... hominibus*».

<sup>40</sup> E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 123; J. MIRAS, *Ad can. 1733*, cit., p. 2127; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., 104.

in alcuni ordinamenti statali per indicare una forma particolare di conciliazione, ma abbia inteso piuttosto indicare in modo ampio ogni qualsiasi attività diretta a promuovere l'intesa tra le parti, tanto nel favorire la comprensione delle rispettive istanze e l'avvicinamento tra le opposte pretese, quanto nel suggerire possibili composizioni. In definitiva, sono le parti a decidere, nel momento in cui scelgono di rivolgersi a queste persone, quale compito affidare e come procedere.

L'interpretazione prevalente ritiene che la norma non consenta di attribuire alle «*gravibus personis*» anche il compito di definire la composizione della lite, con una decisione assimilabile a quella degli arbitri<sup>41</sup>. In realtà, occorre tenere distinta la procedura di pacificazione, diretta a raggiungere una soluzione condivisa, e la soluzione stessa, ossia la modalità decisa in accordo tra le parti per realizzare l'equa composizione. Nell'*iter* per arrivare a convenire una concordia il ruolo dei mediatori, secondo la prescrizione espressa del canone che lo definisce «*mediationem et studium*», è quello di aiutare le parti a raggiungere un accordo, non a sostituirsi ad esse nella scelta di porre fine o meno alla contesa e quale rimedio adottare. Per contro, nelle opzioni a disposizione delle parti per comporre bonariamente le diverse esigenze può essere ricompreso anche il compromesso con cui deferiscono a soggetti esperti della materia la decisione della controversia. Infatti, il presupposto del «*communi consilio*», sul quale a norma del canone si deve fondare la ricerca dell'equa soluzione, non esclude che l'accordo tra le parti raggiunto a seguito dell'opera conciliativa degli intermediari preveda di attribuire ad arbitri la conclusione concreta della lite<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 351; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 719; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., p. 110. Anche nei lavori di revisione del codice i consultori hanno escluso di strutturare la prima fase del procedimento nella forma di un arbitrato (*supra*, cap. VII, § 2.4).

<sup>42</sup> Sull'ammissibilità del ricorso all'arbitrato per la gestione delle controversie amministrative, si rinvia alle riflessioni svolte *infra*, cap. XIII, § 1.

Riguardo tuttavia alla procedura con cui svolgere il dialogo tra le parti tramite l'intervento di un terzo mediatore, i codici non stabiliscono alcuna regolamentazione specifica, sia riguardo alle strutture sia riguardo alle procedure. Non vengono date regole apposite neppure per garantire che le persone scelte per il ruolo di mediatore siano adeguatamente abili e competenti, che risultino neutrali rispetto agli interessi in conflitto e che si comportino in modo imparziale nel gestire le trattative<sup>43</sup>.

Come per le attività di conciliazione in generale, l'orientamento del legislatore si è indirizzato nel senso di lasciare una normativa universale aperta e di rinviare a eventuali integrazioni da parte delle norme particolari la facoltà di dare disposizioni di maggiore dettaglio<sup>44</sup>. Tuttavia, l'analisi delle disposizioni effettivamente emanate in sede locale non può non evidenziare numerose criticità nella scelta di questo metodo di normazione, sia per la scarsa attivazione del legislatore particolare, sia per la disciplina non sempre adeguata a tutelare le esigenze fondamentali di una corretta procedura conciliativa<sup>45</sup>. Una migliore scelta in ordine alla regolamentazione della conciliazione sembra piuttosto quella di dettare a livello di normativa universale le linee essenziali per realizzare le misure conciliative, dal punto di vista tanto delle strutture quanto delle procedure, e di consentire poi alle Chiese particolari che lo ritengano utile di integrare o precisare le prescrizioni generali in base alle condizioni particolari del proprio Paese. In questo modo viene garantita per tutti la possibilità effettiva di adire la via della soluzione pacifica, ma nel contempo viene fatta salva la possibilità di adattamento alle peculiarità di ciascuna comunità ecclesiale<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Per integrare la lacuna normativa potrebbe essere ragionevole una estensione in via analogica delle disposizioni sugli arbitri (can. 1714 CIC; can. 1172 CCEO).

<sup>44</sup> Can. 1733, § 2 CIC.

<sup>45</sup> Si rinvia all'analisi delle normative particolari svolta *infra*, nel cap. XII, § 2.

<sup>46</sup> Si veda in questo senso la proposta *de iure condendo* esposta *infra*, nel cap. XII, § 4.

### 3. *La conciliazione promossa d'ufficio in sede contenziosa*

#### 3.1. *La conciliazione diretta dal superiore gerarchico*

In aggiunta alla conciliazione che può essere attuata per iniziativa spontanea delle parti, i codici prevedono che il tentativo di trovare un'equa composizione possa essere promosso anche dall'autorità competente a decidere il ricorso contenzioso, una volta che sia stato introdotto. Nel corso dei lavori di revisione del codice latino, infatti, si è voluto estendere alle controversie amministrative l'impegno, già previsto in capo al giudice in forma generale per tutti i processi, di sollecitare le parti a trovare un accomodamento pacifico. La norma viene inserita in un primo tempo nella *ratio procedendi* avanti ai tribunali amministrativi<sup>47</sup> e poi successivamente si decide di ampliarla in modo da ricomprendere sia il compito del giudice nel giudizio presso il tribunale amministrativo, sia quello del superiore amministrativo nel ricorso gerarchico<sup>48</sup>. A seguito infine dell'espunzione delle norme sui tribunali amministrativi, il can. 1733, § 3 fa riferimento unicamente al ricorso avanti al superiore gerarchico<sup>49</sup>. Peraltro, essendo una previsione generale per tutti i ricorsi gerarchici, la disposizione si estende anche ai procedimenti avanti ai dicasteri della Sede apostolica, sebbene l'attuale *Regolamento generale della*

---

<sup>47</sup> «*Superiorem et recurrentem iudex hortetur, quodcumque spem boni exitus perspicit, ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel alio idoneo modo controversia ante sententiam dirimatur*» (can. 19, § 2, *Quartum canonum schema*, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 101) (*supra*, cap. VII, § 2.2).

<sup>48</sup> «*Quod si adversus decretum recursus propositus sit, superior vel iudex, qui de recursu videt, recurrentem et decreti auctorem hortetur, quodcumque spem boni exitus perspicit, ad eiusmodi solutiones quaerendas*» (can. 9, § 2, *Quintum canonum schema*, in *Communicationes*, 42, 2010, 2, p. 35).

<sup>49</sup> «*... quod si adversus decretum recursus propositus sit, ipse superior, qui de recursu videt, recurrentem et decreti auctorem hortetur, quotiescumque spem boni exitus perspicit, ad eiusmodi solutiones quaerendas*» (can. 1733, § 3 CIC). Il codice dei canoni delle Chiese orientali prevede una formulazione sostanzialmente analoga, ma più sintetica: «*De his auctoritas superior partes hortetur, antequam recursum recipit*» (can. 998, § 2 CCEO).

*Curia romana* non detti prescrizioni specifiche in merito al tentativo di conciliazione<sup>50</sup>.

Secondo il dettame dei codici, pertanto, all'autorità amministrativa che esamina il ricorso gerarchico risulta affidato il compito di esortare il ricorrente e l'autore dell'atto a ricercare un'equa soluzione ogniqualvolta intraveda una speranza di buon esito. Di fatto, i dicasteri della Curia romana, nelle attività preliminari che seguono l'ammissione di un ricorso gerarchico, sono soliti ricordare alle parti, e soprattutto all'autore dell'atto impugnato, l'importanza di cercare una composizione pacifica. Anche successivamente, se nel corso dell'istruttoria emerge la probabile fondatezza del *gravamen* lamentato dal ricorrente, l'istituzione curiale generalmente scrive all'autorità competente per suggerire di valutare l'opportunità di modificare o revocare il provvedimento<sup>51</sup>. A fronte di questa prassi sarebbe stato conveniente stabilire una regolamentazione adeguata a garantire il rispetto delle condizioni essenziali per assicurare lo svolgimento del tentativo di conciliazione non solo nel modo più corretto, ma anche nella forma maggiormente efficace per raggiungere un esito positivo. Per contro, il testo del canone risulta estremamente sommario, in quanto riprende la formula del can. 1446, § 2, che ne costituisce l'archetipo, ma con una esposizione molto più concisa che lascia aperti numerosi interrogativi circa le modalità di applicazione della conciliazione alla procedura amministrativa. A tali questioni si può cercare di dare una risposta richiamando, da un lato, la *ratio* ispiratrice del *favor conciliationis* e, dall'altro, la nor-

---

<sup>50</sup> In una causa avanti al Supremo tribunale della Segnatura apostolica (SSAT prot. n. 37719/05 CA, *Amotionis a munere vicarii parocialis*) si esamina la correttezza del procedimento avanti alla Congregazione del clero sotto il profilo di una possibile *violatio legis in procedendo* in rapporto al can. 1733, § 3 CIC. È significativo notare come il Congresso, pur concludendo per la non ammissione della causa *ad disceptationem* (decreto c. Vallini, 18 gennaio 2008), non abbia negato che il dicastero sia tenuto *ex lege* a osservare l'impegno di cercare la conciliazione, ma abbia svolto obiezioni attinenti alla mancata dimostrazione nel caso specifico della scorrettezza del modo di procedere. Sulle argomentazioni della decisione si vedano anche le riflessioni svolte appresso in questo paragrafo, lettera a.

<sup>51</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 379.

ma che regola il tentativo di conciliazione del giudice nel processo, quale enunciazione di un principio generale idoneo a valere per tutti i procedimenti contenziosi.

a) *Il dovere di promuovere la conciliazione*

Applicando i predetti criteri interpretativi si può evidenziare, anzitutto, la natura dell'impegno richiesto al superiore gerarchico di favorire la riappacificazione tra le parti. Dall'analisi delle discussioni all'interno del *Coetus studii 'de procedura administrativa'* emerge come l'intento perseguito dal legislatore nell'introdurre questo canone sia stato quello di stabilire una promozione più intensa della via conciliativa, attribuendo all'autorità investita della risoluzione del conflitto il compito di verificare la concreta esperibilità della possibilità di addivenire a una fine consensuale della controversia e, conseguentemente, di adoperarsi per raggiungere questo risultato, anziché concludere la lite con una decisione autoritativa. Il carattere doveroso di tale incombenza risulta implicito nella constatazione che si è voluto estendere al superiore gerarchico un dovere fondamentale compreso, anzi collocato al primo posto, tra quelli che caratterizzano l'ufficio dei giudici. Non si tratta dunque di una attività meramente facoltativa, ma di un incarico obbligatorio, anche se subordinato all'accertamento delle condizioni di fatto che giustificano il tentativo di conciliazione, vale a dire «*quotiescumque spem boni exitus perspicit*»<sup>52</sup>. Una volta, tuttavia, che l'autorità abbia riscontrato l'esistenza di un sufficiente presupposto, il testo del canone, espresso in termini precettivi («*hortetur*») e non puramente discretivi («*potest*»)<sup>53</sup>, sembra da interpretare nel senso di stabilire il dovere di attivarsi necessariamente per rendere operativa questa speranza di buon esito.

<sup>52</sup> Can. 1733, § 3 CIC. Una locuzione pressoché uguale si riscontra nel can. 1446, § 2 CIC: «*quotiescumque spem aliquam boni exitus perspicit*».

<sup>53</sup> Egualmente nel can. 1446, § 2 CIC la formulazione viene espressa in termini precettivi: «*hortari et adiuvari ne omittat*».

Il valore obbligatorio dell'impegno a esperire il tentativo di conciliazione subisce tuttavia un affievolimento per la mancanza di una precisa regolamentazione circa le modalità da osservare e le verifiche da effettuare, lasciando così alla discrezionalità del superiore gerarchico la valutazione in merito alla sua praticabilità. In particolare, corre il rischio di essere rimesso a criteri meramente soggettivi il giudizio relativo all'esistenza della *spes boni exitus*. Per non cadere in analisi approssimative o superficiali, che diano per scontata l'impossibilità di giungere a un'equa composizione per il fatto stesso che sia stato introdotto un ricorso contenzioso, bisognerebbe svolgere una indagine effettiva sulla disponibilità o meno al confronto tra il ricorrente e l'autore dell'atto, un accertamento da svolgere con iniziative concrete, secondo modalità adeguate alle circostanze del caso<sup>54</sup>.

Tale riscontro obiettivo, invece, non viene necessariamente richiesto, cosicché risulta possibile soprassedere al tentativo di conciliazione per decisione unilaterale e immotivata dell'autorità amministrativa, come emerge da una decisione del Supremo tribunale della Segnatura apostolica, chiamato a pronunciarsi su di una asserita *violatio legis in procedendo* nel corso di un ricorso gerarchico avanti alla Congregazione per il clero, per il fatto che il dicastero, in contrasto con la previsione del can. 1733, § 3, non abbia compiuto «*nullum experimentum ad aequam solutionem quaerendum*»<sup>55</sup>. Il Congresso, nel decretare la non ammissione della causa *ad disceptationem*, ha motivato la mancanza di fondamento di questa specifica istanza sulla base dell'osservazione che il comportamento dell'istituzione curiale non possa essere considerato illegittimo, dal momento che ha riscontrato la mancanza di una *spes boni exitus* a seguito di un giudizio che *attentis actis* non appare irragionevole<sup>56</sup>. Stante l'inesi-

---

<sup>54</sup> Come, ad esempio, la presa di contatti informali o la fissazione di un'udienza apposita: del resto, la discrezionalità del procedimento gerarchico consente al superiore di adottare misure molteplici.

<sup>55</sup> SSAT, prot. n. 37719/05 CA, *Amotionis a munere vicarii paroeccialis*, decreto c. Vallini, 18 gennaio 2008, n. 4.

<sup>56</sup> «*Difficile haberi potest in re violatio legis in procedendo si Superior huiusmodi exhortationem omisit quia nullam spem boni exitus perspexit, quod iudicium in casu, attentis actis, haud irrationabile apparet ex parte Congregationis ...*» (SSAT, prot. n.

stenza di qualsiasi pronunciamento del dicastero in merito, il «*iudicium haud irrationabile*» sembra più una considerazione svolta *ex post* dal tribunale a seguito dell'impugnazione del ricorrente, piuttosto che un giudizio effettivamente emesso dal dicastero nell'ambito del ricorso gerarchico. D'altro canto, la denuncia del ricorrente non pare esente da profili di pretestuosità se non ha mai avanzato alcuna richiesta precisa di esperire un tentativo di conciliazione nel corso del ricorso gerarchico, perché se fosse stato davvero disponibile a cercare un'equa composizione avrebbe potuto sollecitare nelle sedi opportune tanto l'autore dell'atto quanto il superiore gerarchico, e non ridursi a sollevare il vizio di violazione di legge esclusivamente avanti al Supremo tribunale della Segnatura apostolica.

Per quanto concerne, poi, il momento o fase del ricorso in cui il superiore gerarchico è tenuto a esperire il tentativo di conciliazione, il can. 1733, § 3 risulta alquanto generico nell'utilizzare un termine temporale (*quotiescumque*) che se da un lato appare illimitato nelle possibilità, anche ripetitive, di promuovere la composizione, dall'altro si rivela in definitiva impreciso. La lacuna del codice può essere comunque supplita con il richiamo del principio già elaborato dalla tradizione canonistica per favorire il più possibile la ricerca della conciliazione e che viene espressamente affermato nella norma generale del can. 1446, §2, per il quale l'autorità investita della decisione deve prodigarsi «*in limine litis, et etiam quolibet alio momento*»<sup>57</sup>. Pure nel ricorso gerarchico, quindi, la medesima *ratio* del *favor conciliationis* induce a promuovere la ricerca di una composizione pacifica fin dall'introduzione dell'istanza, in qualsiasi momento o fase della causa, lungo tutta la durata del procedimento fino alla decisione finale.

---

37719/05 CA, *Amotionis a munere vicarii paroecialis*, decreto c. Vallini, 18 gennaio 2008, n. 4).

<sup>57</sup> Nel codice dei canoni delle Chiese orientali si prevede una formulazione parzialmente diversa: «*antequam recursum recipit*» (can. 998, § 2 CCEO).

b) *L'autonomia delle parti*

Un ulteriore aspetto sul quale possono sorgere dubbi interpretativi concerne il metodo con cui deve essere condotto il tentativo di raggiungere un accomodamento pacifico.

Il can. 1733, § 3 prevede in modo estremamente sintetico l'intervento del superiore gerarchico diretto a esortare il ricorrente e l'autore dell'atto a ricercare un'equa soluzione. La descrizione della funzione attribuita all'autorità investita del ricorso alla stregua di una 'esortazione' induce a ritenere che non corrisponda alla facoltà di imporre autoritativamente un'equa composizione, come era riconosciuto dalla canonistica classica con la *compositio imperata*<sup>58</sup>, ovvero era ammesso in epoca moderna nei ricorsi alla Sede apostolica<sup>59</sup>. Piuttosto, il ruolo dell'autorità consiste in una attività di interposizione che si appella alla responsabilità delle parti, invitandole a trovare loro stesse un accomodamento tra le diverse esigenze. Il presupposto per raggiungere la concordia resta dunque l'accettazione di un possibile aggiustamento della lite che sia concordata tra l'autore dell'atto e il ricorrente.

La condizione del consenso volontario delle parti non riguarda solo l'esito finale, ma coinvolge l'intero *iter* dell'avvio e dello svolgimento delle trattative per ricercare un'equa composizione. In definitiva, si rimette alla disponibilità di coloro che sono interessati dall'oggetto della controversia di scegliere se tentare la via conciliativa oppure proseguire nel ricorso contenzioso.

L'unica ipotesi in cui si adombra la possibilità di un intervento più incisivo del superiore gerarchico è quella in cui la stessa autorità sia preposta gerarchicamente a entrambe le parti in causa<sup>60</sup>. La fattispecie si è verificata in due cause esaminate dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica, nelle quali la Congregazione per gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica aveva ordina-

---

<sup>58</sup> Si veda *supra*, nel cap. II, § 5.

<sup>59</sup> Si veda *supra*, nel cap. VII, § 1.

<sup>60</sup> L'ipotesi è evidenziata da N. SCHÖCH, *Mediation und Vergleich im streitigen Verwaltungsverfahren*, cit. pp. 546-549.

to di accettare una procedura di accomodamento consensuale agli istituti religiosi coinvolti in due diverse controversie<sup>61</sup>. Peraltro, in questi casi concreti il decreto del dicastero che prescrive di accedere allo strumento compositivo viene emesso al di fuori di un ricorso gerarchico, nell'ambito dell'esercizio delle competenze ordinarie di intervento della Sede apostolica per promuovere una gestione pacifica dei rapporti tra gli istituti, al fine di risolvere una contesa già pendente avanti la giurisdizione civile<sup>62</sup>, oppure per prevenire il sorgere di un conflitto<sup>63</sup>. In entrambi i casi le superiori religiose di uno degli istituti interessati hanno contestato l'imposizione della procedura pattizia, presentando un ricorso contenzioso alla Segnatura apostolica, ma il decreto del prefetto in Congresso, che in entrambe le cause non ha ammesso i ricorsi *ad disceptationem* in quanto privi di fondamento, è giunto in sostanza a legittimare la facoltà del superiore di imporre la ricerca di una composizione pacifica in nome del *favor conciliationis*, quantunque si richieda il rispetto di condizioni che garantiscano un equo trattamento di entrambe le parti<sup>64</sup> e la salvaguardia del principio del consenso in merito alla soluzione

---

<sup>61</sup> SSAT, prot. n. 33472/02 CA, *Praecepti a lite coram civili magistratu agitata recedendi*; SSAT prot. n. 39257/06 CA, *Divisionis instituti religiosi*.

<sup>62</sup> Nella causa SSAT, prot. n. 33472/02 CA, due istituti religiosi si contrapponevano in un giudizio civile per una questione di diritti patrimoniali e il prefetto del dicastero ha intimato con decreto a entrambi di recedere dalla lite davanti al magistrato civile, affinché la questione «*salvis actionibus iure canonico processuali recognitis, per commissionem specialem a Sancta Sede constituendam compositione vel arbitrato solvatur*».

<sup>63</sup> Nella causa SSAT prot. n. 39257/06 CA, il dicastero aveva disposto con decreto la separazione da un istituto religioso di una regione locale che viene costituita in un nuovo istituto di diritto diocesano e per regolare la separazione dei beni patrimoniali e delle opere tra il nuovo istituto e le religiose che intendono restare nell'istituto *a quo* aveva stabilito che si procedesse alla divisione nella debita proporzione, con equità, giustizia e spirito evangelico, tramite un accordo da stipulare tra le superiori dei due istituti religiosi e il vescovo diocesano, con il nunzio apostolico del Paese come garante.

<sup>64</sup> SSAT, prot. n. 33472/02 CA, decreto c. Pompèda, 20 ottobre 2003. Sul presupposto che la legittimità del precetto della congregazione si fondi sulla constatazione che sia stato rivolto a entrambi gli istituti religiosi che si contrappongono nella lite civile, al decreto viene apposta una *mens* che salvaguarda la necessità di conservare questa parità di trattamento anche nell'esecuzione del decreto: «*Mens*

finale<sup>65</sup>. Quindi, se per promuovere la conciliazione si può consentire una attenuazione nell'autonomia di scelta della via di soluzione, non sarebbe tollerabile una privazione totale della disponibilità dell'oggetto della controversia, per cui occorre comunque preservare almeno l'accettazione del risultato.

c) *Il ruolo del superiore gerarchico*

Fatta salva dunque l'esigenza del consenso delle parti, sorgono ulteriori interrogativi circa il modo in cui il superiore gerarchico può svolgere l'attività di interposizione per indurre il ricorrente e l'autore dell'atto a cercare un'equa composizione. La formula del can. 1733, § 3 sembra accennare a un dialogo diretto tra l'autorità e le parti del ricorso, mentre non fa menzione dell'altra modalità prevista nel can. 1446, § 2, ossia la possibilità di avvalersi della mediazione di persone autorevoli<sup>66</sup>. Anche questa omissione, peraltro, può essere integrata dalla disposizione più ampia della norma sulla conciliazione promossa dal giudice, dal momento che non paiono sussistere ragioni contrarie all'uso di siffatta misura facilitatrice nell'ambito del procedimento contenzioso del ricorso gerarchico. Anzi, un argomento a sostegno dell'ammissibilità dell'intervento di altri soggetti per aiutare l'autorità amministrativa nella risolu-

---

*est: Antequam auctoritas competens praecepti impugnati executionem urgeat, cavendum est de utroque praecepto ... simul in actum redigendo».*

<sup>65</sup> SSAT prot. n. 39257/06 CA, decreto c. Vallini, 29 febbraio 2008, dove si precisa che secondo il provvedimento del dicastero il nunzio apostolico è stato investito del compito di garante dell'equità e della giustizia dell'accordo tra le parti, non dell'autorità di decidere in merito alla decisione. Il Supremo tribunale non ravvisa alcuna violazione di legge in questa disposizione che cerca anzi di promuovere una soluzione pacifica, ma se non si dovesse raggiungere un compromesso per la divisione nel tempo stabilito «*ad ipsam Congregationem, per se vel per alium, rem definire pertinebit*». Il chiarimento interpretativo del tribunale convince la nuova superiora generale dell'istituto religioso ricorrente, nel frattempo succeduta, a rinunciare al ricorso al Collegio contro il decreto del Congresso.

<sup>66</sup> Possibilità prevista anche nel can. 1733, §§ 1-2 CIC per la conciliazione spontanea al di fuori del ricorso contenzioso.

zione delle controversie emerge dallo stesso can. 1733, § 3, laddove nella prima parte sollecita a ricorrere all'operato degli uffici o consigli di conciliazione, eventualmente costituiti nelle chiese particolari, quando sia stata richiesta la *petitio praevia* ai sensi del can. 1734.

La mediazione di persone esperte nelle pratiche di conciliazione può essere pertanto considerato il metodo non solo possibile, ma persino preferibile per favorire la ricerca di un'equa composizione tra l'autore dell'atto e il ricorrente. Per contro, sembra piuttosto da evitare di svolgere la mediazione mediante il dialogo diretto tra il superiore gerarchico e le parti.

Già si è ricordato come la dottrina amministrativistica abbia sollevato dubbi circa la compatibilità tra il ruolo di chi è deputato a decidere e quello di chi è chiamato a conciliare, quando siano assunti dallo stesso giudice avanti il quale si svolge il procedimento contenzioso, sia per la mancanza di abilità specifiche, che non facilita il raggiungimento di un esito positivo, sia per la diversa posizione delle due figure nei rapporti con le parti, che giunge a compromettere l'imparzialità del giudice nell'eventuale prosecuzione del giudizio qualora fallisca la conciliazione<sup>67</sup>. Nel caso del superiore gerarchico che assume la veste di conciliatore si riscontra una contraddizione ancora più grave tra la condizione di equidistanza dalle parti, che dovrebbe caratterizzare la funzione di chi modera per temperare le diverse esigenze, e il rapporto di dipendenza strutturale e funzionale che lega invece l'autorità amministrativa che decide a quella che ha emanato l'atto impugnato. Vengono quindi a mancare i presupposti minimali per un esercizio imparziale del compito di avvicinare le parti e di trovare un accomodamento, perché il superiore gerarchico è propenso, per le stesse responsabilità del suo ufficio, a favorire la posizione dell'amministrazione. Se anche si raggiunge una soluzione, allorquando il ricorrente accetta la proposta del superiore gerarchico, si potrebbe dubitare tanto della libertà di questa scelta,

---

<sup>67</sup> Sulla dottrina amministrativistica si veda *supra*, cap. IX, § 2. Per il diritto canonico, si vedano le riflessioni svolte *supra* (cap. VI, § 1) a riguardo della conciliazione giudiziale e del dovere del giudice di astenersi in base ad una applicazione estensiva dei cann. 1447 CIC e 1105 CCEO.

quanto dell'equità sostanziale dell'accordo, per la disparità dei rapporti di forza con l'autorità amministrativa.

Non pare quindi corrispondere alle più autentiche esigenze di giustizia, prima ancora che al *favor conciliationis*, la possibilità che l'autorità investita del ricorso gerarchico assuma personalmente il ruolo di conciliatore. Al contrario, per garantire una tutela paritaria effettiva agli interessi di tutte le parti, è necessario che il tentativo di composizione si svolga al di fuori del procedimento contenzioso, che sia sottratta cioè al controllo del superiore gerarchico e venga gestita da un soggetto indipendente, preferibilmente esperto di pratiche conciliative, e in base a regole che assicurino l'imparzialità e la riservatezza delle trattative. L'assenza di queste condizioni può nei fatti condurre all'insuccesso del tentativo di composizione pacifica<sup>68</sup>.

Per rendere quindi possibile una migliore promozione della conciliazione sarebbe necessario che il superiore gerarchico, una volta che abbia svolto i necessari accertamenti e intravisto la speranza di un buon esito, sospenda la procedura del ricorso gerarchico e rinvii le parti avanti al conciliatore o mediatore designato, dando loro un termine per adempiere al fine di evitare un eccessivo prolungamento dei tempi di attuazione. Qualora si raggiunga una concordia accettata da tutte le parti, l'avvenuta soluzione deve essere comunicata al superiore gerarchico, il quale, constatata la legittimità dell'accordo, dichiara la cessazione del ricorso. Se invece il tentativo non conduce

---

<sup>68</sup> Così è avvenuto in una causa giunta all'esame della Segnatura apostolica (SSAT, prot. n. 31858/00 CA, *Recursus adversus decretum Congregationis*) nella quale la Congregazione, adita a seguito di ricorso gerarchico nei confronti di un provvedimento di unificazione tra diverse obbedienze del Terzo Ordine Franciscano Secolare, aveva conferito a una Commissione composta da quattro persone il compito di mediare tra le parti per trovare una soluzione pacifica. Peraltro, i membri della Commissione non risultavano neutrali, in quanto erano i ministri generali dei diversi ordini che esercitavano l'*altius moderamen* (can. 303 CIC) nei confronti del Terzo Ordine Franciscano secolare. Fallito il tentativo di composizione, la Congregazione ha rigettato il ricorso e la decisione è stata impugnata avanti alla Segnatura apostolica.

a un risultato positivo, la parte interessata, quindi presumibilmente il ricorrente, chiede di riprendere il ricorso gerarchico<sup>69</sup>.

Un simile procedimento incidentale di conciliazione non è previsto espressamente dall'ordinamento, ma non risulta neppure impossibile da realizzare, data l'elasticità delle norme che regolano l'*iter* del ricorso gerarchico e l'ampia discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di adattare lo svolgimento delle attività alle esigenze del caso concreto. Una difficoltà potrebbe eventualmente derivare dal termine stabilito dal codice latino che impone all'autorità di emettere la decisione entro tre mesi dalla recezione dell'istanza di ricorso<sup>70</sup>. Trascorso il tempo, non viene meno l'obbligo del superiore gerarchico di provvedere, ma il silenzio o l'inerzia si presumono equivalenti a una risposta negativa ai fini della proposizione di un ulteriore ricorso, cosicché da quella scadenza decorrono i termini perentori per l'introduzione della nuova impugnativa<sup>71</sup>.

Per i ricorsi gerarchici presso i dicasteri della Curia romana, tuttavia, il regolamento generale riconosce la possibilità di prorogare la durata del procedimento «qualora il ricorso esiga un esame più approfondito», a condizione che «si avverta il ricorrente del tempo di proroga e delle motivazioni che l'hanno causata»<sup>72</sup>. La prassi mostra

---

<sup>69</sup> Si possono applicare, *congrua congruis referendo*, e con gli opportuni adattamenti, le prescrizioni riguardanti il procedimento incidentale di conciliazione all'interno del processo contenzioso, esposte *supra* nel cap. VI, § 1.

<sup>70</sup> L'obbligo di rispondere all'istanza entro i tre mesi è stabilito nel codice latino da una norma generale valida per tutti gli atti amministrativi (can. 57, § 1 CIC). Nel codice dei canoni delle Chiese orientali, invece, il can. 1002 per i ricorsi gerarchici, come il can. 1518 per tutti gli atti amministrativi, prevede il termine di sessanta giorni, cui deve però seguire una sollecitazione dell'interessato e l'ulteriore decorrenza di trenta giorni perché si perfezioni la durata prescritta per intendere il silenzio come rigetto ai fini del ricorso.

<sup>71</sup> Can. 57, § 2 CIC; can. 1002 CCEO.

<sup>72</sup> *Regolamento generale della Curia romana*, art. 136, § 2. Le criticità che possono derivare da un uso approssimativo di questa facoltà sono analizzate da G.P. MONTINI, *I tempi supplementari nei ricorsi gerarchici presso la Curia romana e il ricorso alla Segnatura apostolica. L'art. 136 § 2 del "Regolamento generale della Curia romana" tra normativa, prassi e giurisprudenza*, in *Iustitia in caritate*, a cura di J. CONN, L. SABBARESE, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 523-548. Sulla questione si veda anche J. MIRAS, *L'oggetto del ricorso contenzioso-*

come questa deroga venga assunta talvolta proprio per consentire i contatti e gli adempimenti necessari a favorire il raggiungimento di un'equa composizione<sup>73</sup>. In tal modo si riesce a salvaguardare il diritto del ricorrente a impugnare l'eventuale e successiva decisione del dicastero nonostante il protrarsi dei tempi della conciliazione, in quanto viene esonerato dall'onere di ricorrere contro la presunzione di una risposta negativa.

Per i ricorsi gerarchici rivolti alle autorità inferiori alla Sede apostolica, invece, tale facoltà non è espressamente prevista e trattandosi di una disposizione eccezionale non sembra che possa essere estesa oltre i casi prestabiliti<sup>74</sup>. Di conseguenza, se l'esperimento del tentativo di conciliazione viene a prolungare il procedimento oltre la durata prescritta, il ricorrente si trova comunque costretto a interporre *ad cautelam* il ricorso alla Sede apostolica contro la mancata pronuncia, per non correre il rischio di perdere il diritto di difendersi contro il provvedimento qualora le trattative non giungano a un esito positivo e il superiore gerarchico non emani più alcuna decisione. Se invece alla mancata realizzazione della conciliazione viene ripreso il ricorso gerarchico e il superiore emana un decreto di rigetto dell'istanza, dalla data di comunicazione della decisione decorrono i nuovi termini per l'ulteriore impugnazione alla Sede apostolica.

Infine, sempre in merito al ruolo riconosciuto dai codici al superiore gerarchico, stante la peculiarità del rapporto di subordinazione amministrativa tra l'autorità inferiore che ha emanato l'atto

---

*amministrativo canonico*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa*, cit., pp. 292-297.

<sup>73</sup> In una causa pervenuta alla Segnatura apostolica relativa alla riduzione di una chiesa all'uso profano (SSAT prot. n. 52263/16 CA, *Reductionis ecclesiae XX in usum profanum*) la Congregazione per il clero interpellata con il ricorso gerarchico aveva provveduto a prorogare più volte i termini della durata della procedura per sviluppare i contatti con le parti in causa e verificare le effettive possibilità di trovare una conciliazione. Alla fine, preso atto dell'impossibilità di giungere a una composizione delle diverse istanze, ha emanato il decreto di rigetto del ricorso, poi impugnato avanti al Supremo tribunale.

<sup>74</sup> In questo senso, anche G.P. MONTINI (*I ricorsi gerarchici*, cit., p. 132) ritiene che la norma non sia suscettibile di interpretazione estensiva.

e l'autorità superiore investita del ricorso gerarchico, la dottrina si interroga se a quest'ultima non possa essere riconosciuto un potere maggiore di intervento sull'attività dell'altra, tanto da essere legittimata a sostituirsi nella definizione della concordia<sup>75</sup>. La tesi negativa, che riserva alla sola autorità che ha emanato l'atto la facoltà di decidere in merito alla conciliazione<sup>76</sup>, ricorda come in dottrina e in giurisprudenza si riconosca all'autore dell'atto un interesse personale a mantenere inalterate le proprie disposizioni, così da poter rivestire la posizione di parte sostanziale nel procedimento contenzioso, tanto come resistente avanti al superiore gerarchico, quanto come ricorrente avanti alla Segnatura apostolica<sup>77</sup>. La tesi affermativa, invece, può trovare sostegno nell'effetto pienamente devolutivo del ricorso gerarchico, per il quale il superiore viene investito della competenza a rivedere interamente e a propria discrezione l'assetto degli interessi disposto dal provvedimento impugnato<sup>78</sup>. Potrebbe anche sembrare più coerente con il *favor conciliationis* sostenere che all'autorità amministrativa investita del ricorso sia attribuita la facoltà di promuovere il raggiungimento di una soluzione non contenziosa, per cui, se l'autorità inferiore continua a opporsi alla revisione dell'atto con motivi che a quella superiore non paiono giusti o opportuni, quest'ultima potrebbe ragionevolmente sostituirsi alla prima nella conclusione di un equo accomodamento.

Nondimeno a far prevalere l'opinione contraria al riconoscimento in capo al superiore gerarchico della possibilità di un ruolo più coinvolgente nella stipulazione di una composizione pacifica possono condurre, oltre a quanto già sostenuto, due ulteriori motivazioni, l'una letterale e l'altra sostanziale. Sotto il profilo letterale si nota come il testo del can. 1733, § 3 definisca la funzione del su-

---

<sup>75</sup> G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 28, nota 21.

<sup>76</sup> G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 28, nota 21. L'autore, tuttavia, riconosce che la questione andrebbe ulteriormente approfondita.

<sup>77</sup> La tesi è stata sostenuta per primo da Z. GROCHOLEWSKI, *L'autorità amministrativa come ricorrente alla Sectio altera della Segnatura apostolica*, in *Apollinaris*, 55, 1982, pp. 752-779.

<sup>78</sup> Can. 1739 CIC; can. 1004 CCEO.

periore gerarchico come una mera esortazione, mentre richiede che l'equa soluzione sia ricercata tra il ricorrente e l'autore dell'atto<sup>79</sup>. Sotto il profilo sostanziale dei requisiti necessari per una corretta conciliazione, poi, si deve ribadire come l'esigenza di salvaguardare almeno formalmente il carattere di imparzialità della funzione decidente del superiore gerarchico presuppone di evitare il conflitto di interessi che si verrebbe a creare nel momento in cui la stessa autorità si venga a sostituire a una delle due parti del ricorso, rendendo così incompatibile la successiva riassunzione del procedimento contenzioso.

Come si nota, per una giusta ed efficace conciliazione non basta prevedere un generico intervento del superiore gerarchico, ma occorre assicurare le condizioni essenziali affinché il tentativo di ricerca di un'equa soluzione sia avviata effettivamente avanti a un soggetto imparziale e con modalità che la rendano indipendente dai condizionamenti esperibili dal superiore gerarchico, il quale, per il rapporto di preposizione amministrativa, potrebbe trovarsi in una posizione di conflitto di interessi ed essere propenso a far prevalere un risultato conforme alle istanze della parte resistente<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Da questo punto di vista, una possibile conferma alla tesi negativa si può dedurre dalle due cause citate *supra* (note 62 e 63), in cui il superiore gerarchico ha imposto la procedura conciliatrice, ma non si è sostituito alle parti nell'accettazione della soluzione finale.

<sup>80</sup> Il comportamento del superiore gerarchico che formalmente partecipa alle attività di conciliazione ma che nella sostanza vi si oppone, viene rilevato dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica al termine di una serie di azioni contenziose, generate da una medesima causa tra le stesse parti (SSAT prot. n. 31858/00 CA, citata *supra* nella nota 68), lungo le quali si erano protratti diversi tentativi di composizione. A conclusione dell'ennesimo ricorso (SSAT prot. n. 31858/C/04 CA *Concessionis capituli electionis*) la pronuncia finale del Collegio risponde negativamente all'istanza del ricorrente ma, nel contempo, prende atto del fallimento della conciliazione a motivo delle resistenze del dicastero, intenzionato a dare seguito alla soppressione dell'obbedienza dell'Ordine Franciscano Secolare disposta dal provvedimento oggetto del primitivo ricorso gerarchico, così da apporre la seguente *mens*: «*si congregatio per rationes pastorales magni momenti XX suppressere desiderat, hoc fieri debet canonice, forma expressa et clara*» (*sententia coram* Echevarría Rodríguez, 18 marzo 2006).

### 3.2. *La conciliazione avanti al Supremo tribunale della Segnatura apostolica*

La ricerca di un accomodamento consensuale può e deve essere proseguita anche nel corso della fase successiva del giudizio avanti alla Segnatura apostolica, rimasto l'unico tribunale competente a esaminare nel grado supremo le controversie che nascono dagli atti amministrativi singolari<sup>81</sup>.

In effetti, fin dai primi anni di operatività la Segnatura apostolica ha svolto frequentemente la funzione di conciliazione tra le parti, riuscendo a realizzare alcune composizioni pacifiche<sup>82</sup>. Questo impegno viene confermato e promosso nella dichiarazione dello stesso

---

<sup>81</sup> In questo senso, l'intervento di BENEDETTO XVI (*Discorso alla Plenaria del Supremo Tribunale della Segnatura apostolica*, 4 febbraio 2011, già citato *supra* nel cap. VIII, § 2) rileva come il *favor conciliationis* sia il principio ispiratore dell'intero sistema dei ricorsi contenziosi nei confronti degli atti amministrativi. Sulla composizione pacifica nell'ambito del ricorso alla Segnatura apostolica, si vedano: J. CANOSA, *De recursibus adversus actus administrativos singulares*, in *Norme procedurali canoniche. Commentate*, a cura di M. DEL POZZO, J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES, Coletti a San Pietro, Roma, 2013, pp. 96-97; J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura apostolica con gli altri organismi della Curia romana: l'ecclesialità dei principi processuali, il contenzioso amministrativo e le competenze giudiziali nei confronti della Rota romana*, in *La lex propria del S. T. della Segnatura apostolica*, a cura di P.A. BONNET, C. GULLO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 149-151; G. NÚÑEZ, *Signatura Apostólica y expulsión de una religiosa: derecho de defensa y fin del litigio por conciliación entre las partes*, in *Ius Canonicum*, 64, 2024, pp. 323-348; L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., pp. 252-265; N. SCHÖCH, *Mediation und Vergleich im streitigen Verwaltungsverfahren*, cit., pp. 531-549.

<sup>82</sup> Si possono trovare notizie di tali pratiche nei volumi degli anni Settanta della pubblicazione *L'attività della Santa Sede*: 1974, p. 605; 1976, p. 543; 1977, p. 574. Nel volume del 1983 si dà conto di questa continua attenzione: «Nel campo del contenzioso amministrativo la Segnatura apostolica svolge sin dall'inizio intensa opera di composizione pacifica tra le parti onde evitare liti ... L'intervento della Segnatura in questa materia è riuscito a comporre pacificamente alcune annose vertenze; particolarmente significative sono state alcune conclusioni di complesse controversie avvenute in questo Anno Santo nello spirito della riconciliazione auspicata dal Santo Padre, e da quanto desiderato dal nuovo Codice di diritto canonico al can. 1733, § 1» (*L'attività della Santa Sede*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1983, p. 1130).

Supremo tribunale, con la quale si riconosce la possibilità di intraprendere iniziative specifiche al fine di raccogliere maggiori informazioni utili a favorire il raggiungimento della concordia<sup>83</sup>. Si tratta per lo più di attività informali, svolte *a latere* del processo, che non conducono sempre alla stipulazione espressa di un accordo, ma accade sovente che la raggiunta composizione si traduca in condotte unilaterali delle singole parti, come la revoca o la modifica dell'atto da parte dell'autorità amministrativa oppure la rinuncia all'istanza del ricorrente, così da dare luogo ai decreti di perenzione, di causa deserta e di lite finita emessi dalla Segnatura apostolica<sup>84</sup>. I tentativi di conciliazione si svolgono più frequentemente nella fase iniziale del ricorso, ma si possono intraprendere o reiterare per tutto il corso del procedimento e persino dopo la decisione finale se sorgono dubbi sulle modalità di esecuzione, ogniqualvolta si intraveda l'utilità di avviare un confronto pacifico<sup>85</sup>.

Tale prassi è stata infine recepita nella *Lex propria Signaturae Apostolicae* che attualmente regola i giudizi nei confronti degli at-

---

<sup>83</sup> «*Cum ratio pastoralis numquam seiungatur ab iustitiae administratione, Supremum Tribunal saepe nititur ut partes de compositione agant. Ad hunc finem assequendum potest novas exigere informationes ab Ordinario vel a Superiore qui actum administrativum posuit; huiusmodi vero informationes, attento fine pro quo exquiruntur, ad Supremum Tribunal transmitti debent*» (*Declaratio Signaturae apostolicae de recursu adversus decisionem Dicasterii Curiae romanae*, 9 novembre 1970, in *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, I, a cura di I. GORDON, Z. GROCHOLEWSKI, Scuola Tipografica Missionaria Domenicana, Romae, 1977, pp. 402-403).

<sup>84</sup> P. MALECHA, *L'attività del Supremo tribunale della Segnatura apostolica nel campo del contenzioso amministrativo nel corso dell'anno 2005*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa*, cit., p. 479.

<sup>85</sup> Un esempio di un tentativo di conciliazione avvenuto nello stadio di esecuzione del decreto definitivo del Collegio si trova nella causa SSAT prot. n. 31858/B/04 CA *Iudicati* in relazione alla pronuncia conclusiva della causa SSAT prot. n. 31858/00 CA (già citata *supra* nelle note 68 e 80). Il ricorso risulta in realtà un po' anomalo, perché riguarda un' *actio iudicati atque executionis sententiae* promossa dalla parte soccombente nei confronti di una decisione negativa, che si è conclusa con un decreto di rigetto del prefetto in Congresso (decreto c. Vallini del 23 giugno 2005). Sul tentativo di conciliazione che ha coinvolto anche un altro ricorso contenzioso connesso alla medesima contesa (SSAT prot. n. 31858/C/04 CA *Concessionis capituli electionis*) si veda appresso nel testo.

ti amministrativi definitivi della Sede apostolica<sup>86</sup>. L'art. 78 della nuova normativa, infatti, prevede che in qualsiasi fase del processo si possa giungere alla fine anticipata della lite, elencando i diversi presupposti: la perenzione, la revoca dell'atto impugnato da parte dell'autorità amministrativa<sup>87</sup>, la rinuncia all'istanza del ricorrente<sup>88</sup>, la *compositio pacifica*. Mentre i primi tre possono essere conseguenza di accordi stragiudiziali concordati tra le parti, oppure essere determinati da scelte unilaterali dell'una o dell'altra, invece l'ultimo costituisce la formalizzazione di una concordia bilaterale stipulata all'interno dell'*iter* processuale. Per avere valore, il § 2 dell'art. 78 prescrive che la *compositio* deve essere approvata dal Congresso e si può ritenere che questa conferma abbia la stessa natura ed efficacia di quella stabilita per la conciliazione nelle cause contenziose<sup>89</sup>. In-

---

<sup>86</sup> BENEDETTO XVI, *motu proprio Antiqua ordinatione. Lex propria* del Supremo tribunale della Segnatura apostolica, 21 giugno 2008, art. 78: «§ 1. *Quovis in stadio processus, liti finem imponere potest sive peremptio sive revocatio actus impugnantis sive renuntiatio sive compositio pacifica. §2. Compositio pacifica inter partes acta Congressus indiget probatione.*».

<sup>87</sup> Al contenzioso amministrativo non si applica il principio processuale «*lite pendente, nihil innovetur*» (can. 1512, 5° CIC), ma, al contrario, il principio della modificabilità degli atti amministrativi: l'autore dell'atto, infatti, non perde la capacità di emanare un nuovo provvedimento o di modificare o revocare quello impugnato. Con la revoca dell'atto viene a cessare la materia del contendere, per cui il segretario della Segnatura emette il decreto di lite finita. Se il ricorrente non è soddisfatto dalla revoca, può impugnarla con un altro ricorso (N. SCHÖCH, *Mediation und Vergleich im streitigen Verwaltungsverfahren*, cit., p. 534).

<sup>88</sup> Nel caso di rinuncia al ricorso dopo che sia avvenuta la notifica alle autorità amministrative interessate, la Segnatura apostolica, a norma del can. 1524, § 3, interpella sia l'autore dell'atto, sia il dicastero che l'ha confermato, o di cui si contesta l'inerzia, per chiedere se abbiano obiezioni al riguardo, dando un termine per rispondere. Scaduto il termine, se le autorità non hanno espresso opposizione, il segretario emette il decreto che accetta la rinuncia e dichiara la lite finita. Qualora invece il ricorso non sia stato ancora notificato alle autorità amministrative, le stesse non vengono interpellate ai fini dell'accettazione della rinuncia (N. SCHÖCH, *Mediation und Vergleich im streitigen Verwaltungsverfahren*, cit., p. 537).

<sup>89</sup> Art. 61, § 2 delle *Normae Romanae Rotae*. Sulla questione si rinvia all'esposizione svolta *supra* (cap. VI, § 1).

vece, le altre fattispecie di lite finita sono dichiarate con un decreto del segretario, da comunicare a tutti gli interessati<sup>90</sup>.

L'esame dei casi concreti mostra come siano più frequenti le soluzioni pacifiche delle controversie che si concludono in modo informale, dando luogo alla rinuncia dell'istanza da parte del ricorrente<sup>91</sup>, oppure che si perfezionano con un accordo raggiunto a seguito di un'attività stragiudiziale<sup>92</sup>, mentre risulta scarsamente se non per nulla applicata la *compositio pacifica* prevista dalla *lex propria*<sup>93</sup>. Si possono tuttavia ricordare due casi in cui la Segnatura apostolica è intervenuta con azioni finalizzate a promuovere direttamente la ricerca di un equo accomodamento, anche se successivamente per la mancata collaborazione di una o dell'altra parte non è stato possibile portare a compimento la *compositio pacifica*.

---

<sup>90</sup> Art. 78, § 3 della *Lex propria* del Supremo tribunale della Segnatura apostolica.

<sup>91</sup> Nella causa SSAT 39257/06 CA *Divisionis instituti religiosi*, la nuova superiora generale dell'istituto ricorrente rinuncia al ricorso al Collegio contro il decreto di rigetto del Congresso. Nella causa SSAT prot. n. 55233/20 CA *Provisionis officii parochi*, dopo il decreto di rigetto *in limine* del segretario della Segnatura per manifesta carenza di fondamento (18 novembre 2020), il vescovo diocesano invia una lettera al tribunale, con la quale comunica che il ricorrente rinuncia spontaneamente al ricorso contenzioso al Congresso, dal momento che i loro rapporti si sono riappacificati, per cui il segretario emette la dichiarazione di lite finita perché dalla lettera del vescovo «*pacifica solutio quaestionis clare patet*» (decreto del 25 novembre 2020). Anche nella causa SSAT prot. n. 55388/21 CA *Denuntiationis*, dopo il decreto di rigetto *in limine* del segretario (30 gennaio 2021) e l'impugnazione al Congresso da parte dei ricorrenti, viene emessa la dichiarazione di lite finita per la cessazione della materia del contendere (21 luglio 2022), dal momento che risulta già esaudita la richiesta dei ricorrenti di una investigazione in merito alla denuncia da loro presentata, anche se l'accordo transattivo sull'importo del risarcimento dei danni viene concluso successivamente (3 agosto 2022).

<sup>92</sup> Nella causa SSAT 33472/02 CA, *Praecepti a lite coram civili magistratu agitata recedendi*, la composizione si perfeziona con un accordo stragiudiziale, mentre nella causa SSAT 55570/21 VAR, *Denuntiationis*, viene raggiunta con un arbitrato. Sull'intervento della Segnatura apostolica per sollecitare la soluzione pacifica, si veda l'esposizione svolta appresso nel testo.

<sup>93</sup> La pubblicazione *L'attività della Santa Sede*, 1992, p. 1114, riferisce di un decreto del prefetto emanato nel Congresso del 13 febbraio 1992 che ha confermato l'avvenuta concordia: «*placet de compositione, ad mentem*» (SSAT prot. n. 22099/90 CA).

Il primo caso riguarda una vertenza molto complicata, che ha dato origine a più ricorsi contenziosi e per due di essi, allora ancora pendenti, la Segnatura apostolica ha assunto l'iniziativa di provare a trovare una composizione pacifica, emanando un decreto, firmato congiuntamente dal prefetto e dal segretario, per convocare le parti «*ad pacificae compositionis conamen experiendum*»<sup>94</sup>. Bisogna sottolineare come il provvedimento sia adottato in un'epoca in cui non era ancora vigente l'attuale *lex propria* della Segnatura apostolica, cosicché per giustificare questo atto di comparizione viene richiamato quale fondamento di diritto il canone del codice che prescrive in forma generale il dovere del giudice di impegnarsi attivamente per esortare le parti alla pacifica conciliazione, insieme alla norma delle precedenti *Normae speciales* che stabiliva, per quanto non contemplato espressamente, di applicare in via sussidiaria le regole generali *de processibus*<sup>95</sup>. Sotto il profilo poi della motivazione di fatto, si ricordano le condotte processuali delle parti che hanno invocato l'intervento del tribunale, sebbene solo il ricorrente si sia dimostrato favorevole a una possibile composizione, mentre il dicastero resistente abbia mantenuto il silenzio sul punto. In ogni caso, si chiarisce che il tentativo di conciliazione è promosso «*[p]rae oculis habito tantum animarum bonum atque Ecclesiae communionem fovendam*».

La successiva riunione delle parti con i loro avvocati si svolge alla presenza del prefetto e del promotore di giustizia deputato e quantunque nelle premesse il prefetto affermi che la Segnatura apostolica osservi una posizione di imparzialità e abbia sollecitato l'incontro «in vista di una pacifica conciliazione, di cui essere testimone»<sup>96</sup>, di fatto i due membri del tribunale giungono a svolgere un ruolo non solo di interlocuzione, ma anche di direzione e di proposizione. In effetti, all'inizio dell'udienza ciascuna delle parti viene invitata a

---

<sup>94</sup> SSAT prot. n. 31858/B/04 CA *Iudicati* e SSAT prot. n. 31858/C/04 CA, *Concessionis capituli electionis*, decreto c. Vallini, 22 luglio 2004.

<sup>95</sup> Viene citato il can. 1446, § 1 CIC, con un richiamo in via analogica anche dei cann. 1446, § 2 e 1733, § 2 e dell'art. 126 delle *Normae speciales in Supremo tribunali Signaturae apostolicae ad experimentum servandae*, del 25 marzo 1968.

<sup>96</sup> Processo verbale, 5 ottobre 2005.

esprimersi in merito alla «disponibilità a giungere ad una conciliazione» e a precisare «i termini principali della conciliazione che ciascuno può proporre», oltre che a indicare «la procedura che si propone di mettere in atto per giungere ad una conciliazione formalmente completa, che non potrà prolungarsi oltre alcune settimane». Successivamente, a seguito della discussione intervenuta tra gli avvocati del ricorrente e del dicastero, il promotore di giustizia cerca di trarre gli elementi comuni e propone una «pista di conciliazione» che il prefetto incoraggia a percorrere. Le parti esprimono dubbi e obiezioni a questo suggerimento, ma il prefetto e il promotore di giustizia chiariscono il senso di quella che considerano la «posizione intermedia» tra le opposte esigenze sostanziali e così sulla base di tale proposta si giunge a formalizzare la «mozione conciliativa» sulla quale si chiede alle parti di manifestare il loro punto di vista. Entrambe si riservano di consultare gli organi della propria istituzione prima di dare una risposta, ma laddove il ricorrente comunica dopo poco tempo l'accettazione della mozione, il dicastero, anche se sollecitato dal tribunale a esprimersi, rimane silente e determina pertanto il fallimento del tentativo di composizione pacifica<sup>97</sup>.

In un'altra causa la Segnatura apostolica segue una diversa strategia per promuovere una soluzione pacifica<sup>98</sup>. Invero, durante il ricorso gerarchico presso la Congregazione per il clero, nonostante gli inviti del dicastero a trovare una composizione della controversia intentata nel foro civile dall'ordinario e dall'amministratore parrocchiale nei confronti del presbitero che era stato il precedente amministratore parrocchiale, il vescovo diocesano si era sempre sottratto al dialogo, cosicché si era giunti al decreto di rigetto dell'istanza e successivamente al ricorso contenzioso avanti alla Segnatura apostolica. Nel frattempo, tuttavia, era stato cambiato il vescovo

---

<sup>97</sup> I due ricorsi sono stati successivamente rigettati: uno (SSAT prot. n. 31858/B/04 CA *Iudicati*) con decreto del Congresso *coram* Vallini, del 23 giugno 2005, l'altro (SSAT prot. n. 31858/C/04 CA, *Concessionis capituli electionis*) con sentenza definitiva del Collegio *coram* Echevarría Rodríguez, 18 marzo 2006: in questa pronuncia si pone la *mens* citata *supra* nella nota 80.

<sup>98</sup> SSAT prot. n. 47390/12 CA, *Renuntiationis causae civilis*.

diocesano e il segretario del Supremo tribunale assume l'iniziativa di scrivere una lettera al nuovo presule, con la quale suggerisce di valutare l'opportunità di risolvere in modo pacifico la contesa al di fuori del foro civile e chiede di informare la Segnatura dei risultati di questo sforzo. L'invito viene reiterato qualche mese dopo e infine, anche per il sollecito del magistrato civile, il vescovo con il vicario generale, da un lato, e il ricorrente, dall'altro, con i loro avvocati, si trovano per stilare una convenzione di conciliazione. Viene composta una prima bozza di accordo, cui segue una seconda bozza per tenere conto delle obiezioni del ricorrente, ma poi questi non firma la convenzione, perché non accetta di dover rinunciare ai ricorsi dallo stesso intentati nei confronti della diocesi e della Congregazione per il clero, in cambio della rinuncia dell'azione civile da parte del vescovo. Fallita pertanto la conciliazione, si giunge al decreto del Congresso che non ammette la causa *ad disceptationem* perché carente di fondamento e in ultimo, a seguito dell'impugnazione al Collegio, alla pronuncia definitiva che respinge il ricorso, ritenendo legittima l'azione presentata in sede civile dal vescovo e dall'amministratore parrocchiale<sup>99</sup>.

In altre due cause, invece, l'intervento della Segnatura apostolica è stato decisivo nell'indicare la strada da percorrere per trovare una soluzione pacifica, anche se la composizione della controversia viene siglata con un accordo stragiudiziale.

In un ricorso riguardante una lite civile tra due istituti religiosi contro il decreto della Congregazione per gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica che aveva intimato ai superiori generali dei due istituti di recedere dalla lite agitata avanti al magistrato civile e di accettare di risolvere la controversia con una mediazione o un arbitrato<sup>100</sup>, il prefetto della Segnatura apostolica, dopo l'introduzione del ricorso contenzioso, scrive ai vescovi delle diocesi coinvolte dall'oggetto della controversia per chiedere chiarimenti

---

<sup>99</sup> Decreto definitivo *coram* Rouco Varela, 15 gennaio 2016. I due decreti sono stati pubblicati in *Ius canonicum*, 61, 2021, 431-445.

<sup>100</sup> SSAT prot. n. 33472/02 CA, *Praecepti a lite coram civili magistratu agitata recedendi*, già citata *supra* nelle note 62, 64 e 92.

e successivamente, su mandato dello stesso prefetto, si tiene un incontro tra il promotore di giustizia del Supremo tribunale, il promotore di giustizia deputato e il vicario giudiziale del tribunale diocesano di una delle diocesi interessate per esaminare le possibilità di risolvere equamente la questione, evitando di proseguire il giudizio in sede civile<sup>101</sup>. Nonostante i dubbi e i rallentamenti avanzati dalla parte ricorrente, il dicastero e i vescovi diocesani insistono a sospendere la lite civile e a ritenere preferibile la via della composizione pacifica<sup>102</sup>. Alla fine la superiora generale acconsente di percorrere la strada della conciliazione, ma solo con lo strumento della mediazione, non con l'arbitrato, volendo riservarsi la facoltà di valutare se accettare o meno la soluzione finale. Il dicastero giunge così a nominare con decreto i componenti della Commissione incaricata di offrire una mediazione «*ab utraque parte acceptandam*»<sup>103</sup>. Quantunque i superiori dei due istituti religiosi e i loro consigli abbiano accolto positivamente la nomina della Commissione, le trattative si protraggono lentamente, per varie difficoltà sollevate dalle parti, e dato che nelle more della conciliazione non è stato sospeso il ricorso contenzioso si giunge «*perdurantibus conciliationis conaminibus*» all'emissione in Congresso del decreto di rigetto dell'istanza per mancanza di fondamento<sup>104</sup>. Dopo il decreto, peraltro, le parti si convincono finalmente ad approvare l'accomodamento formula-

---

<sup>101</sup> Il vicario giudiziale sottolinea lo scandalo suscitato tra i fedeli per la causa civile tra due istituti religiosi di diritto pontificio circa un bene patrimoniale, oltre all'effetto negativo della lite nei rapporti tra la Chiesa e lo Stato (Processo verbale, 11 settembre 2002).

<sup>102</sup> In una lettera i presuli affermano che per ragioni di giurisdizione non si possa trasmettere la causa a un tribunale ecclesiastico diocesano, dato che la competenza è del giudice civile, ma ritengono comunque preferibile la strada della nomina di una Commissione arbitrale, elencando tra i motivi principali la brevità del tempo, le minori spese, l'applicazione del criterio di equità, il rispetto del segreto, e non da ultimo l'osservanza del precetto di *1 Cor* 6, 1.

<sup>103</sup> Decreto della Congregazione per gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica del 20 marzo 2003.

<sup>104</sup> SSAT decreto *coram* Pompedda del 20 ottobre 2003. Sulla *mens* aggiunta al decreto si veda quanto esposto *supra*, nota 64.

to dalla Commissione e concluso con la firma dell'accordo stragiudiziale siglato con atto notarile<sup>105</sup>.

Un ultimo intervento della Segnatura apostolica interessante da ricordare è quello avvenuto in una questione non introdotta da un ricorso contenzioso-amministrativo, bensì da una domanda di chiarimento da parte di un vescovo diocesano, il quale interpella il Supremo tribunale per chiedere come procedere dopo aver ricevuto da un presbitero una denuncia con richiesta di avvio di una indagine previa per un delitto di falso a carico di un altro presbitero, a motivo di un'accusa di abuso sessuale mossa nei confronti del denunciante e poi risoltasi con una archiviazione<sup>106</sup>. Ricevuta la richiesta, il segretario del Supremo tribunale scrive al nunzio apostolico del Paese, oltre che per ricevere la necessaria documentazione, anche per richiedere un parere e il nunzio rileva la non opportunità di incaricare della questione il tribunale diocesano o quello del metropolita<sup>107</sup>, ma, per favorire una conciliazione, propone di chiedere a un altro tribunale interdiocesano di provare a risolvere la controversia in forma stragiudiziale con un arbitro. La proposta viene accolta dal segretario della Segnatura<sup>108</sup> e con l'approvazione dell'arcivescovo moderatore di quel tribunale, si svolge l'arbitrato avanti al vicario giudiziale e a due assessori, con la partecipazione dei due presbiteri e del loro vescovo diocesano. Dopo aver raccolto le istanze di tutte le parti e la relativa documentazione, la pronuncia espone le conclusioni circa la valutazione giuridica della questione e i necessa-

---

<sup>105</sup> L'accordo di natura transattiva viene perfezionato il 4 novembre 2004, ma la conclusione definitiva di tutte le questioni problematiche tra le parti viene comunicata dal vicario giudiziale al prefetto della Segnatura con lettera del 14 febbraio 2006.

<sup>106</sup> SSAT prot. n. 55570/21 VAR, *Denuntiationis*. Prima di rivolgersi alla Segnatura il vescovo aveva già chiesto al metropolita di intercedere tra i due presbiteri per cercare una composizione, ma il tentativo non era riuscito.

<sup>107</sup> Lettera del 2 giugno 2021. Il nunzio riferisce, a proposito del tribunale ecclesiastico interdiocesano del luogo, che entrambi i presbiteri coinvolti hanno espresso critiche nei confronti del vescovo diocesano che fa parte di quel tribunale, mentre l'arcivescovo metropolita non ritiene di essere competente ad avviare un processo in cui sarebbe implicato un suo suffraganeo.

<sup>108</sup> Lettera del 28 giugno 2021 al nunzio apostolico.

ri adempimenti per rispondere alle attese del presbitero denunciante<sup>109</sup>. Pur avendo il denunciante sollevato alcune critiche, alla fine dopo qualche mese le parti arrivano a dichiarare di sottomettersi alla decisione arbitrale e il vescovo diocesano esegue le misure richieste, giungendo così a porre termine alla controversia<sup>110</sup>.

L'analisi sopra esposta mostra, in definitiva, il costante impegno del Supremo tribunale della Segnatura apostolica per cercare di raggiungere una *compositio pacifica*, per quanto sia possibile nelle circostanze concrete della causa ormai al secondo se non al terzo grado di procedimento contenzioso. Proprio queste possibilità effettive di risolvere equamente la controversia pure nel corso del giudizio presso la Sede apostolica richiedono un utilizzo consapevole delle pratiche di conciliazione che sappiano rispettare le condizioni essenziali per garantirne un'applicazione efficace, con maggiori aspettative di un esito positivo. A tal fine si sottolinea nuovamente l'importanza di una adeguata regolamentazione che prescriva le misure da adottare e le procedure da seguire per svolgere in forma corretta e fruttuosa i tentativi di conciliazione.

In particolare, prendendo spunto dalle cause esaminate in precedenza, si possono sottolineare alcune anomalie che possono essere controproducenti, in quanto non facilitano il raggiungimento di una soluzione condivisa, ovvero rendono più complicato, lungo e incerto il percorso per concludere la lite.

Dal primo punto di vista, si evidenzia la necessità di evitare che il tentativo di conciliazione sia diretto personalmente da chi sia investito del ruolo di giudice o comunque rivesta una funzione pub-

---

<sup>109</sup> Sentenza arbitrale del 17 agosto 2022. La pronuncia ritiene che non ci sia stata una violazione illegittima della buona fama del presbitero, ma sia comunque necessario ripristinare la sua onorabilità, per cui richiede al vescovo diocesano di adottare alcune misure: pubblicare un nuovo comunicato stampa più esaustivo nel chiarire la completa assoluzione del presbitero dalle accuse; avviare un'indagine previa per il delitto di falso; pagare tutte le spese processuali.

<sup>110</sup> Lettera del nunzio apostolico del 21 aprile 2023 con cui annuncia il felice esito dell'arbitrato.

blica nella struttura del giudizio<sup>111</sup>. Affinché l'interposizione sia veramente imparziale e attenta alle reali esigenze delle parti, bisogna che le attività di mediazione siano gestite da un soggetto indipendente, non coinvolto nel giudizio e capace di ascoltare e comprendere le diverse istanze, per far emergere da queste la soluzione compositiva, eventualmente dedicando al dialogo e al confronto anche più incontri. Per contro, non risulta altrettanto rispettoso di un'autentica conciliazione, che il giudice della causa pretenda di concludere le trattative in un'unica seduta e di fronte alle divergenze nelle richieste delle parti avanzi una propria proposta, che deriva da una personale interpretazione della questione, e per di più definisca autoritativamente la mozione conciliativa, imponendo alle parti la scelta tra accettare questa soluzione oppure far fallire la composizione.

Dal secondo punto di vista, poi, si rileva l'importanza di seguire una procedura chiara e semplice, adottando correttamente gli strumenti giuridici idonei a responsabilizzare le parti all'osservanza dell'accordo. Così, occorre essere consapevoli della differenza tra il rimedio della transazione e quello dell'arbitrato, in modo da evitare ambiguità che rendono più difficile la conclusione della lite, tanto nella terminologia quanto nella procedura<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Come è avvenuto nelle cause SSAT prot. n. 31858/B/04 CA *Iudicati* e SSAT prot. n. 31858/C/04 CA, *Concessionis capituli electionis*.

<sup>112</sup> Sotto questo profilo si può riscontrare qualche incertezza nell'arbitrato svolto a margine della causa SSAT prot. n. 55570/21 VAR, *Denuntiationis*. Nonostante la pronuncia finale si definisca come 'sentenza arbitrale', il vicario giudiziale asserisce di agire come giudice istruttore insieme a due assessori, le conclusioni sono esposte come 'risposte ai dubbi', senza alcun dispositivo finale, ma anzi la pronuncia termina con un invito alle parti a riconciliarsi per sanare il dissidio, come se la sentenza non avesse già valore vincolante nel dettare la soluzione al conflitto. Tale equivoco ha portato inevitabilmente all'allungamento dei tempi di raggiungimento della concordia, dal momento che si è aspettata la sottomissione volontaria delle parti alla sentenza arbitrale prima di poter considerare finita la controversia.

## CAP. XI

### LA *PETITIO PRAEVIA*

#### 1. *La natura ambivalente della petizione preventiva*

L'altro strumento previsto dal codice come modalità di attuazione del principio di riconciliazione è la *petitio*, ossia la richiesta di revoca o di modifica dell'atto, che si deve obbligatoriamente presentare all'autorità che l'ha emanato, al fine di poter introdurre successivamente il ricorso al superiore gerarchico<sup>1</sup>. Nel delineare questa forma di istanza, i consultori si sono ispirati alla tradizione risalente che riconosceva diverse modalità di *supplicationes* che avevano come caratteristica comune la facoltà di rivolgersi all'autore di un provvedimento per contestarlo e chiederne le opportune correzioni<sup>2</sup>. In realtà, la *petitio praevia* delineata dal codice presenta tratti peculiari che la distinguono dagli esempi storicamente antecedenti e la configurano come un istituto del tutto nuovo. Basti considerare infatti come, a differenza delle *supplicationes* riconosciute dalla tradizione, la *petitio* introdotta dal can. 1734 è imposta come condizione preliminare e obbligatoria per poter successivamente esperire il ricorso gerarchico; inoltre, viene sottoposta al termine perentorio di dieci giorni utili e può produrre effetti sospensivi nei casi stabiliti dalla normativa; infine, il silenzio protratto per trenta giorni non viene considerato un'implicita accettazione del reclamo, bensì fa decorrere i nuovi termini perentori per proporre l'impugnazione dell'atto al superiore gerarchico.

---

<sup>1</sup> Cann. 1734-1735 CIC; can. 999 CCEO. La petizione previa non è necessaria nei casi espressamente eccettuati dal can. 1734, § 3 CIC e dal can. 999, § 2 CCEO. Per le decisioni dei dicasteri della Curia romana il *Regolamento generale* distingue a seconda della tipologia: se riguardano la definizione di una controversia, la richiesta preventiva di revoca o di modifica del provvedimento è facoltativa (art. 134, § 2), mentre per le altre disposizioni la richiesta è obbligatoria (art. 135, § 1).

<sup>2</sup> Si veda l'analisi svolta *supra*, cap. VII, § 1.

Per la somiglianza con le fattispecie più antiche, peraltro, la dottrina e la giurisprudenza denominano variamente l'istanza del can. 1734 come *remonstratio*<sup>3</sup>, o *supplicatio*<sup>4</sup>, o anche *oppositio*<sup>5</sup> o *beneficium novae audientiae*<sup>6</sup>, ma sembra più corretto, per non indurre a ingiustificate analogie, rispettare la dicitura letterale della stessa norma e chiamarla semplicemente *petitio* o *petitio praevia*<sup>7</sup>.

Già si è visto come nei lavori di elaborazione dello *schema 'de procedura amministrativa'* questa richiesta preventiva sia stata presentata come uno strumento diretto a favorire la risoluzione pacifica delle controversie sorte dagli atti amministrativi, tanto che, per certi aspetti, viene a sovrapporsi con l'altra modalità di composizione amichevole prevista dal § 1 del can. 1733. Lo stesso codice latino viene a confondere le due procedure, nel punto in cui precisa che

---

<sup>3</sup> Il termine viene usato dalla giurisprudenza della Segnatura apostolica e in dottrina da P. GHERRI, *L'autotutela amministrativa*, cit., p. 60; ID., *Petitio, remonstratio, exceptio: cenni esplorativi sui modi di non-esecuzione degli atti amministrativi singolari*, in *Ius Ecclesiae*, 27, 2015, pp. 350-351; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 45-47.

<sup>4</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 378; E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 123-124; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 459.

<sup>5</sup> P. CIPROTTI, *L'opposizione al provvedimento amministrativo*, cit., p. 743; F. D'OSTILIO, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, pp. 468-471.

<sup>6</sup> Il termine viene applicato, seguendo la tradizione, alle istanze di revisione presentate nei confronti delle decisioni dei dicasteri della Curia romana. Richiamando i precedenti storici E. LABANDEIRA (*Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 483) distingue in merito alle fattispecie previste dal *Regolamento generale della Curia romana* tra il *beneficium novae audientiae*, quale richiesta di nuova considerazione della causa che può essere presentata facoltativamente nei riguardi di una decisione che definisce una controversia (art. 134, § 2) e la *supplicatio*, quale fase previa dell'impugnazione nei riguardi degli altri provvedimenti, che ha natura analoga a quella prevista dal can. 1734 del codice (art. 135, § 1). Utilizza invece in entrambe le fattispecie il termine di *beneficium novae audientiae* G.P. MONTINI, *I ricorsi amministrativi presso il Supremo tribunale della Segnatura apostolica*, in *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Glossa, Milano, 1999, pp. 97-100.

<sup>7</sup> Usano di preferenza la denominazione generica di 'richiesta' anche *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 353-357; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 725-727.

l'attività dell'ufficio o consiglio di conciliazione debba operare principalmente «*cum revocatio decreti petita est ad normam can. 1734*»<sup>8</sup>.

Entrambi gli istituti hanno come presupposto la percezione nella sfera personale di un *gravamen* come conseguenza di un atto amministrativo singolare, che induce il soggetto interessato a contestare il provvedimento presso l'autorità che l'ha emanato, chiedendo di trovare una soluzione che rimuova l'effetto negativo. Diversamente dalla conciliazione, tuttavia, nella *petitio praevia* i codici configurano un collegamento funzionale con il ricorso gerarchico, stabilendo che la richiesta di revoca o di modifica dell'atto costituisca il passo previo per la successiva introduzione dello strumento contenzioso. Parrebbe quindi di dover dedurre che le ragioni a sostegno della rimostranza preliminare debbano essere le medesime che nella fase ulteriore possono legittimare l'istanza al superiore gerarchico. Peraltro, considerando la portata molto ampia con cui viene inteso il «*quodlibet iustum motivum*» richiesto per il ricorso gerarchico, i requisiti della situazione giuridica da tutelare nella *petitio praevia* risultano di fatto tendenzialmente coincidenti con quelli della conciliazione libera e spontanea: un interesse personale e diretto a rimuovere o riparare gli effetti dannosi di un atto amministrativo imperfetto o non corretto per motivi di merito o di legittimità<sup>9</sup>.

Nonostante gli elementi in comune, tuttavia, i due rimedi presentano caratteristiche molto diverse. Mentre nella conciliazione, come si è visto, le trattative e il successivo accordo si svolgono almeno formalmente su di un piano di parità tra le parti, senza distinzione di ruoli e senza attribuire all'una una posizione di superiorità rispetto all'altra, invece la *petitio praevia* è regolata come una fase preliminare e necessaria del procedimento di introduzione del ricorso gerarchico, con una disparità di posizioni tra il ricorrente e l'autorità amministrativa interpellata, tanto procedurale quanto sostanziale. Il ricorrente, ossia colui che si sente pregiudicato da un atto amministrativo, è tenuto a presentare la richiesta di modifica entro i

<sup>8</sup> Can. 1733, § 3 CIC.

<sup>9</sup> Si rinvia a quanto esposto *supra* (cap. X, § 2.1) per la conciliazione.

termini fissati, non avendo altro modo per tutelare i propri interessi; l'autorità amministrativa, per contro, gode del potere discrezionale di valutare se accettare o meno le contestazioni e di decidere come eventualmente correggere le proprie disposizioni, potendo al limite stabilire di non apportare alcuna modifica, nella certezza che il suo provvedimento resterebbe comunque valido ed esecutivo se il ricorrente non intraprende i passi ulteriori nel ricorso contenzioso.

Per giunta, i due strumenti della conciliazione e della *petitio praevia* non sono posti dal codice come alternativi, così da lasciare agli interessati la scelta se ricorrere all'uno o all'altro, ma l'impostazione del sistema attribuisce un trattamento preferenziale e un ruolo di prevalenza alla procedura amministrativa avanti all'autore dell'atto, piuttosto che al libero patteggiamento tra le parti. Ciò è evidente non solo per la constatazione che il tentativo di conciliazione viene considerato come meramente facoltativo, mentre la richiesta di revisione è imposta come obbligatoria per poter successivamente presentare il ricorso gerarchico, ma anche perché l'eventuale esperimento dell'uno non sottrae alla necessità di inoltrare comunque l'altra, tanto che non si viene neppure a sospendere il computo del termine perentorio per la sua presentazione<sup>10</sup>. Pertanto, al ricorrente si impone l'onere, se non vuole perdere la possibilità di impugnare l'atto nel caso che le trattative per l'accomodamento non vadano a buon fine, di introdurre '*ad cautelam et modo hypothetico*' sia la *petitio* all'autore dell'atto, sia successivamente il ricorso al superiore gerarchico, se la conciliazione dovesse protrarsi ulteriormente<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Il can. 1734, § 2 CIC stabilisce per la presentazione della *petitio praevia* il termine, definito perentorio, di dieci giorni utili dalla legittima intimazione del decreto e il can. 1733, § 3 CIC richiama tale termine nel prevedere la possibilità di esperire il tentativo di conciliazione quando non siano scaduti i termini per ricorrere. Considerata la brevità del termine, il disposto sembra una restrizione ulteriore alla possibilità di riuscita della conciliazione.

<sup>11</sup> Qualora poi si raggiunga effettivamente la composizione pacifica, il ricorrente può rinunciare all'istanza o chiedere la dichiarazione di lite finita per cessazione della materia del contendere. Si veda in tal senso SSAT, prot. n. 36007/04 CA, decreto definitivo *coram* Mussinghoff, 28 maggio 2007 (citato da G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 29-30).

Dalle predette osservazioni emerge una certa ambiguità nel rapporto tra i due istituti: se da un lato condividono parzialmente la finalità di promuovere il dialogo tra l'autorità e i fedeli per cercare di risolvere pacificamente le divergenze sul contenuto dell'atto, dall'altro, risultano avere una struttura e una funzione ben differenti. Non possono pertanto essere ritenuti pienamente intercambiabili, né pare privo di rilevanza il modo in cui il sistema di giustizia amministrativa attribuisca precedenza all'uno piuttosto che all'altro, dato che la conciliazione rappresenta uno stile più consensuale e partecipativo nella risoluzione delle controversie; la *petitio praevia*, invece, si ispira a una impostazione più autoritaria, che rimette alla valutazione discrezionale dell'autore dell'atto la convenienza o meno di modificare il provvedimento.

In realtà, la *petitio praevia*, per come viene regolata dai codici, si presenta alla stregua di un istituto ibrido e ambivalente, che combina insieme i caratteri sia della rimostranza, quale forma di contestazione dell'atto che viene promossa dall'interessato prima dell'impugnazione in sede contenziosa per cercare di trovare una soluzione che ponga fine al conflitto<sup>12</sup>, sia della revoca o della modifica volontaria ad opera dell'autorità amministrativa, che può essere sempre attuata, anche autonomamente e senza alcun impulso di parte, per correggere o migliorare le disposizioni precedentemente assunte<sup>13</sup>. Quantunque sia attivata da una domanda di un singolo che si senta danneggiato dal provvedimento, la revisione

---

<sup>12</sup> Sotto questo profilo, si può riscontrare una analogia con il ricorso in opposizione o la richiesta di revisione, previsti negli ordinamenti statuali come rimedi di ADR esperibili nei confronti dell'autore dell'atto contestato, ma che sono criticati dalla dottrina amministrativistica in quanto non garantiscono la necessaria imparzialità dell'organo decidente e l'equità della procedura, essendo ispirati a una logica autoritaristica: si vedano le più ampie riflessioni svolte *supra*, cap. IX, § 3.2.

<sup>13</sup> Sotto quest'altro profilo rientra tra le misure di autotutela che l'autorità amministrativa può sempre adottare per rimediare a un provvedimento risultato successivamente inadeguato, in forza del principio di permanente riformabilità degli atti amministrativi. Sulla diversa logica delle forme di autotutela, ispirate a criteri autoritaristici di prevalenza dell'interesse pubblico, rispetto alle misure di giustizia, che assicurano una tutela più paritetica, si veda *supra*, cap. IX, § 3.2, nota 52.

dell'atto che dovrebbe conseguire a questa istanza consente di perseguire obiettivi che trascendono le esigenze individuali e che attengono al corretto esercizio della funzione di buona amministrazione. Sollecitata infatti dalla *petitio* del fedele che evidenzia le criticità dell'atto, non necessariamente vizi di invalidità o di legittimità ma anche motivi di inadeguatezza o di inopportunità delle disposizioni rispetto alle situazioni concrete, l'autorità amministrativa è indotta a rivedere quanto stabilito in precedenza, a integrare possibili lacune nelle informazioni assunte nel procedimento di formazione, a tenere conto delle esigenze coinvolte prima non considerate o non sufficientemente valorizzate, e infine a correggere eventuali errori sia nell'accertamento dei fatti, sia nella valutazione del modo migliore di provvedere<sup>14</sup>.

Entrambi questi aspetti, la rimostranza ai fini conciliativi e la revisione per migliorare l'atto, sono coesenziali nella configurazione normativa della *petitio praevia*. All'ambivalenza dell'istituto, tuttavia, è sottesa una contraddizione intrinseca tra le due prospettive con cui viene impostato il procedimento di revisione dell'atto: bilaterale e dialogica quella centrata sulla risoluzione del conflitto su istanza di parte, unilaterale e potestativa quella ispirata alla revisione dell'atto per autonoma volontà dell'autorità amministrativa. Nella regolamentazione basata sui codici, peraltro, la seconda tende a prevalere sulla prima, come si può evincere dal modo in cui viene disciplinata la presentazione della rimostranza, da un lato, e dalle conseguenze che sono ricondotte alla sua eventuale omissione, dall'altro.

---

<sup>14</sup> P. GHERRI (*L'autotutela amministrativa*, cit., p. 39) individua come *ratio* dell'istituto la possibilità di una migliore ponderazione dell'atto a seguito di un adeguato coinvolgimento del destinatario, che porta a un comune «ingaggio» tra l'autorità e il fedele interessato a servizio della missione ecclesiale. In questa prospettiva, l'autore considera la *remonstratio* una fase straordinaria di discernimento forzoso per promuovere la rimodulazione della decisione (*ivi*, p. 68).

## 2. *La prevalenza dell'impostazione autoritativa*

Come si è detto, la *petitio praevia* all'autore dell'atto è configurata alla stregua di una fase preliminare del ricorso gerarchico, ma alla stessa non può essere riconosciuta la natura di ricorso vero e proprio<sup>15</sup>, inteso come un'impugnazione dell'atto espressa in base a giustizia e con obbligo di risposta, piuttosto che come un'istanza rivolta alla mera benevolenza dell'autorità. A differenza del ricorso gerarchico, infatti, a chi propone la *petitio* non si riconosce il diritto a ottenere una pronuncia in merito alla propria domanda, in quanto l'autorità non è tenuta a rispondere in alcun modo, potendo restare del tutto silente e passiva, senza che siano previste sanzioni o conseguenze negative riconducibili a questo atteggiamento. Nei confronti dell'autorità, pertanto, la *petitio* non vale a costituire un effettivo contraddittorio, dato che non impone il dovere di fare alcunché<sup>16</sup>; né di prendere posizione, né di avviare qualsivoglia forma di dialogo. Gli unici effetti necessari collegati dal diritto alla richiesta sono la possibile sospensione dell'esecuzione del provvedimento<sup>17</sup> e la legittimazione del proponente a presentare successiva-

<sup>15</sup> E. BAURA, *il ricorso gerarchico*, cit., p. 124; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 459; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 686; *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 353; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., p. 124.

<sup>16</sup> La posizione di P. CIPROTTI (*L'opposizione al provvedimento amministrativo canonico*, cit., 743) è solo apparentemente diversa, in quanto qualifica l'opposizione come ricorso amministrativo per rimarcare la differenza con la rimostranza libera a riguardo di chi sia legittimato a presentare l'istanza: mentre la rimostranza libera può essere presentata da chiunque abbia un qualsiasi interesse, l'opposizione, come passo preliminare al ricorso gerarchico, deve essere introdotta da chi si senta danneggiato e voglia successivamente proporre l'impugnativa al superiore gerarchico. Nella sostanza, peraltro, l'autore conferma che l'autorità interpellata dall'opposizione non ha alcun «dovere giuridico di provvedere accogliendola o respingendola, ma solo un dovere morale di vedere se è possibile raggiungere una soluzione non contenziosa» (*ivi*, p. 749).

<sup>17</sup> Nei casi particolari stabiliti tassativamente dal diritto, l'effetto sospensivo si produce automaticamente in virtù della sola proposizione della *petitio* (cann. 1736, § 1 CIC; can. 1000, § 1 CCEO). In genere, invece, si ritiene implicita nella rimostranza anche la domanda di sospensione, per cui l'autorità amministrativa interpellata è chiamata a decidere entro dieci giorni se concedere o no la sospensione.

mente il ricorso gerarchico dopo che per trenta giorni non si è ricevuta alcuna risposta<sup>18</sup>.

Il rilievo che la *petitio* non comporti alcun dovere dell'autorità di rispondere all'istanza evidenzia come questo rimedio sia in realtà poco funzionale allo scopo di promuovere la riconciliazione pacifica, in quanto l'autorità può sottrarsi agevolmente all'invito di evitare i conflitti e di cercare un'equa composizione. Per come viene regolata dai codici, quindi, sembra che l'obiettivo realmente garantito dalla rimostranza sia non tanto favorire la conciliazione, quanto assicurare all'autore dell'atto amministrativo di essere informato dell'intenzione di chi se ne senta danneggiato di contestare il provvedimento nelle sedi competenti. L'autorità così avvertita, pertanto, può valutare se rivedere quanto disposto, accettando il confronto con il ricorrente, oppure mantenere ferma la propria posizione e prepararsi all'eventuale contenzioso<sup>19</sup>. Si arriva in definitiva ad attribuire una condizione di vantaggio a favore dell'autorità amministrativa, che diviene arbitra nel decidere se intraprendere o meno la procedura diretta a cercare la conciliazione.

Tale privilegio viene ad aggravare la disparità di posizioni che già risulta implicita nel contraddittorio relativo alla giustizia amministrativa, sia per la posizione di preminenza gerarchica dell'autori-

---

Qualora la sospensione non venga ordinata entro quel termine, l'interessato può rivolgersi al superiore gerarchico, il quale, a sua volta, può concederla «*gravibus tamen de causis et cauto semper ne quid salus animarum detrimenti capiat*» (can. 1736, § 2 CIC; can. 1000, § 2 CCEO).

<sup>18</sup> Il can. 1735 CIC, come il can. 1001, § 2, 1° CCEO, stabilisce che se siano trascorsi trenta giorni senza che l'autorità abbia deciso alcunché, dal trentesimo giorno iniziano a decorrere i termini per presentare il ricorso gerarchico. Diversamente dal can. 57, § 3 CIC, la norma non ricollega all'inerzia la presunzione di una risposta negativa, ma prevede solo la conseguenza di consentire al *petitor* di proseguire il contenzioso avanti al superiore gerarchico. Se invece l'autorità risponde in qualche modo alla *petitio*, ma il *petitor* non si ritenga soddisfatto, perché le sue richieste sono state rigettate o solo parzialmente accolte, può ricorrere contro il nuovo provvedimento.

<sup>19</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 354; P. CIPROTTI, *L'opposizione al provvedimento amministrativo canonico*, cit., p. 743; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 459; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 725; F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., p. 125.

tà amministrativa, sia per la presunzione di validità e di correttezza del provvedimento amministrativo. Con tale presunzione, infatti, si garantisce l'operatività delle disposizioni amministrative e si riversa in capo al ricorrente l'onere di dimostrare l'esistenza di eventuali vizi di merito o di legittimità. L'autorità, in definitiva, non è incentivata a cercare una soluzione pacifica alla controversia, perché è rassicurata dal fatto che, se pure resta affatto passiva, il provvedimento rimane intatto e in certi casi anche esecutivo.

Quand'anche l'autore dell'atto sia disponibile ad ascoltare le istanze del ricorrente e a ricercare un'equa composizione, come sembra sollecitare il can. 1733, § 3<sup>20</sup>, in realtà dal modo in cui viene regolata la *petitio praevia* emerge la debole operatività di questo rimedio in ordine alla conciliazione. Si possono ricordare in particolare le disposizioni riguardanti la forma in cui si prevede che debba essere presentata la *petitio* e il tempo stabilito per la possibile trattazione.

Come si è visto, la richiesta deve essere formulata nel termine perentorio di dieci giorni utili<sup>21</sup> dalla comunicazione dell'atto, e già questo periodo di tempo molto breve può costituire un ostacolo alla stesura di una istanza meditata<sup>22</sup>. In più, quale unico requisito formale si stabilisce che la domanda di riforma debba essere redatta in forma scritta<sup>23</sup>, senza esigere che sia corredata da alcuna argomen-

<sup>20</sup> Il can. 1733, § 3 CIC auspica che si ricorra all'*officium vel consilium* costituiti a livello locale (previsti nel § 2 della stessa norma) «*praecipue ... cum revocatio decreti petita est ad normam can. 1734*».

<sup>21</sup> I dieci giorni utili sono calcolati a partire dalla legittima notifica dell'atto amministrativo e in base alla nozione di «*tempus utile*» (can. 201, § 2 CIC), ossia che non decorre fino a quando l'interessato non è venuto a conoscenza dell'atto (e secondo alcuni anche della possibilità di ricorrere) e viene sospeso se risulta impossibilitato ad agire, fisicamente o moralmente.

<sup>22</sup> L'autore dell'atto cui è indirizzata la *petitio* può tuttavia prendere in considerazione l'istanza anche se viene presentata dopo questo termine (E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 460; G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 70, nota 34).

<sup>23</sup> Non è necessario un atto solenne, ma è possibile una redazione in forma semplice, anche per lettera o fax o in via telematica, purché sia possibile desumere la prova della data di ricevimento da parte dell'autorità, ai fini del decorso del

tazione idonea a giustificare le contestazioni<sup>24</sup>. Questa caratteristica rappresenta, a ben vedere, una anomalia dell'istituto, perché se da un lato può favorire il ricorrente nel non imporre adempimenti eccessivi o gravosi da completare nel giro di pochi giorni, dall'altro può risultare controproducente rispetto al fine conciliativo: invero, sembra ragionevolmente difficile pretendere che l'autorità amministrativa prenda seriamente in considerazione una rimostranza priva di alcuna motivazione.

Un altro ostacolo alla possibile ricerca efficace della conciliazione è dato dal tempo ristretto previsto per la durata del confronto e la pronuncia della decisione. Il can. 1735, infatti, stabilisce che allo scadere del trentesimo giorno, se non è stato emesso alcun nuovo decreto, inizia a decorrere il termine perentorio di quindici giorni per presentare il ricorso gerarchico. Pertanto, anche se la procedura di conciliazione è ancora in corso, il *petitor* prudente deve comunque proporre l'impugnazione '*ad cautelam et modo hypothetico*' contro la mancata risposta, per evitare di decadere dal diritto di azione se il confronto non riesca poi a raggiungere un esito positivo. Ma in un termine così breve di trenta giorni pare alquanto difficile, se non improbabile, che si riesca a valutare con sufficiente ponderazione le

---

termine per rispondere ex can. 1735 CIC, e sia espressa chiaramente la domanda di revoca o di modifica dell'atto. Dato che la norma non richiede *ad validitatem* la forma scritta, sembra possibile persino una presentazione orale, a condizione che si possa dimostrare in foro esterno che l'istanza sia stata effettivamente proposta (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 378).

<sup>24</sup> Secondo l'intenzione del *Coetus* incaricato della stesura dello *schema 'de procedura amministrativa'*, esplicitata da P. CIPROTTI (*L'opposizione al provvedimento amministrativo*, cit., p. 747), si sono voluti ridurre al minimo i requisiti di validità della *petitio* per non gravare di oneri eccessivi il ricorrente, tenuto a presentare la richiesta in breve tempo, e per evitare di dover dichiarare nullo un adempimento importante ai fini procedurali, dal momento che interrompe i termini per ricorrere e consente di proporre successivamente i ricorsi contenziosi. Peraltro, lo stesso autore sottolinea che la richiesta «può certo essere praticamente più efficace, se è motivata in modo da convincere l'autore dell'atto della necessità od opportunità della revoca o modifica» (*ibidem*).

diverse esigenze per giungere a decidere se accogliere o rigettare le richieste di modifica<sup>25</sup>.

Il rischio, quindi, è che questa *petitio* sia considerata, dal punto di vista del fedele gravato dall'atto, anziché uno strumento utile a promuovere la riconciliazione, una mera formalità per interrompere i termini perentori e consentire l'introduzione del ricorso gerarchico; una formalità che si traduce in un allungamento e in un aggravio ulteriore del procedimento necessario per giungere a impugnare il provvedimento lesivo<sup>26</sup>. Dal punto di vista dell'autorità, invece, viene intesa come un'occasione per rivedere l'atto, ma solo quando se ne riscontri la convenienza o l'opportunità in base a un proprio discernimento discrezionale e senza essere tenuta al rispetto di alcun obbligo.

La sostanziale libertà riconosciuta all'autorità nel valutare se procedere o meno al confronto sull'atto è un aspetto di stampo autoritario che emerge anche nella rilevanza che viene attribuita alla mancata presentazione della rimostranza in sede di ricorso gerarchico.

Come si è evidenziato, la *petitio praevia* costituisce un presupposto preliminare e necessario per proporre poi il ricorso gerarchico, per cui la sua omissione fa perdere all'interessato il diritto di impugnare il provvedimento e legittima il superiore gerarchico a dichiarare improcedibile l'istanza e a rigettare il ricorso<sup>27</sup>. Nondimeno, si ammette una certa discrezionalità da parte dell'autorità nel decidere se far valere o meno la perentorietà di questo adempimento, tanto da poter scegliere di trattare ugualmente il ricorso anche se non è stata interposta la *petitio praevia* e sono trascorsi i termini per la sua

---

<sup>25</sup> L'obiezione era già stata tenuta presente nei lavori di revisione della normativa, tanto che nel quinto *schema* era stata introdotta la facoltà dell'autorità di prorogare il tempo di trattazione fino a un massimo di ulteriori tre mesi. Questa possibilità è stata tuttavia espunta nel 1979 da parte del *Coetus De processibus* (si veda *supra*, cap. VII, § 2.5).

<sup>26</sup> Secondo G.P. MONTINI (*I ricorsi gerarchici*, cit., p. 48) la prassi e l'esperienza rilevano la scarsa efficacia della rimostranza ai fini della conciliazione.

<sup>27</sup> Sul punto la giurisprudenza appare pacifica: si vedano le pronunce del Supremo tribunale della Segnatura apostolica citate da G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 49-50.

presentazione<sup>28</sup>. Tale facoltà viene affermata espressamente dalla giurisprudenza comune della Segnatura apostolica nei riguardi dei dicasteri della Curia romana, ma, per considerare la decisione sul ricorso idonea a essere esaminata anche dal Supremo tribunale, si ritiene necessario, come requisito essenziale, accertare prima che il dicastero abbia effettivamente inteso accogliere benevolmente l'istanza, nonostante il mancato rispetto dei presupposti<sup>29</sup>. Pertanto, qualora il dicastero abbia acconsentito a trattare ugualmente il ricorso, anche se abbia riscontrato la non presentazione della rimostranza o la sua non corretta proposizione entro i termini previsti, il procedimento può proseguire legittimamente, senza che le precedenti irregolarità possano essere successivamente impugnate nel giudizio contenzioso avanti al tribunale supremo<sup>30</sup>. Se si ritiene poi che una simile facoltà sia insita nella generale posizione di preminenza e di vigilanza amministrativa, risulta possibile riconoscerne l'estensione a tutti i superiori gerarchici che godano istituzionalmente della competenza di intervenire per rivedere e modificare gli atti delle autorità inferiori, anche in assenza di un regolare ricorso, ma per iniziativa autonoma, d'ufficio o sulla base di una semplice denuncia<sup>31</sup>.

Secondo questa interpretazione, pertanto, viene rimessa alla volontà esclusiva del superiore gerarchico la scelta di ritenere degno di

---

<sup>28</sup> Se non sono ancora passati i dieci giorni utili, i dicasteri della Curia romana decidono talvolta di trasmettere il ricorso all'autore dell'atto, così da svolgere la funzione della *petito praevia* (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 378).

<sup>29</sup> Nel caso quindi di un decreto negativo di rigetto del ricorso bisogna ricorrere a un'interpretazione del testo e del contesto della pronuncia per capire se il dicastero abbia esaminato l'istanza solo per dichiararne la non legittima pendenza, oppure se abbia accolto sotto il profilo procedurale l'istanza, anche se abbia dato una risposta negativa in merito al contenuto: nel primo caso non si ammette il ricorso alla Segnatura apostolica, mentre nel secondo risulta possibile l'ulteriore impugnazione. Sulla questione si rinvia a G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 71-72, anche per la citazione delle decisioni della Segnatura apostolica.

<sup>30</sup> La tesi corrisponde all'interpretazione data anche all'interno del *coetus* incaricato dello *schema 'de procedura amministrativa'* (P. CIPROTTI, *L'opposizione ai provvedimenti amministrativi*, cit., pp. 743-744).

<sup>31</sup> In questo senso, G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 74.

importanza o trascurabile il rispetto dell'obbligo di chiedere la revisione dell'atto. Pure da questo punto di vista, quindi, si conferma come nella disciplina della *petitio praevia* sia prevalente l'impostazione autoritaria, mentre la funzione conciliativa risulti marginale e del tutto eventuale.



## CAP. XII

### LA PROCEDURA DI CONCILIAZIONE TRA SPINTE IDEALI E GARANZIE CONCRETE

#### 1. *Per una attuazione effettiva del favor conciliationis*

Pur con le criticità sopra rilevate, si deve considerare comunque un miglioramento, rispetto alla legislazione precedente, l'aver ripreso nella normativa sui processi il monito paolino che sollecita i fedeli e le autorità di governo a conformarsi all'ideale di riconciliazione reciproca nel modo di affrontare gli eventuali dissidi. Egualmente appare un perfezionamento della disciplina delle controversie amministrative la previsione di specifici rimedi diretti a prevenire l'avvio del ricorso contenzioso o a risolverlo pacificamente. Lo stabilire una raccomandazione generale, non solo ai singoli fedeli ma alla stessa autorità amministrativa, di cercare di comporre consensualmente le controversie e l'indicazione delle vie da intraprendere risultano tanto più importanti e necessari quanto più si tiene conto della disparità di posizioni insita nelle relazioni amministrative.

Nondimeno, per una attuazione piena ed effettiva del principio di riconciliazione occorre che il legislatore prenda più sul serio l'impegno di ricercare di comune accordo un'equa soluzione, stabilendo disposizioni idonee a promuovere e a garantire che le parti si attivino per raggiungere questo obiettivo. In tal modo il *favor conciliationis* non resta un mero ideale parenetico, ma riesce a costituire una regola di condotta realmente seguita nella risoluzione delle controversie amministrative.

Invero, si può ritenere che l'autorità amministrativa, per la sua funzione posta a servizio del bene della comunità, sia tendenzialmente ben disposta ad attivarsi e a collaborare per cercare di risolvere pacificamente i dissensi sollevati dai propri atti. Parimenti, si può confidare che i singoli, per il rapporto di comunione con le autorità e con gli altri fedeli, siano altrettanto favorevoli a percorrere la

via del dialogo e della comprensione reciproca piuttosto che quella del conflitto e della contrapposizione tra le diverse pretese. Così, sarebbe da augurarsi che tutti siano pronti ad attuare spontaneamente l'ideale della riconciliazione, anche se purtroppo la realtà mostra spesso esempi contrari. In ogni caso, la funzione del diritto è quella di ordinare le relazioni di pacifica convivenza, sapendo guidare al rispetto del *favor conciliationis* la buona volontà di chiunque, sia di chi si adegua autonomamente, sia di chi, al contrario, si dimostra renitente all'applicazione del precetto. A tal fine, bisogna che l'ordinamento indichi puntualmente e con certezza gli strumenti da utilizzare e le modalità concrete da attuare per realizzare l'obiettivo di cercare un'equa composizione, fissando altresì le idonee garanzie per assicurarne l'effettivo adempimento da parte degli interessati.

In altre parole, occorre 'responsabilizzare'<sup>1</sup> tanto l'autorità di governo quanto i singoli destinatari di un atto amministrativo circa l'importanza di conformarsi al principio di riconciliazione nel modo di relazionarsi reciprocamente, quale ideale fondamentale che caratterizza nella sua essenza il vivere da cristiano e la partecipazione alla comunità ecclesiale e che, pertanto, non può essere confuso con una mera opzione, liberamente sostituibile con altre scelte ritenute più confacenti ai propri interessi. La via non contenziosa non è semplicemente una via 'alternativa' a quella contenziosa, ma è la strada primaria e preferenziale da perseguire sempre, ogniqualvolta sia possibile. Si può essere giustificati a ricorrere alla via contenziosa solo quando sia stata accertata l'assenza di qualsiasi speranza di buon esito ai tentativi di conciliazione<sup>2</sup>.

Bisogna, tuttavia, salvaguardare la logica consensuale e la struttura dialogica della conciliazione, perché possa realizzare pienamente la sua funzione di promuovere la concordia nelle relazioni ecclesiali sottese all'esercizio della funzione amministrativa. Non sembra corretto, pertanto, inquadrare nell'ambito delle forme di autotute-

---

<sup>1</sup> P. GHERRI, *L'autotutela amministrativa*, cit., p. 52.

<sup>2</sup> Secondo la *ratio* del *favor conciliationis*, si può adottare per tutti i rimedi contenziosi la medesima logica dell'*extrema ratio* prevista per l'applicazione delle sanzioni penali (can. 1341 CIC).

la del potere amministrativo le figure giuridiche previste dai codici quali rimedi preliminari alla soluzione delle controversie sorte da un atto amministrativo<sup>3</sup>. Gli istituti connessi alla conciliazione, infatti, hanno indole, struttura e finalità ben diverse da quelli relativi all'autotutela amministrativa: basti considerare come gli uni si ispirino a una impostazione bilaterale dialogica; gli altri a una prospettiva unilaterale autoritaria.

La conciliazione, nell'applicazione specifica regolata nella normativa sui ricorsi amministrativi, presuppone una divergenza di posizioni tra l'autore dell'atto e colui che se ne senta gravato per un qualsiasi giusto motivo, cosicché, al fine di evitare che questa discordanza dia origine a un conflitto che può creare lacerazioni all'interno della comunione ecclesiale, si invitano le parti interessate ad avviare un confronto per cercare di comune accordo una soluzione che componga tra loro le diverse esigenze. In questo modo, la nuova definizione dei loro rapporti risulta il frutto del concorso della volontà di entrambe.

Nell'autotutela amministrativa, invece, l'autorità che ha emanato l'atto può sempre modificarlo o revocarlo con una decisione autonoma, assunta anche di propria iniziativa, e se decide di rivedere quanto disposto a seguito di una richiesta di correzione da parte di un fedele lo fa per una propria scelta discrezionale, senza essere obbligata ad attivarsi, in quanto l'istanza dell'interessato non instaura un rapporto bilaterale di reciproco riconoscimento di possibili facoltà di intervento in ordine al riesame delle disposizioni, poiché la competenza a emendare o a rimuovere l'atto resta unicamente di spettanza dell'autorità. Di conseguenza, non si avvia alcuna trattativa per adottare le opportune correzioni con il consenso comune, dal momento che la partecipazione del fedele si configura come una mera collaborazione, con l'apporto di nuovi dati informativi e nuove argomentazioni che consentono di raggiungere una conoscenza e

---

<sup>3</sup> Questa lettura viene data da P. GHERRI prima a riguardo della rimostranza (*L'autotutela amministrativa*, cit., pp. 25-26) e poi anche in merito alle disposizioni del can. 1733 (*Note teoriche intorno all'utilizzo del can. 1733*, cit., pp. 255-256).

una valutazione più approfondite della materia oggetto del provvedimento, ma la decisione finale circa la modifica o la revoca dell'atto promana dalla volontà esclusiva e unilaterale dell'autorità amministrativa.

Già si è visto come nella regolamentazione codiciale della *petitio praevia* le due prospettive, quella della conciliazione, che conduce alla composizione della controversia, e quella del potere autonomo di riforma dell'autorità, che conduce al miglioramento dell'atto, si trovino combinate insieme, con conseguenze peraltro contraddittorie nel funzionamento complessivo dell'istituto<sup>4</sup>. È importante, tuttavia, sottolineare come entrambi gli aspetti siano coesenziali nella configurazione dell'istituto. Sebbene si riscontri una prevalenza delle dinamiche autoritaristiche, nondimeno al fondo permane l'ispirazione conciliativa, come si può evincere sia dall'esame dei lavori del *Coetus* incaricato della stesura della normativa, sia dal dettato stesso della normativa che viene a sovrapporre la conciliazione con la *petitio*<sup>5</sup>. Non si può quindi inquadrare l'istituto nella sola categoria dei mezzi di autotutela della funzione amministrativa, al pari di altri interventi sull'atto che l'autorità può assumere di propria iniziativa<sup>6</sup>, perché si verrebbe a negare il valore della partecipazione del fedele al procedimento diretto a riesaminare il provvedimento in una nuova prospettiva e alla luce di nuovi dati. Invero, l'apporto di chi si sente gravato non è meramente conoscitivo, come potrebbe essere quello di chi presenta una semplice denuncia a scopo infor-

---

<sup>4</sup> Si veda *supra* cap. XI, § 2.

<sup>5</sup> In particolare il can. 1733, § 3 del codice latino.

<sup>6</sup> Per contro, P. GHERRI riconduce la rimostranza alla logica dell'autotutela amministrativa, che riconosce all'autorità la facoltà di correggere quanto posto incongruamente: «Proprio le 'logiche' specifiche dell'autotutela permettono così di 'integrare' – all'interno di un contesto/rapporto ancora essenzialmente non-contrappositorio – il volontario *apporto conoscitivo-valutativo* del destinatario della decisione/atto di governo che – ora – interviene di persona sulla stessa attraverso un'istanza di *verifica a posteriori dell'inefficacia* di quanto assunto dal decidente» (*L'autotutela amministrativa*, cit., pp. 25-26).

mativo<sup>7</sup>, in quanto è volto non solo a rendere noti gli effetti lesivi prodotti dall'atto, ma a esprimere il proprio dissenso sulle scelte fatte dall'autorità, per avviare un dialogo, instaurare un confronto tra posizioni divergenti, talvolta pure in contrasto tra loro.

La funzione della conciliazione consiste appunto nel riuscire a far comprendere all'uno le esigenze e le attese dell'altro e nel comporre tra loro in una soluzione che tenga conto delle istanze di tutti, giungendo così a sanare il conflitto<sup>8</sup>. L'esito positivo di questa composizione conduce a un perfezionamento dell'atto non solo perché corregge precedenti difetti, ma perché appiana i dissidi e consente di raggiungere un livello più alto di comunione nelle relazioni tra i fedeli e le autorità amministrative.

*A fortiori* non paiono riconducibili alla logica dell'autotutela amministrativa le varie forme di conciliazione tra le parti, tanto quella diretta o tramite i mediatori, quanto quella promossa dal superiore

---

<sup>7</sup> Mentre la denuncia può essere liberamente presentata da chiunque, indipendentemente dall'aver subito offese dagli effetti dell'atto, al solo scopo di rendere nota una situazione di irregolarità, la *petitio* è il rimedio predisposto appositamente per chi percepisce un'offesa alla propria situazione giuridica ed è legittimato a presentare successivamente un ricorso gerarchico, al fine di ottenere tutela. Per questo, mentre alla denuncia non conseguono effetti obbligatori, se non il dovere generico dell'autorità di tenerne conto come espressione del diritto dei fedeli di contribuire all'esercizio del governo della Chiesa (can. 212, §§ 1-2 CIC), alla *petitio* consegue l'interruzione dei termini per presentare il ricorso e la possibilità di ottenere la sospensione dell'atto.

<sup>8</sup> Negare o sminuire l'esistenza di un possibile contrasto con l'autorità a causa della violazione dei diritti del fedele da parte dell'atto amministrativo, per considerare la rimostranza e il successivo ricorso gerarchico come fasi non contenziose, dirette non a trattare una controversia ma a verificare *a posteriori* l'efficacia dell'agire amministrativo con la collaborazione del destinatario dell'atto (come sostiene P. GHERRI, *L'autotutela amministrativa*, cit., pp. 26-27) impedisce, in definitiva, di poter svolgere un'autentica conciliazione: la concordia tra le diverse istanze non nega il conflitto all'origine, ma lo supera. Con questa precisazione non si intende affatto contestare l'affermazione che la rimostranza e il ricorso gerarchico siano strumenti di esercizio della corresponsabilità dei fedeli per migliorare la formazione e l'applicazione degli atti di governo (sul punto si veda meglio *infra*, cap. XIII, § 3), ma occorre non confondere la visione ideale di una Chiesa perfetta, nella quale non ci sono divergenze, da una considerazione più realistica di una Chiesa perfettabile, nella quale i fedeli sono chiamati a risolvere i contrasti con modalità coerenti al servizio alla comunione.

gerarchico o dal giudice. In queste figure, infatti, la normativa stabilisce espressamente che l'equa soluzione alla controversia debba essere cercata e accolta *communi consilio*, ossia attraverso un procedimento bilaterale che richiede il consenso delle due parti, sia nella scelta delle modalità da seguire, sia nel contenuto della composizione, cosicché l'eventuale concordia alla fine eventualmente raggiunta giunga a fondarsi sulla volontaria accettazione di entrambe, anche se poi la successiva esecuzione possa essere attuata con atti unilaterali dell'una o dell'altra<sup>9</sup>. Quantunque le relazioni connesse all'esercizio della funzione amministrativa pongano le parti su di un piano di disparità, per il ruolo potestativo dell'autorità, e quindi anche nel procedimento di conciliazione si possa riscontrare nei fatti una posizione più forte dell'autore dell'atto<sup>10</sup>, tuttavia sotto il profilo formale la conciliazione richiede il riconoscimento della bilateralità dialogica nelle trattative, proprio per poter raggiungere l'obiettivo di definire una soluzione alla controversia che sia effettivamente condivisa dalle parti, cioè frutto del loro accordo, e non l'esito della collaborazione forzosa dell'una all'esercizio di un potere discrezionale dell'altra. Solo riconoscendo alle parti una condizione di equivalenza nella partecipazione alla ricerca della composizione si riesce a realizzare una autentica concordia che sani la controversia e ristabilisca rapporti di reciproca fiducia e comunione.

Per assicurare maggiormente l'attuazione effettiva del *favor conciliationis* risulta pertanto necessario rivedere il sistema dei rimedi nei confronti degli atti amministrativi, per stabilire regole precise e certe in ordine a tre obiettivi: garantire la praticabilità effettiva ed efficace di un rimedio consensuale di risoluzione delle controversie che sia realmente alternativo ai rimedi aggiudicativi; predispor-

---

<sup>9</sup> Quali l'emanazione di un nuovo provvedimento amministrativo da parte dell'autorità o la rinuncia all'azione contenziosa da parte del ricorrente. Sulla questione della bilateralità della composizione si vedano le osservazioni svolte *supra* cap. X, § 2.2 e gli approfondimenti svolti *infra* cap. XIII.

<sup>10</sup> Questo è il motivo per cui si consiglia (cap. X, § 2.2) di non svolgere la trattativa con rapporto diretto tra le parti, ma di avvalersi dei mediatori che possono fare da filtro e assicurare una maggiore serenità al ricorrente.

re strumenti giuridici adeguati per le diverse forme di gestione dei conflitti, sotto il profilo delle strutture preordinate alla trattazione e delle procedure idonee ad assicurarne l'attuazione; evitare di imporre dinamiche e meccanismi troppo complessi e farraginosi che possano scoraggiare i fedeli dal presentare istanze a sostegno dei propri interessi, ovvero possano ostacolare il buon andamento della funzione amministrativa.

Nella prospettiva di valutare modelli possibili di procedure conciliative che possano essere presi in considerazione *de iure condendo* nell'ordinamento canonico, risulta interessante esaminare sistemi già in atto nelle chiese particolari o in ambiti specifici.

## 2. *L'integrazione dei canoni sulla conciliazione: uno sguardo alle normative particolari*

Il codice latino prevede la possibilità per le conferenze episcopali nazionali di stabilire che in ciascuna diocesi si costituisca stabilmente un *officium vel consilium*, con il compito di «*aequas solutiones quaerere et suggerere*», attribuendo contestualmente la facoltà di dettare le norme per regolare l'organizzazione e il funzionamento di questo organismo. Se le conferenze episcopali non ritengono di dare tali disposizioni, ciascun vescovo diocesano può decidere di assumerle per la propria chiesa locale<sup>11</sup>. Come si ricorda, è stata una precisa scelta del *Coetus studii 'de procedura administrativa'* quella di lasciare alle norme particolari la competenza di integrare il sistema dei metodi pacifici di gestione delle controversie, con l'istituzione di strutture stabili e con la predisposizione di procedure adeguate, anche per consentire l'adattamento alle esigenze peculiari di ciascuna comunità ecclesiale, oltre che alla cultura e alla legislazione dei

---

<sup>11</sup> Can. 1733, § 2 CIC: «*Episcoporum conferentia statuere potest ut in unaquaque dioecesi officium quoddam vel consilium stabiliter constituatur, cui, secundum normas ab ipsa conferentia statuendas, munus sit aequas solutiones quaerere et suggerere; quod si conferentia id non iusserit, potest Episcopus eiusmodi consilium vel officium, constituere*».

diversi Paesi<sup>12</sup>. Peraltro, si tratta di una facoltà, non di un obbligo, per cui le conferenze episcopali sono libere di valutare discrezionalmente se emanare tali disposizioni oppure no, se imporre a tutti i vescovi di provvedere ovvero lasciare al loro giudizio la decisione di adottare o meno tali misure. Nel caso che le conferenze episcopali o i singoli vescovi si risolvano ad apprestare questi organismi, possono scegliere come regolarne tanto la struttura, quanto il metodo di funzionamento<sup>13</sup>.

Pare importante sottolineare la rilevanza e la necessità che le autorità locali abbiano cura di assumere adeguate disposizioni in materia, dato che la scarsità e la vaghezza dei canoni del codice rendono difficile una applicazione effettiva ed efficace della procedura conciliativa. Il completamento del sistema regolativo da parte delle legislazioni particolari risulta pertanto essenziale e imprescindibile, non solo perché permette di definire gli organismi competenti e i passi da percorrere per realizzare la composizione, ma anche perché può rendere più pressante l'invito a cercare una soluzione pacifica, prescrivendo di percorrere la via della conciliazione come fase preventiva all'esperimento del ricorso contenzioso<sup>14</sup>. Nondimeno, per essere realmente funzionale al fine di perseguire la ricerca di un accordo, bisogna che la normativa adottata rispetti, sotto il profilo tanto della nomina e della composizione degli organismi, quanto del metodo operativo, alcune garanzie indispensabili per assicurare l'imparzialità della mediazione, la libertà delle parti di esprime-

---

<sup>12</sup> Si vedano i lavori di revisione del codice esaminati *supra*, cap. VII, § 2.4. La costituzione di uffici o consigli di conciliazione da parte delle normative particolari non è invece prevista nel codice dei canoni delle Chiese orientali.

<sup>13</sup> Notizie e commenti sull'attività normativa in materia sono contenuti in J.I. ARRIETA, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 31-33; P. GHERRI, *La mediazione nel diritto (pubblico) canonico*, cit., pp. 67-71; K. MARTENS, *La protection juridique dans l'Église*, cit., pp. 237-251; ID., *Conciliación*, cit., pp. 351-352; L. MARTÍN RUIZ DE GAUNA, *La conciliación en el derecho administrativo canónico*, cit., pp. 167-226.

<sup>14</sup> Come si ricorda, la proposta di un consultore di inserire nel can. 1733, § 2 la clausola secondo la quale gli organismi di conciliazione non debbano essere imposti come obbligatori (si veda *supra*, cap. VII, § 2.4, nota 124), non è stata recepita nella formulazione della norma definitiva.

re le proprie posizioni, la neutralità e la sicurezza dell'ambito in cui si svolgono le trattative.

In merito alle possibilità di scelta delle forme di attuazione della conciliazione, si nota come il codice risulti in effetti ambivalente, perché se da un lato appare elastico nel rinviare alle legislazioni particolari, dall'altro mantiene rigido il quadro generale di riferimento.

Dal primo punto di vista, si può osservare come la formulazione del can. 1733, § 2 sia così generica da consentire un ampio spettro di opzioni. Infatti, riguardo agli organismi, si prescrive solo che siano istituiti «*stabiliter*», ossia che siano precostituiti in modo permanente, a tempo indefinito o per una durata delimitata, ma comunque siano predeterminati e non debbano essere nominati di volta in volta, caso per caso. Sotto il profilo della struttura, possono essere *officia*, anche monocratici, oppure *consilia*, composti da più persone, e non sono previsti requisiti specifici per l'assunzione dell'incarico.

Circa la loro competenza, poi, si sottolinea come, a differenza del § 1 dello stesso canone che definisce espressamente il ruolo delle persone autorevoli quale funzione di mediazione e di studio, nel § 2 non sia indicata alcuna restrizione a una modalità specifica di interposizione. Pertanto, si può ritenere che nell'ambito del compito di «*aequas solutiones quaerere et suggerere*» possano essere ricomprese tanto attività di composizione volontaria tramite il rimedio della conciliazione, quanto attività di definizione della controversia mediante lo strumento dell'arbitrato<sup>15</sup>.

Per quanto concerne la procedura, infine, la norma non dice nulla in ordine all'*iter* da seguire, né sul modo di operare dei media-

---

<sup>15</sup> Sull'interpretazione della natura della funzione dell'*officium vel consilium* si riscontra tuttavia una diversità di opinioni della dottrina: sono contrari a riconoscere un ruolo decisionale E. LABANDEIRA (*Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 458) e M.A. ORTIZ (*I ricorsi gerarchici*, cit., p. 721); sembrano invece aperti alla possibilità di prevedere l'arbitrato M. NACCI (*Decidere per ragioni: l'Arbitrato. Profili storico-giuridici*, in *Apollinaris*, 84, 2011, p. 332) e J.I. ARRIETA (*I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 26-27 e 31-33). Sulla questione dell'ammissibilità dell'arbitrato nella gestione delle controversie amministrative, si rinvia alle riflessioni svolte *infra*, cap. XIII, § 1.

tori, né sui passaggi per giungere alla conclusione pacifica della contesa. D'altro canto, come si è detto, l'impianto codiciale dei ricorsi amministrativi pone delle limitazioni inderogabili allo spazio di operatività dei rimedi non contenziosi.

Invero, il can. 1733, § 3 prevede che gli *officia vel consilia* entrino in funzione «*praecipue*» quando sia richiesta la revoca del provvedimento amministrativo a norma del can. 1734<sup>16</sup>. Per un certo verso si tratta di una disposizione interessante, dal momento che sollecita a utilizzare queste strutture di composizione consensuale per regolamentare e proceduralizzare la *petitio praevia*, consentendo in tal modo di accentuare gli aspetti conciliativi e, per contro, di attenuare la sfera di discrezionalità dell'autorità amministrativa. Ma, nel contempo, la norma viene a ribadire che la realizzazione della conciliazione resta pur sempre circoscritta dai tempi prescritti per presentare i rimedi contenziosi, in quanto l'esperimento del tentativo di composizione non determina alcuna sospensione dei termini perentori stabiliti per introdurre sia il ricorso gerarchico, come previsto espressamente nel can. 1733, § 3, sia pure, come si è visto<sup>17</sup>, la *petitio praevia*. Di conseguenza, anche se le legislazioni particolari prevedessero l'attivazione di una procedura preventiva per cercare di trovare una soluzione pacifica, il protrarsi della durata della mediazione può costringere la parte che non voglia perdere il diritto a proporre un eventuale ricorso a introdurre comunque, in forma cautelativa e ipotetica, prima la *petitio praevia* e poi il ricorso gerarchico.

Tuttavia, pur con queste restrizioni, modificabili solo con un intervento del legislatore universale, non perde importanza la facoltà riconosciuta alle normative particolari di completare e perfezionare le misure di composizione consensuale delle controversie<sup>18</sup>. Suscita

---

<sup>16</sup> «*Officium vel consilium, de quo in § 2, tunc praecipue operam navet, cum revocatio decreti petita est ad normam can. 1734, neque termini ad recurrendum sunt elapsi*» (can. 1734, § 3 CIC).

<sup>17</sup> Si veda quanto detto *supra*, cap. XI, § 1.

<sup>18</sup> «Al di là dei risultati ... questi organismi hanno alcuni vantaggi non trascurabili: spogliare la controversia dei caratteri personalistici che può avere un con-

quindi stupore e rammarico la constatazione di quante poche conferenze episcopali abbiano avuto la responsabilità di dettare disposizioni in materia<sup>19</sup>. A fronte dell'esiguità di questi interventi, poi, si rileva pure come nella maggioranza le prescrizioni risultino poco incisive: gran parte, infatti, lascia piena discrezionalità ai vescovi diocesani di decidere se e come istituire gli *officia vel consilia* di conciliazione, senza dare alcuna indicazione circa un eventuale modello da seguire<sup>20</sup>; altre affidano egualmente ai vescovi diocesani la valutazione circa l'opportunità di costituire questi organismi, ma, in più, stabiliscono qualche regola da seguire in ordine alla modalità di composizione, nel caso che l'autorità locale decida di provvedere<sup>21</sup>.

Meramente poche conferenze episcopali raccomandano<sup>22</sup> o impongono ai vescovi diocesani di istituire delle strutture stabili di conciliazione a livello diocesano, predisponendo contestualmente uno schema normativo da adottare per regolare la formazione delle commissioni e il funzionamento della procedura<sup>23</sup>. Solo una Con-

---

fronto diretto ed esclusivo tra ricorrente e autore dell'atto amministrativo; fornire un luogo in cui il ricorrente possa esprimere (raccontare) le proprie ragioni ed essere ascoltato almeno ufficiosamente; dare uno spazio di espressione anche a quei ricorsi che sono senza speranza, perché ormai fuori termini o contro atti non passibili di ricorso» (G.P. MONTINI, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 27).

<sup>19</sup> Traendo le informazioni dal volume di J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO (*Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit.) si evidenzia come solo 21 conferenze episcopali abbiano preso in considerazione la facoltà attribuita dal can. 1733, § 2. Tre di queste, peraltro, si sono pronunciate esclusivamente per affermare di non adottare alcuna disposizione: Gambia e Sierra Leone (*ivi*, p. 414), Pacifico (*ivi*, p. 896) e Perù (*ivi*, p. 976).

<sup>20</sup> Sono le seguenti conferenze episcopali: Bolivia (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 162), India (*ivi*, p. 574), Italia (*ivi*, p. 673), Malta (*ivi*, p. 755), Messico (*ivi*, p. 782), Sri Lanka (*ivi*, p. 1186), Venezuela (*ivi*, p. 1345), Zimbabwe (*ivi*, p. 1360).

<sup>21</sup> Sono le seguenti conferenze episcopali: Corea (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p.315), Ecuador (*ivi*, p. 338), Panama (*ivi*, p. 913), Paraguay (*ivi*, p. 960).

<sup>22</sup> Conferenza episcopale dell'Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 91).

<sup>23</sup> Conferenze episcopali delle Filippine (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 355) e della Francia (*ivi*, p. 397).

ferenza episcopale decide di predisporre un organismo a livello nazionale<sup>24</sup>.

Situazioni particolari si riscontrano in Olanda, Nigeria e Stati Uniti.

In Olanda, la Conferenza episcopale aveva deciso in un primo tempo di definire un sistema articolato di norme per regolare la costituzione e il modo di operare di un ufficio diocesano competente a proporre eque soluzioni, lasciando ai vescovi la libertà di scegliere se predisporre o no questo organismo e se adottare o meno il modello indicato<sup>25</sup>, ma, poco dopo nello stesso anno della promulgazione del decreto, la Conferenza episcopale ha preferito revocare quanto disposto<sup>26</sup>. Nonostante il venir meno di tali norme, peraltro, alcune diocesi olandesi hanno preso l'iniziativa di istituire comunque questo ufficio diocesano, ispirandosi per la regolamentazione al modello delineato dalla Conferenza episcopale<sup>27</sup>.

In Nigeria, invece, la Conferenza episcopale ha previsto la costituzione di *board of arbitration* a molteplici livelli (parrocchiale, diocesano, regionale e nazionale), dettando alcune regole sulla loro formazione e funzionamento, oltre che istituire anche un organismo d'appello (*Administrative Board of Review*)<sup>28</sup>. Le norme si rivelano in realtà alquanto ambigue, dal momento che si propongono di dare disposizioni complementari sia al can. 1714, sulla transazione e l'arbitrato, sia al can. 1733, § 2, giungendo a delineare un procedimento ibrido che compone e consente di attuare al suo interno tutti gli strumenti di accomodamento consensuale per qualunque genere

---

<sup>24</sup> Conferenza episcopale di El Salvador (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 1082).

<sup>25</sup> J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., pp. 881-884.

<sup>26</sup> K. MARTENS, *La protection juridique dans l'Église*, cit., p. 241.

<sup>27</sup> Secondo K. MARTENS (*La protection juridique dans l'Église*, cit., p. 242) sono le diocesi di Breda, Utrecht, Groningen e Rotterdam. Per le fonti si rinvia allo stesso articolo.

<sup>28</sup> J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., pp. 839-841.

di contesa all'interno delle comunità ecclesiali<sup>29</sup>. Per questa impostazione ampia, le disposizioni vanno anche oltre il dettato del canone e possono essere considerate una integrazione *praeter legem*<sup>30</sup>, ma per quanto concerne nello specifico le controversie amministrative, una ricerca sul campo diretta a indagare l'effettiva attuazione di questi rimedi ha riscontrato come di fatto non vengano utilizzati per risolvere le contese nei rapporti tra autorità e fedeli<sup>31</sup>.

Negli Stati Uniti, infine, la Conferenza episcopale non ha assunto alcuna deliberazione in merito alla facoltà riconosciuta dal can. 1733, § 2, ma in alcune diocesi sono state messe in atto le strategie previste nel più ampio progetto del *Due process*, delineato dalla *Canon Law Society of America* già prima del vigente codice latino<sup>32</sup> e successivamente aggiornato e perfezionato dopo la sua promulgazione<sup>33</sup>. Com'è noto, il progetto è volto a incrementare le misure di tutela dei diritti dei fedeli in una prospettiva a largo raggio,

---

<sup>29</sup> In una tesi di dottorato svolta sul tema (C.M. EELLEH, *Conflict resolution and the arbitration norms of the Catholic bishops conference of Nigeria*, Venezia, 2020) si rileva come nella cultura e nelle consuetudini del popolo nigeriano risulta difficile distinguere tra i diversi strumenti tecnici di soluzione pacifica delle controversie emersi nella tradizione giuridica occidentale, in quanto ogni tentativo di conciliazione viene ricondotto a un accomodamento informale avanti a un consiglio autorevole. Per questo, la Conferenza episcopale nigeriana usa il termine *arbitration process* per ricomprendere anche altre forme di composizione consensuale.

<sup>30</sup> In questo senso, anche J.I. ARRIETA, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit., pp. 27 e 32.

<sup>31</sup> C.M. EELLEH, *Conflict resolution and the arbitration norms*, passim. La stessa ricerca mette in luce come siano pochissimi gli organismi effettivamente costituiti e funzionanti: uno solo a livello parrocchiale, pochi a livello diocesano e uno solo a livello regionale. A livello nazionale, poi, né il *National Arbitration Board* né l'organismo d'appello sono funzionanti.

<sup>32</sup> Notizie sulla stesura e sull'implementazione del progetto *Due process* negli Stati Uniti si trovano in K. MARTENS, *Protection of rights: experiences with hierarchical recourse and possibilities for the future*, in *The Jurist*, 69, 2009, pp. 685-694.

<sup>33</sup> CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Due Process in the Dioceses of the United States 1970-1985: Report on a Task Force survey*, Washington DC, 1987; CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Protection of rights of persons in the Church. Revised Report of the Canon Law Society of America on the subject of Due Process*, Washington DC, 1991; P. MC GREEVY, D. BARR, J. BELL, J. PERRY, *The Final Report of the Committee on the Experiment in Due Process in the Church*, in *CLSA Proceedings*, 61, 1999, pp. 137-159.

promuovendo l'adozione sia di rimedi preventivi, diretti a regolare l'esercizio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa, sia di rimedi successivi volti a risolvere le controversie con strumenti su base consensuale, come la conciliazione e l'arbitrato, oppure con una procedura contenziosa integrativa del ricorso gerarchico<sup>34</sup>. Le disposizioni sulla conciliazione e l'arbitrato sono state sperimentate in alcune diocesi statunitensi, con un discreto successo<sup>35</sup>.

Anche in altri Paesi, nei quali le conferenze episcopali non hanno ritenuto di emanare disposizioni in materia, diverse diocesi hanno deciso di istituire organismi di conciliazione con una regolamentazione autonoma<sup>36</sup>.

Già dalla sintetica panoramica sopra esposta emerge come le normative particolari abbiano escogitato le soluzioni più varie e molteplici, a partire dalla denominazione degli organismi. Una tale eterogeneità nella configurazione degli istituti di conciliazione potrebbe forse indurre il legislatore universale a modificare il can. 1733, § 2, nella previsione che lascia piena discrezionalità alle autorità locali di scegliere le modalità che preferiscono, e optare al contrario per una formulazione che giunga a fissare alcune linee essenziali nella regolamentazione della composizione degli organismi e della procedura di funzionamento, in modo da garantire non solo che sia rispettata una certa omogeneità nelle strutture fondamentali, suscettibili eventualmente di essere integrate e perfezionate dalle disposizioni assunte nelle diverse chiese particolari, ma che siano assicurati so-

---

<sup>34</sup> Quantunque gli organismi contenziosi siano denominati *administrative tribunals*, in realtà la procedura di ricorso non configura un'istanza indipendente, bensì una tappa nell'*iter* del ricorso gerarchico. La natura ambigua della procedura viene sottolineata da G.P. MONTINI, *I tribunali amministrativi locali*, in *Periodica de Re Canonica*, 91, 2002, p. 340; K. MARTENS, *La protection juridique dans l'Église*, cit., p. 248; I. ZUANAZZI, *La possibilità di tribunali amministrativi a livello particolare*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa*, cit., p. 188.

<sup>35</sup> K. MARTENS, *La protection juridique dans l'Église*, cit., p. 248.

<sup>36</sup> Le notizie sono tratte da K. MARTENS, *Conciliación*, cit., p. 352. Vengono ricordate la diocesi di Melbourne (Australia), alcune diocesi dell'Irlanda (Kildare e Leighlin, Ferns e Clogher), le diocesi fiamminghe del Belgio, alcune diocesi tedesche (Aquisgrana, Erfurt, Passau, Würzburg).

prattutto i presupposti basilari necessari per una corretta attuazione del metodo della conciliazione. Sotto questo profilo, infatti, si evidenzia una notevole confusione nelle disposizioni adottate dalle conferenze episcopali.

Così, per quanto concerne la formazione degli *officia vel consilia*, non viene sempre preservata l'imparzialità dei componenti rispetto sia ai ricorrenti, sia all'autorità diocesana, che è pur sempre una delle parti della controversia. Un caso eccezionale è dato dalla Nigeria che prevede addirittura l'inserimento delle parti nel *board of arbitration*<sup>37</sup>, mentre la maggioranza delle disposizioni delle altre conferenze episcopali stabilisce che i membri della Commissione preposta a cercare l'equa soluzione siano nominati dal vescovo diocesano<sup>38</sup>, per alcune sulla base del parere o segnalazione del consiglio presbiterale o del consiglio pastorale<sup>39</sup>. Se anche non si configuri un vero e proprio conflitto di interessi per la vicinanza o rapporto dei commissari con il vescovo, pare ragionevole pensare che in ogni caso non possano essere del tutto neutrali nei confronti del presule che li ha designati. Comunque, il fatto di poter scegliere i componenti la Commissione pone l'autorità amministrativa in una condizione di prevalenza rispetto alle parti private.

Una minore dipendenza dal vescovo può essere garantita con la investitura per carica d'ufficio<sup>40</sup>, ma meglio ancora sembra il meto-

---

<sup>37</sup> J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., pp. 840-841.

<sup>38</sup> Così nelle disposizioni delle conferenze episcopali di Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 91), Ecuador (*ivi*, p. 338) e Filippine (*ivi*, p. 355).

<sup>39</sup> Secondo le norme delle conferenze episcopali di Francia (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 399) e Olanda (*ivi*, p. 881).

<sup>40</sup> Le norme della Conferenza episcopale della Corea prevedono un consiglio di sette persone designate con un sistema misto: alcuni sono membri d'ufficio (il vicario generale, il cancelliere, il vicario foraneo interessato), altri sono eletti dal consiglio presbiterale (due sacerdoti), altri (due giudici del tribunale) sono nominati dal vescovo (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 316).

do dell'elezione da parte di un altro organismo diocesano<sup>41</sup>, ovvero da parte della conferenza episcopale<sup>42</sup>. Però la soluzione che più di tutte consente di perseguire correttamente il metodo della conciliazione è quella che non solo preserva la nomina dei componenti la Commissione da interferenze dirette del vescovo diocesano, ma anche riconosce alle parti la possibilità di scegliere, all'interno di un elenco di possibili mediatori, la persona cui affidare concretamente tale ruolo per risolvere la loro controversia<sup>43</sup>.

Sempre in merito alla designazione dei membri dell'organismo, inoltre, occorre riscontrare che quasi tutte le disposizioni delle conferenze episcopali omettano di indicare i requisiti richiesti per assumere l'incarico. Alcune precisano che devono essere nominati solo chierici<sup>44</sup>, mentre il decreto olandese prevedeva espressamente l'essere cattolici e la conoscenza del diritto canonico o competenze di giurisdizione amministrativa<sup>45</sup>. Tuttavia, ancor più della perizia giuridica pare invece importante, per poter svolgere efficacemente la procedura di conciliazione con una maggiore aspettativa di ottenere un esito positivo, richiedere specifiche abilità ed espe-

---

<sup>41</sup> Nelle disposizioni delle conferenze episcopali di Panama (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 913) e del Paraguay (*ivi*, p. 960) si prescrive che i componenti del consiglio siano eletti all'interno del consiglio presbiterale.

<sup>42</sup> Le norme della Conferenza episcopale di El Salvador stabiliscono che il consiglio sia composto dai presidenti dei tribunali ecclesiastici di prima e di seconda istanza e da altri tre sacerdoti di provata virtù nominati dalla conferenza episcopale (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 1083).

<sup>43</sup> Il *Revised Report of the Canon Law Society of America on the subject of Due Process* (pp. 13-31) prevede l'istituzione di un *Conciliation Panel*, nominato dal vescovo e composto da cinque membri rappresentativi dei laici, presbiteri e religiosi della diocesi, e questo consiglio ha il compito di formare e mantenere costantemente aggiornata una lista di conciliatori (*Suggested process for conciliation*, art. I, section 4, 4 a), all'interno della quale le parti possono concretamente scegliere il conciliatore che preferiscono (art. II, section 3).

<sup>44</sup> Come nelle disposizioni delle conferenze episcopali di Panama (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 913), del Paraguay (*ivi*, p. 960) e di El Salvador (*ivi*, p. 1083).

<sup>45</sup> J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 882.

rienze nell'ambito delle tecniche di interazione e di composizione dei conflitti.

Riguardo poi alla procedura si segnala come, fra le poche disposizioni che dettano regole sul funzionamento degli organismi, quasi tutte confondono il metodo consensuale della conciliazione, che si fonda eminentemente sul dialogo tra le parti per favorire la ricerca di un accordo, con il metodo aggiudicativo dell'arbitrato, che decide la soluzione sulla base delle prove fornite dagli interessati<sup>46</sup>. Risultano pertanto poco funzionali al sistema conciliativo le norme che prevedono una composizione collegiale della figura del mediatore<sup>47</sup>, in quanto rende più difficile la relazione interpersonale con le parti, ovvero quelle che prescrivono di svolgere una completa attività istruttoria con l'assunzione di documenti e l'audizione di testimoni<sup>48</sup>, dal momento che non solo allungano la procedura e rendono più complicato il confronto tra le parti, ma non risultano neppure coerenti con il fine della conciliazione.

Infine, sempre nell'ordine della salvaguardia delle garanzie essenziali, si osserva come le norme delle conferenze episcopali non diano adeguata rilevanza al profilo della riservatezza che deve proteggere l'intera procedura di conciliazione. Le parti devono sentirsi pienamente libere di esporre le proprie posizioni senza che possano derivare conseguenze negative dalla divulgazione di quanto hanno dichiarato nel corso degli incontri. Per questo, non pare corretto stabilire che al termine del procedimento venga inviato al vescovo un rapporto su come si è svolto<sup>49</sup>, né sembra neppure prudente che

---

<sup>46</sup> Nel *Revised Report of the Canon Law Society of America on the subject of Due Process*, per contro, le due procedure sono ben distinte e regolate separatamente.

<sup>47</sup> Così nelle norme delle conferenze episcopali di Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 91) e Olanda (*ivi*, p. 882).

<sup>48</sup> Si vedano le norme delle conferenze episcopali di Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 92), Francia (*ivi*, p. 399) e Olanda (*ivi*, p. 883).

<sup>49</sup> Come nelle norme delle conferenze episcopali di Argentina (J. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali*, cit., p. 92) e Francia (*ivi*, p. 399).

venga trascritto il contenuto del dialogo tra le parti. Solo la conclusione positiva, ossia il testo dell'accordo, può essere stesa in un testo scritto, mentre nel caso di esito negativo si può redigere un verbale di mera presa d'atto dell'impossibilità di giungere a una composizione consensuale<sup>50</sup>.

3. *Altre procedure conciliative previste da norme speciali per particolari tipologie di controversie sorte da atti amministrativi*

Può essere utile esaminare anche due procedure speciali dirette a instaurare un dialogo per risolvere le controversie sorte da atti amministrativi, al fine di completare l'analisi dei modelli di conciliazione che sono sinora realizzati nell'ordinamento della Chiesa e che possono essere richiamati per integrare le norme sui ricorsi amministrativi.

Una prima procedura si trova regolata dalle norme della Conferenza episcopale italiana. In Italia, come si è visto, la Conferenza episcopale italiana (CEI) non ha ritenuto di adottare disposizioni integrative del can. 1733, § 2, ma nell'ambito dei rapporti concordatari con lo Stato italiano è giunta a costituire uno speciale organismo ordinato a comporre una particolare tipologia di controversie. La delibera CEI n. 58 del 1 agosto 1991<sup>51</sup>, infatti, è posta in attuazione dell'art. 34, secondo comma, della legge 222 del 1985, il quale, nel dare le norme esecutive dell'accordo tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica in ordine al sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi, prescrive che la Conferenza episcopale italiana stabilisca «procedure accelerate di composizione o di ricorso

---

<sup>50</sup> Senza tuttavia specificare le ragioni dell'impossibilità di giungere a un accordo, come per contro richiede il *Revised Report on Due process* (art. II, section 5, 2).

<sup>51</sup> La delibera recepisce le due precedenti delibere 51 e 52 del 30 dicembre 1986, con le modifiche disposte dalla XXXII assemblea generale (14-18 maggio 1990) e promulgate con decreto del presidente della CEI del 21 settembre 1990. Il testo della delibera n. 58/1991 si trova in CESEN, *Delibere e decreti della Conferenza episcopale italiana*, a cura dell'UFFICIO NAZIONALE PER I PROBLEMI GIURIDICI DELLA CEI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 141-146.

contro i provvedimenti dell'Istituto [diocesano o interdiocesano di sostentamento del clero]»<sup>52</sup>. La conseguente regolamentazione della CEI prevede la costituzione, nella diocesi dove ha sede l'istituto, di un organo di composizione competente a trattare le istanze dei sacerdoti che lamentano l'ingiustizia del provvedimento adottato dall'istituto diocesano per il sostentamento del clero in merito all'integrazione spettante per raggiungere la misura della remunerazione prefissata dalla Conferenza episcopale, ai sensi dell'art. 34, primo comma, della legge n. 222 del 1985<sup>53</sup>. Il sistema delineato dalle disposizioni riguardanti la composizione e il funzionamento dell'organismo risponde certamente alle esigenze di rappresentanza del clero e di brevità e immediatezza della procedura, come richiesto dalle norme pattizie<sup>54</sup>, ma configura un meccanismo ambivalente che combina elementi tratti dal metodo conciliativo con elementi propri del metodo aggiudicativo.

Così, per quanto concerne la struttura, l'organismo non risulta pienamente autonomo dal vescovo diocesano, dal momento che il presidente è d'ufficio il vicario giudiziale della diocesi, incarico di nomina episcopale. Inoltre, quantunque per ogni causa venga designato un relatore, l'organismo opera in forma collegiale, dato che tutti i membri assistono all'udienza di discussione tra le parti. E comunque, il procedimento non prevede incontri progressivi tra le parti per convincerle a individuare soluzioni condivise, ma un'unica udienza, nella quale il sacerdote e l'istituto diocesano espongono

---

<sup>52</sup> Sul tema si vedano, tra i contributi più recenti: A. BETTETINI, A. PEREGO, *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2023, pp. 254-255; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, undicesima edizione aggiornata a cura di A. BETTETINI, G. LO CASTRO, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 339-342.

<sup>53</sup> L'art. 8 della delibera CEI n. 58/1991 riguarda le controversie tra sacerdoti e istituti diocesani per il sostentamento del clero; l'art. 9 concerne invece le controversie con gli istituti interdiocesani, con norme del tutto analoghe.

<sup>54</sup> Tra i componenti dell'organismo è inserito quale membro d'ufficio e *durante munere* il sacerdote presidente o incaricato diocesano della FACI (Federazione tra le Associazioni del Clero in Italia) (art. 8, § 1), mentre riguardo alla durata del procedimento, viene garantita l'immediatezza dall'emissione del provvedimento impugnato e la speditezza con la predeterminazione di scadenze temporali rigorose (§§ 2-6).

ciascuno le rispettive posizioni e a seguito del dibattimento il presidente invita i litiganti a giungere a un'equa soluzione, sulla base di una proposta prospettata dallo stesso organismo. Se le parti accettano, viene redatto il verbale della conciliazione, firmato dal presidente e dalle parti, che è inappellabile e immediatamente esecutivo. Se, al contrario, il tentativo di conciliazione non riesce, l'organismo di composizione delibera a maggioranza la decisione della controversia e contro tale decisione il sacerdote o l'istituto diocesano possono proporre ricorso gerarchico al vescovo diocesano.

Come si nota, le norme non contemplano una vera procedura di conciliazione, sia perché un eventuale accordo fa riferimento alle linee di base dettate dal presidente, sia soprattutto perché nel caso di un esito negativo non si addiviene alla mera presa d'atto del mancato raggiungimento di un consenso comune, bensì alla pronuncia di una decisione autoritativa dell'organismo che si impone alla volontà delle parti nel definire la controversia<sup>55</sup>. La prevalenza della dimensione aggiudicativa si riscontra anche nel carattere obbligatorio di questo procedimento, quale unico rimedio previsto nell'ambito ecclesiale per contestare i provvedimenti relativi al sostentamento del clero, a prescindere dalla volontaria accettazione delle parti, dal momento che il sacerdote ricorrente per far valere i propri interessi è tenuto a seguire questa procedura, mentre l'istituto diocesano, a sua volta, se è stata introdotta l'istanza, non può sottrarsi alla trattazione della controversia avanti all'organismo di composizione<sup>56</sup>.

Una seconda procedura di conciliazione è quella che si svolge davanti al direttore o al consiglio dell'Ufficio del lavoro della Sede apostolica (ULSA) per le controversie di lavoro del personale alle dipendenze della Curia romana, del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano e degli Organismi o Enti gestiti amministrativa-

---

<sup>55</sup> Il carattere aggiudicativo della procedura è sottolineato anche dalla possibilità per le parti di avvalersi nell'udienza dell'assistenza di una persona di fiducia (§ 3).

<sup>56</sup> Infatti, la mancata comparizione di una delle parti non comporta il rinvio della discussione, salvo sussista un giustificato motivo (§ 4).

mente in modo diretto dalla Sede apostolica<sup>57</sup>. A seguito delle modifiche del 2016, il tentativo di conciliazione viene prescritto come obbligatorio, quale condizione necessaria di procedibilità per qualsiasi domanda in relazione a controversie di lavoro dei dipendenti, sia quelle da proporre avanti all'ULSA, come già prevedeva il testo precedente, sia quelle da introdurre avanti all'Autorità giudiziaria vaticana<sup>58</sup>. Possono essere oggetto della procedura i provvedimenti amministrativi in materia di lavoro che non siano stati approvati in forma specifica dal romano pontefice, ma solo dopo aver esperito tutti i gradi dei ricorsi interni previsti dal regolamento del proprio ente di appartenenza<sup>59</sup>.

La procedura di conciliazione è divenuta pertanto un passo imprescindibile da esperire previamente sia al ricorso al Collegio di conciliazione e di arbitrato dell'ULSA, sia all'azione presso il Tribunale dello Stato della Città del Vaticano<sup>60</sup>. In tal modo si è giun-

---

<sup>57</sup> BENEDETTO XVI, *motu proprio Venti anni orsono*, 7 luglio 2009, di approvazione dello Statuto dell'ULSA, entrato in vigore il 1° gennaio 2010. Lo statuto è stato successivamente modificato dal pontefice FRANCESCO con vari *Rescripta ex Audientia Ss.mi*: del 4 agosto 2015 (prot. n. 37.314/G.N.); del 24 novembre 2015 (prot. n. 37.380/G.N.) del 14 giugno 2016 (prot. n. 302.265/A); e del 28 novembre 2016 (prot. n. 320.205/A). Sul sito dell'ULSA si trova pubblicato il testo integrato dello statuto: [www.ulsaval.it/chi-siamo/statuto-ulsaval-testo-coordinato.html](http://www.ulsaval.it/chi-siamo/statuto-ulsaval-testo-coordinato.html). Per un commento alle modifiche si veda A. SARAIS, *Alcune recenti modifiche allo statuto dell'Ufficio del lavoro della Sede apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, 29, 2017, pp. 503-512.

<sup>58</sup> In particolare, l'obbligatorietà è stata introdotta con il *Rescriptum ex audientia Ss.mi* del 14 giugno 2016, che ha integrato l'art. 11.1 («previo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi al Direttore dell'ULSA, quale condizione di procedibilità») e aggiunto il comma 2 all'art. 15: «L'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità di qualsiasi domanda proposta in relazione a controversie di lavoro ... davanti all'Ufficio del lavoro o all'Autorità giudiziaria vaticana. L'improcedibilità deve essere rilevata, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza davanti al Collegio di conciliazione e arbitrato o al Tribunale dello Stato della Città del Vaticano».

<sup>59</sup> L'esaurimento degli eventuali ricorsi interni all'amministrazione di appartenenza costituisce una condizione di ammissibilità dell'istanza (art. 11.2).

<sup>60</sup> Nel caso di esito negativo della conciliazione, il termine per presentare il ricorso è stato uniformato a quello già previsto per adire l'autorità giudiziaria vaticana ed esteso a sessanta giorni dalla data del verbale di non riuscita del tentativo di conciliazione (art. 16.1) o dalla scadenza del tempo massimo previsto per la durata della procedura (art. 15.5). Se la materia non è di competenza esclusiva dell'autori-

ti a valorizzare la composizione consensuale e pacifica come metodo preferenziale nella risoluzione delle controversie di lavoro, in quanto maggiormente coerente con la concezione comunitaria dei rapporti di servizio all'interno della Sede apostolica<sup>61</sup>.

In effetti, il sistema novellato rafforza l'attuazione di una vera opera di conciliazione, anche se restano alcuni aspetti che paiono contraddittori, in special modo l'indicazione dell'ufficio preposto a condurre l'interazione tra il ricorrente e l'ente di appartenenza, in quanto non è scelto dalle parti e soprattutto non risulta un soggetto terzo rispetto alle amministrazioni della Sede apostolica<sup>62</sup>. Nel complesso, tuttavia, la procedura delineata rispetta le esigenze essenziali della conciliazione, con i caratteri dell'immediatezza, dell'oralità, della concentrazione e della celerità<sup>63</sup>. Anzi, con l'introduzione dell'obbligatorietà sono state apportate ulteriori modifiche che

---

tà giudiziaria vaticana, la scelta se ricorrere al Collegio di conciliazione e di arbitramento dell'ULSA o al Tribunale vaticano è lasciata al ricorrente (art. 11.1).

<sup>61</sup> Il *favor conciliationis* era già stato sottolineato anche dai precedenti pontefici, come si può leggere nel *motu proprio Nel primo anniversario* di GIOVANNI PAOLO II (1° gennaio 1989, istitutivo dell'ULSA): «considerata la natura specifica del servizio reso alla Santa Sede, non è concepibile il ricorso a metodi rivendicativi di forza; occorrerà pertanto promuovere le vie del dialogo sincero per la ricerca comune di soluzioni, ricorrendo in primo luogo alle previste procedure di conciliazione». E ancora BENEDETTO XVI nel *Discorso all'ULSA* del 19 dicembre 2008 metteva in rilievo il ruolo dell'ULSA diretto a «prevenire ogni eventuale dissidio concernente i lavoratori alle dipendenze della Sede apostolica, e cercarne, se necessario, il sollecito componimento mediante un dialogo sincero ed oggettivo, ponendo in essere le previste procedure» (*Bollettino ULSA*, 16, 2008, pp. 11-12).

<sup>62</sup> Il coinvolgimento si riscontra sia per il direttore, in considerazione delle competenze dell'ULSA nel trattamento del personale della Sede apostolica (artt. 2-3), sia *a fortiori* per il Consiglio, che può essere investito dal direttore, con l'autorizzazione del Presidente, del compito di conciliazione (art. 14.2), in quanto sono componenti del Consiglio alcuni rappresentanti delle amministrazioni che potrebbero essere parte della controversia (art. 6.1).

<sup>63</sup> La brevità della durata è garantita dalla fissazione di termini per l'espletamento dei diversi adempimenti e dalla previsione di un tempo massimo per la conclusione dell'intera procedura, ossia novanta giorni dall'ammissione dell'istanza per la conciliazione avanti al direttore e centottanta per quella avanti al Consiglio: «Il termine può essere prorogato una sola volta, per non più della sua durata, per accordo scritto tra le parti o con provvedimento motivato, rispettivamente del Direttore o del Presidente» (art. 15.5). Scaduti i termini, le parti possono propor-

rendono maggiormente agibile e favoriscono l'attuazione del tentativo di composizione pacifica tra il ricorrente e l'amministrazione.

Si pensi, in particolare, all'effetto ricondotto alla presentazione dell'istanza al direttore, con l'interruzione dei termini di prescrizione del diritto derivante dal rapporto di lavoro, «fino alla notifica alle parti del verbale che conclude la fase di conciliazione obbligatoria»<sup>64</sup>. Inoltre, a garanzia del necessario esperimento previo della conciliazione, si stabilisce che il mancato assolvimento della condizione obbligatoria di procedibilità deve essere rilevato «anche d'ufficio, non oltre la prima udienza davanti al Collegio di conciliazione e arbitrato o al Tribunale dello Stato della Città del Vaticano»<sup>65</sup>. E ancora, per assicurare la possibilità effettiva di cercare di giungere a una soluzione condivisa con il dialogo tra le parti, quindi con la partecipazione attiva anche dell'amministrazione interessata, si prescrive l'obbligo del suo legittimo rappresentante di comparire innanzi al direttore dell'ULSA per esperire il tentativo di conciliazione, prevedendo anche delle conseguenze negative all'inosservanza di tale disposizione, al fine di dissuadere l'autorità amministrativa dal restare inerte<sup>66</sup>. Per tutelare poi la posizione del ricorrente e sostenere un rapporto maggiormente equilibrato con la controparte pubblica, si ammette la possibilità di avvalersi della difesa tecnica di un avvocato<sup>67</sup>.

Se la conciliazione risulta avere un esito positivo, il relativo verbale «costituisce titolo esecutivo»<sup>68</sup>. Se, al contrario, la composizio-

---

re ricorso nei successivi sessanta giorni o al Collegio di conciliazione e arbitrato o all'autorità giudiziaria vaticana.

<sup>64</sup> Art. 11.4.

<sup>65</sup> Art. 15.2.

<sup>66</sup> «L'eventuale mancata comparizione equivale ad esito negativo del tentativo di conciliazione, e se ne deve dare atto nel relativo verbale ai fini della successiva determinazione delle spese di giudizio da parte del Collegio o dell'Autorità giudiziaria vaticana» (art. 15.6).

<sup>67</sup> «Il ricorrente ... può farsi assistere da persona scelta nell'ambito dei dipendenti o pensionati della propria o di altra amministrazione o da un avvocato iscritto all'albo» (art. 15.3).

<sup>68</sup> Art. 15.6.

ne non riesce, le parti hanno sessanta giorni di tempo per presentare ricorso al Collegio di conciliazione e di arbitrato oppure all'autorità giudiziaria vaticana. La via del ricorso al Collegio di conciliazione e di arbitrato consente peraltro di reiterare il tentativo di conciliazione. Infatti, si stabilisce che le parti compaiano nell'udienza avanti alla Commissione e in quell'occasione si deve cercare nuovamente di giungere a un accomodamento consensuale. Il tentativo può essere persino rinnovato nel prosieguo del procedimento, fino alla pubblicazione della decisione. Qualora si riesca a concludere un risultato positivo, «la Commissione ne redige processo verbale, che ha efficacia di titolo esecutivo»<sup>69</sup>. In caso contrario, la Commissione delibera sulla controversia a maggioranza dei voti<sup>70</sup>.

In definitiva, la procedura di conciliazione avanti al direttore e poi al Collegio di conciliazione e di arbitrato dell'ULSA, nelle sue due fasi, l'una obbligatoria e l'altra eventuale, risulta un buon sistema di regolamentazione del tentativo di composizione consensuale delle controversie e può fungere da modello anche per la revisione delle norme sui ricorsi amministrativi, dal momento che appare un meccanismo ben sperimentato e per entrambi gli ambiti di competenza si tratta di gestire in modo pacifico le cause nei confronti delle autorità amministrative.

#### 4. *Una possibile proposta de iure condendo*

Traendo spunto dalle precedenti riflessioni in merito a possibili forme di implementazione delle procedure di conciliazione, si possono ora tracciare alcune indicazioni per migliorare il sistema di giustizia amministrativa in un senso più coerente al *favor conciliationis* e suggerire una possibile proposta di modifica delle norme del codice.

---

<sup>69</sup> Art. 18.1.

<sup>70</sup> Art. 19.1.

Si deve anzitutto considerare come una riforma che consenta un'attuazione più efficace delle procedure conciliative richieda di intervenire in due direzioni.

In primo luogo, occorre stabilire la costituzione obbligatoria in sede locale di un organismo competente a favorire la ricerca di una composizione pacifica delle controversie e contemporaneamente bisogna anche definire, quanto meno nelle linee essenziali, la sua struttura, la designazione dei componenti e la procedura da seguire, in modo da garantire le condizioni fondamentali per realizzare una vera misura conciliativa e assicurare ai fedeli la possibilità di ricorrervi in forma sicura e facilmente accessibile. Alle normative particolari si può rimettere successivamente la competenza a integrare le regole universali per adattare alle condizioni specifiche delle diverse comunità ecclesiali.

In secondo luogo, risulta indispensabile modificare l'impianto delle procedure di revisione degli atti amministrativi singolari per consentire un utilizzo più realistico e lineare della conciliazione prima del ricorso contenzioso. Da questo punto di vista si possono segnalare due criticità del regime attuale che sono da perfezionare: la prima riguarda la previsione di due rimedi, la conciliazione libera e la *petitio praevia*, che sono strutturati diversamente e che si attuano in modo differente, ma che vengono a sovrapporsi nello stesso arco temporale; la seconda è appunto la eccessiva brevità dei termini entro i quali si devono intraprendere queste procedure, prima di decadere dal diritto di presentare ricorso gerarchico.

Per migliorare il sistema si possono pertanto percorrere due soluzioni. Con la prima soluzione, sono conservati entrambi i due percorsi di revisione dell'atto, ma vengono resi alternativi, riconoscendo agli interessati la facoltà di scegliere se avvalersi del metodo più consensuale piuttosto che percorrere la via autoritativa. Per consentire l'esercizio effettivo del diritto di scelta, peraltro, occorre fissare un periodo di tempo per introdurre l'istanza, all'uno o all'altro rimedio, che sia più ampio rispetto ai dieci giorni attuali e stabilire altresì che i termini per presentare successivamente il ricorso gerarchico decorrano dalla conclusione dell'uno o dell'altro procedimento.

Con la seconda soluzione, invece, i due percorsi vengono unificati in un'unica procedura che prevede il tentativo di conciliazione come condizione obbligatoria di procedibilità per presentare successivamente il ricorso gerarchico. Anche in tale ipotesi, si deve riconoscere un congruo periodo di tempo per introdurre l'istanza e prescrivere che il decorrere dei termini per il ricorso gerarchico inizi dalla chiusura della conciliazione. Quest'ultima soluzione pare preferibile, principalmente per due ragioni. Anzitutto, delinea un meccanismo di tutela più semplice, meno complicato, e quindi più favorevole a promuovere non solo l'accesso ai rimedi di giustizia, ma anche vie di dialogo più agevoli tra fedeli e autorità ecclesiastica. Inoltre, le trattative per la conciliazione vengono in definitiva a inglobare e a sostituire la *petitio praevia*, dal momento che l'autore dell'atto giunge ad avere notizia dell'intenzione del ricorrente di contestare il provvedimento e ha così la possibilità di esaminare i motivi a sostegno dell'istanza di revisione e di valutare se accoglierli in tutto in parte, adottando tutte le disposizioni che ritiene opportune.

Un possibile argomento contrario all'adozione di questo secondo modello potrebbe essere la configurazione del tentativo di conciliazione come una fase preliminare obbligatoria, che viene imposta quale condizione necessaria per esperire il successivo ricorso gerarchico e non lasciata, invece, alla libera decisione delle parti. Anche questa previsione, tuttavia, sembra più opportuna nella gestione delle controversie tra autorità e fedeli, in modo da incentivare e sottolineare l'importanza del confronto pacifico per comporre le divergenze e collaborare nel cercare una soluzione che componga le diverse esigenze. Del resto, già questa era stata la scelta del legislatore nell'introdurre l'obbligo della *petitio praevia*, ma, diversamente dal modo in cui viene regolata attualmente quell'istanza, occorre predisporre misure adeguate a responsabilizzare l'autore dell'atto a partecipare con buona volontà.

Peraltro, per evitare che l'inadempimento di questa condizione possa produrre conseguenze troppo pregiudizievoli per il diritto all'impugnazione del ricorrente, si può stabilire che nel caso sia introdotto un ricorso gerarchico senza aver tentato in precedenza la

via della conciliazione, il superiore non si limiti a dichiarare il ricorso improcedibile, ma informi il ricorrente del dovere di adempiere prima a tale condizione, dando tutte le informazioni necessarie per provvedere nei modi e nei tempi previsti. Se il superiore trascura questo dovere, l'inosservanza costituisce un motivo di illegittimità *in procedendo* dello stesso ricorso gerarchico, impugnabile nei gradi ulteriori della via gerarchica, se siano esperibili, ovvero nel successivo giudizio avanti alla Segnatura apostolica.

Inoltre, per favorire l'espletamento del tentativo di conciliazione, si può altresì stabilire che possa essere attivato presso qualunque esperto abilitato, anche diverso dalla struttura eretta dalla Chiesa locale, e che valga egualmente ai fini del compimento della condizione di procedibilità, purché sia accettato da tutte le parti interessate e sia debitamente formalizzato tanto lo svolgimento quanto l'esito della procedura.

Fatta salva questa facoltà del ricorrente di promuovere la conciliazione nella sede più congeniale, si ritiene comunque indispensabile, per realizzare più compiutamente i presupposti per attuare efficacemente un sistema di composizione pacifica delle controversie, la costituzione a livello diocesano di un organismo stabile cui possano rivolgersi agevolmente coloro che si sentano gravati da un atto amministrativo singolare per chiedere di attivare una procedura di dialogo con l'autorità amministrativa, al fine di cercare un'equa soluzione. Per garantire la sicurezza e l'efficacia del tentativo di conciliazione, peraltro, occorre che siano assicurati alcuni requisiti essenziali. Per quanto concerne la struttura dell'organismo, bisogna preservare la terzietà dell'ufficio rispetto all'apparato gerarchico dell'amministrazione diocesana, oltre all'imparzialità dei componenti nei riguardi di possibili rapporti di coinvolgimento personale con l'ordinario del luogo e, ancora, la loro competenza sotto il profilo sia delle conoscenze giuridiche sia dell'esperienza in ambito conciliativo.

Circa invece la procedura da seguire, si deve proteggere la riservatezza o segretezza di quanto dichiarato nel corso delle trattative, cosicché le parti si possano sentire libere di esprimere le proprie posizioni con le relative esigenze, senza che dalla divulgazione delle loro affer-

mazioni possa derivare un qualunque pregiudizio o effetto negativo in un futuro ricorso contenzioso o in qualsiasi altra sede. Inoltre, occorre responsabilizzare le parti, ma soprattutto la parte resistente ossia l'autorità ecclesiastica, a partecipare attivamente e con buona volontà nella ricerca di una composizione pacifica della controversia, prevedendo misure adeguate a dissuadere l'autore dell'atto dal restare inerte o passivo, ovvero dal sottrarsi a un costruttivo confronto con il ricorrente. Infine, è necessario preservare l'autonomia dell'eventuale soluzione finale, che deve essere accettata dal consenso di tutte le parti e non imposta autoritativamente dall'organismo conciliativo. Se la ricerca di un accomodamento non conduce ad un esito positivo, si deve semplicemente dare atto del suo fallimento e lasciare che il ricorrente decida se proseguire o meno con il ricorso contenzioso.

Tenendo presenti questi postulati si può ora passare a definire le modalità concrete, sotto il profilo sia organizzativo che operativo, del tentativo previo di conciliazione.

In ogni diocesi viene costituito, presso il locale tribunale ecclesiastico diocesano, un *Consilium conciliationis*. Il collegio è composto da almeno tre membri eletti dal consiglio pastorale diocesano<sup>71</sup> tra i fedeli (presbiteri, laici o fedeli di vita consacrata) di integra fama e dotati di idonea competenza giuridica, preferibilmente in diritto canonico, e di esperienza nelle procedure conciliative. Tra i componenti del *consilium* viene eletto un presidente e le nomine sia dei membri sia del presidente devono essere approvate dal vescovo diocesano, con durata quinquennale.

Chi si senta gravato da un atto amministrativo singolare e desideri chiedere la modifica di quanto disposto, deve inoltrare un'istanza di attivazione della procedura conciliativa al presidente del *consilium*, entro il termine di trenta giorni utili<sup>72</sup> dalla notifica o

---

<sup>71</sup> Qualora in una diocesi non sia stato costituito il consiglio pastorale diocesano, la nomina può essere demandata al consiglio presbiterale.

<sup>72</sup> Il termine di trenta giorni è previsto per il ricorso alla Segnatura apostolica e l'istanza di conciliazione all'ULSA. Per contro, il termine di quindici giorni stabilito per il ricorso gerarchico sembra troppo breve per predisporre una difesa efficace. Il timore di una paralisi dell'attività amministrativa, del resto, non sussiste, dato che il provvedimento rimane comunque esecutivo, per cui corrisponde all'in-

dall'effettiva conoscenza del provvedimento. La domanda deve contenere tutti i dati necessari per identificare il ricorrente, l'atto amministrativo contestato, l'autorità amministrativa competente ed eventuali altri interessati. Inoltre, deve indicare le ragioni a sostegno delle contestazioni, nonché tutta la documentazione idonea a comprovare le affermazioni contenute nella richiesta.

Il presidente del *consilium*, entro quindici giorni dal ricevimento dell'istanza, verifica l'esistenza di tutti i requisiti e decide circa l'ammissibilità della procedura di conciliazione. L'esame preliminare non deve entrare nel merito delle contestazioni, ma deve limitarsi a verificare che siano rispettati i presupposti essenziali della richiesta di conciliazione, ossia che sia inoltrato per un giusto motivo a riguardo di un *gravamen* percepito nella sfera personale dal ricorrente da parte di un atto amministrativo singolare emanato dalle autorità inferiori a quelle supreme. Qualora siano riscontrate irregolarità sanabili nella forma della domanda, il presidente del *consilium* può invitare l'interessato a correggere l'istanza.

Avverso il diniego dell'ammissibilità può essere proposto reclamo entro dieci giorni al *Consilium conciliationis*, il quale decide entro trenta giorni se accogliere o respingere l'impugnazione. Contro un ulteriore diniego di ammissibilità, si può ricorrere entro trenta giorni al vescovo diocesano, se l'atto impugnato è di un'autorità a lui inferiore, oppure al metropolita se l'atto impugnato è dello stesso vescovo diocesano. La decisione, da emanarsi entro sessanta giorni, è inappellabile.

Se l'istanza di conciliazione viene ammessa, il presidente del *consilium conciliationis* designa uno dei componenti il *consilium* come conciliatore incaricato, secondo la turnazione prevista o in base alle competenze specifiche richieste dalla controversia, e comunica la nomina all'istante, all'autorità amministrativa autore dell'atto e a tutti gli altri soggetti interessati. Di seguito, il conciliatore designato convoca entro dieci giorni le parti per un primo colloquio. L'i-

---

teresse del ricorrente introdurre l'istanza *quam primum*, proprio per ottenere la sospensione dell'atto.

stante e gli altri soggetti interessati devono comparire personalmente, mentre l'autorità amministrativa si costituisce tramite il legale rappresentante abilitato a conciliare. Se necessario, si procede con ulteriori incontri con le parti, congiunti o separati, per aiutarle a focalizzare le rispettive esigenze e a trovare un'equa composizione. Il procedimento di conciliazione deve essere concluso entro il termine di novanta giorni dalla designazione del conciliatore.

La presentazione della domanda di conciliazione fa sospendere immediatamente l'esecuzione dell'atto amministrativo nei casi in cui sia prevista dal diritto come conseguenza automatica dell'impugnativa, altrimenti nella domanda si ritiene implicita l'istanza di sospensione. Se l'autore dell'atto, entro dieci giorni dalla comunicazione della richiesta di conciliazione, non decide di sospendere l'atto, il ricorrente può rivolgersi al superiore gerarchico, ai sensi dell'attuale can. 1736, § 2.

L'autorità amministrativa è tenuta a rispondere agli inviti del conciliatore e a partecipare attivamente al confronto per cercare un'equa soluzione. La mancata comparizione agli incontri equivale all'esito negativo della conciliazione e se ne deve dare atto nel verbale conclusivo, ai fini della determinazione delle spese della procedura, a carico interamente dell'amministrazione, e della valutazione delle responsabilità nel rifiuto del dialogo in sede del successivo ricorso gerarchico.

Qualora le parti non trovino autonomamente una soluzione, il conciliatore può suggerire una proposta e sottometerla alla loro approvazione, concedendo il termine di dieci giorni per la risposta. Se le parti rifiutano o restano in silenzio, viene redatto un verbale con l'esito negativo della conciliazione.

Nel caso invece di un esito positivo della conciliazione, si dà atto nel verbale dell'accordo raggiunto tra le parti, delle condizioni della composizione e dei diritti e doveri assunti rispettivamente dalle parti<sup>73</sup>. Il verbale costituisce titolo esecutivo e le relative prestazioni

---

<sup>73</sup> Sulla natura dell'accordo e sulla possibile azionabilità avanti agli organi giudiziari, si vedano le ulteriori riflessioni svolte *infra*, nel cap. XIII.

possono essere fatte valere in giudizio avanti alla competente autorità giudiziaria: il tribunale diocesano per gli accordi stipulati con le autorità inferiori al vescovo diocesano, la Rota romana per gli accordi conclusi con le persone indicate nel can. 1405, § 3, 1°-3°.

Per contro, nel caso di un esito negativo della conciliazione, la parte che continua a sentirsi onerata dal provvedimento può ricorrere per un giusto motivo al superiore gerarchico dell'autore dell'atto, entro sessanta giorni utili dalla data del verbale di non riuscita del tentativo di accomodamento.

Certamente, per dare prosecuzione alla tutela dei diritti del ricorrente, oltre al *favor conciliationis*, occorrerebbe regolare il procedimento del ricorso gerarchico in modo più dettagliato rispetto a quanto prevedono sia i codici, sia i regolamenti dei dicasteri della Curia romana<sup>74</sup>, ma una tale revisione *de iure condendo*, pur necessaria, esula dagli obiettivi del presente studio. Nondimeno, sotto il profilo della promozione dei metodi conciliativi, si può sottolineare l'importanza di inserire regole adeguate a sollecitare un rinnovo del tentativo di composizione della controversia anche in questa sede contenziosa. Così, si può stabilire che il superiore gerarchico, nelle prime fasi di svolgimento del ricorso, ordini la fissazione di un'udienza in cui le parti sono convocate per valutare nuovamente la possibilità di giungere a una soluzione consensuale e che tale tentativo possa essere ulteriormente esperito, ogniqualvolta si intraveda la speranza di buon esito, fino alla decisione finale. Nel caso le parti si dichiarino favorevoli a cercare nuovamente un accordo, il superiore gerarchico dispone la sospensione del procedimento e invita le parti a riprendere la conciliazione in sede locale, avanti a un altro conciliatore, dando un termine per l'adempimento. Qualora la conciliazione abbia ancora esito negativo, il ricorrente può chiedere la ripresa del ricorso gerarchico. Se il superiore gerarchico non ottempera al dovere di ritentare la conciliazione, il procedimento può risultare viziato per un motivo di illegittimità *in procedendo* im-

---

<sup>74</sup> Si vedano le annotazioni svolte *supra*, cap. IX, § 5.

pugnabile nei gradi ulteriori del ricorso gerarchico, se siano esperibili, ovvero nel successivo giudizio avanti alla Segnatura apostolica.

Come si nota, la regolamentazione della procedura di conciliazione secondo il sistema sopra descritto, assicura una serie di garanzie. Anzitutto, si rende effettiva la pratica attuabilità di un percorso di dialogo tra l'autorità e il fedele per cercare, secondo la logica consensuale, di raggiungere una soluzione equa e condivisa. Poi, si preserva la neutralità e la sicurezza delle trattative avanti a un soggetto imparziale. E ancora, si rende obbligatoria la partecipazione attiva dell'autore dell'atto, cercando di evitare che possa sottrarsi al confronto con il ricorrente. Infine, sono previsti tempi ragionevoli per lo svolgimento dei momenti essenziali della procedura e misure di tutela, pur essenziali, dell'effettività della conciliazione.

## CAP. XIII

# LA CONCILIAZIONE NELL'ESERCIZIO CONSENSUALE E PARTECIPATIVO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. *Le modalità sostanziali della conciliazione nella gestione delle controversie amministrative*

Dopo aver esaminato nei capitoli precedenti quali strumenti rituali e quali garanzie siano da predisporre, sotto il profilo della procedura, per rendere realmente vincolante e tutelato giuridicamente il dovere fondamentale di tutti i soggetti coinvolti di impegnarsi per cercare di risolvere pacificamente i motivi di potenziale conflitto, sia l'autorità amministrativa che ha emanato un atto, sia il fedele che se ne senta gravato, occorre ora addentrarsi ad analizzare una questione sostanziale che risulta affrontata solo marginalmente dai codici ma che in realtà risulta centrale e decisiva per comprendere le possibilità effettive e il valore da attribuire alla conciliazione nell'esercizio della funzione amministrativa, vale a dire le modalità concrete con le quali attuare la *compositio*, sotto il profilo della forma e della struttura dell'accordo.

I canoni che prevedono la possibilità di porre termine alle divergenze con un accomodamento equitativo restano alquanto vaghi nell'indicare lo strumento giuridico con cui la soluzione accolta dalle parti possa essere tradotta per risultare idonea a regolare in modo rinnovato la materia oggetto del provvedimento contestato.

Nella stesura originaria della norma archetipo, tanto del § 1 quanto del § 3 del can. 1733, che riguardava la conciliazione promossa dal giudice nella procedura avanti al tribunale amministrativo, si prevedeva il compito del giudice di esortare le parti, cioè il ricorrente e l'autorità autore dell'atto, «*quandocumque spem boni exitus perspicit, ut vel per voluntariam decreti emendationem vel per aequam compensationem vel alio idoneo modo controversia ante sen-*

*tentiam dirimatur*<sup>1</sup>. Con la successiva revisione nel quinto *schema* del 1971 la norma viene trasformata nel § 3 del canone introduttivo a entrambi i ricorsi contenziosi, quello presso il tribunale amministrativo e quello avanti il superiore gerarchico, ma l'elencazione scompare del tutto, dato che era stata riportata nel § 1 dello stesso canone<sup>2</sup>. In seguito, tuttavia, viene rimossa anche dal § 1 dell'attuale can. 1733, con l'ultima revisione apportata allo *schema codicis* del 1980, in quanto si è deciso di sopprimere l'esemplificazione delle modalità con le quali si sarebbe potuta sancire l'equa soluzione e di lasciare solo l'indicazione generica, per quanto onnicomprensiva: «*per idoneam viam controversia vitetur vel dirimatur*»<sup>3</sup>.

Resta invece immutata la definizione del presupposto necessario per concludere la riappacificazione, ossia il consenso delle parti. Il fondamento consensuale della composizione viene espressamente precisato nel § 1 del can. 1733, ove si prescrive che la ricerca dell'equa soluzione debba avvenire «*communi consilio*», vale a dire di comune accordo o per comune decisione. Ma lo stesso fondamento è implicito anche nelle altre norme che regolano la conciliazione promossa dal giudice o dal superiore gerarchico<sup>4</sup>, dal momento che descrivono il ruolo dell'autorità investita della causa contenziosa come una funzione di aiuto e di supporto per favorire il raggiungimento dell'intesa tra le parti, alle quali sole viene ricondotta la capacità di

---

<sup>1</sup> Can. 19, § 2, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 101. Sui lavori di stesura delle norme si rinvia alla trattazione svolta *supra*, cap. VII, § 2.

<sup>2</sup> *Sessio II, Adunatio III*, 5 novembre 1971, *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 132. L'eco di questa previsione si riscontra nel § 2 del can. 1446, il cui testo viene perfezionato nella revisione successiva allo *schema* del 1976, con l'inserimento di una formula analoga che richiama il compito del giudice di indicare alle parti «*vias idoneas*» per trovare un'equa soluzione. J. CORSO (*I modi di evitare il giudizio amministrativo*, cit., p. 41) ritiene che il paragrafo sia stato integrato per influenza proprio dell'analoga previsione dello *schema 'de procedura amministrativa'*.

<sup>3</sup> Il termine *vitetur* nell'ultimissima revisione del 1982 è stato poi mutato in *praecaveatur*.

<sup>4</sup> Can. 1446, § 2 e can. 1733, § 3 CIC.

decidere l'accettazione o meno dell'accomodamento, con la conseguente cessazione del giudizio o del ricorso gerarchico<sup>5</sup>.

Occorre pertanto precisare quali strumenti giuridici possano essere considerati '*via idonea*' per concludere *communi consilio* la composizione e porre fine alla controversia.

Certamente, un intervento dell'autorità amministrativa che giunga ad abrogare l'atto contestato o a modificarlo, secondo le richieste di colui che ha avviato il tentativo di conciliazione, verrebbe a risolvere la divergenza e a far cessare la materia del contendere<sup>6</sup>. Nondimeno, questa soluzione, che corrisponde alla prima delle modalità elencate nel testo primitivo del can. 1733, § 1 («*per voluntariam decreti emendationem*»), si configura come espressione della decisione unilaterale dell'autorità amministrativa: anche se la scelta di rivedere quanto stabilito precedentemente è stata maturata a seguito del confronto con l'istante, formalmente la disposizione che detta la nuova regolamentazione della materia è un provvedimento emanato autonomamente dall'autorità amministrativa, a seguito di una valutazione discrezionale sul modo migliore di provvedere alle esigenze della comunità, senza essere vincolata ad adempiere da alcun pregresso accordo con il fedele. Di fatto, la lite sarebbe considerata terminata anche se l'*emendatio* non corrispondesse alle effettive esigenze del ricorrente, o persino se adottasse soluzioni peggiorative della sua condizione.

L'interrogativo sul quale è necessario riflettere, invece, concerne appunto la questione se la *compositio* possa essere formalizzata con un accordo bilaterale o plurilaterale che sia costituito sulla base del consenso di tutte le parti e che abbia efficacia obbligatoria nei loro confronti, nel senso di vincolarle a rispettare la nuova disciplina dei rapporti reciproci stabilita espressamente dal patto, ovvero ad assumere tutti gli adempimenti necessari per darne effettiva esecuzione. In definitiva, si tratta di verificare se per risolvere pacificamente le

---

<sup>5</sup> Per l'analisi di queste disposizioni si rimanda all'esposizione svolta *supra*, cap. X, §§ 2-3.

<sup>6</sup> Come prescrive anche l'art. 78, § 1 della *lex propria* del Supremo tribunale della Segnatura apostolica.

controversie nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa, sia possibile ricorrere agli strumenti giuridici di natura autonoma o consensuale elaborati nel corso della tradizione canonica, vale a dire la transazione e il compromesso arbitrale.

L'obiezione fondamentale che si oppone a una possibile applicazione estensiva concerne una supposta incompatibilità con il *bonum publicum*, inteso come bene indisponibile. In tal senso viene solitamente inteso il disposto del can. 1715, § 1 che esclude il valido impiego della transazione e del compromesso arbitrale «*circa ea quae ad bonum publicum pertinent, aliaque de quibus libere disporre partes non possunt*»<sup>7</sup>. In realtà nel testo si possono individuare due limitazioni da tenere distinte: l'una che riguarda le cause che attengono al *bonum publicum*, l'altra le cause delle quali le parti non possono disporre liberamente. Il fondamento delle due restrizioni è infatti ben diverso.

La previsione in merito alla facoltà di disporre dei beni o diritti oggetto della contesa costituisce il presupposto essenziale per poter consentire validamente a qualsiasi atto negoziale che incida sulla loro condizione giuridica. Tale requisito è sempre stato riconosciuto dalla tradizione canonica, ma attiene più propriamente all'abilitazione soggettiva di chi contrae, non alla materia trattata nella convenzione. Certamente, alcune disposizioni in determinati ambiti non possono essere assunte, nella misura in cui vengano a contrastare con i principi inderogabili di origine divina, come viene affermato per le deroghe alla proprietà dell'indissolubilità del matrimonio<sup>8</sup>. Nondimeno, anche in tema del sacramento nuziale, che pure attiene alle cause considerate di rilevanza pubblica, non è la materia in sé ad essere preclusa alla conciliazione, bensì soltanto gli interventi che pregiudicano le norme di diritto divino, ossia quei postulati necessari che non è consentito derogare. Nella prospettiva, quindi, dell'abilitazione soggettiva, il bene in questione, vale a di-

---

<sup>7</sup> Una formulazione analoga si ritrova anche nel CCEO per la transazione (can. 1165, § 1) e il compromesso arbitrale (can. 1169).

<sup>8</sup> Si veda la decretale *Ex parte* di Onorio III (X, I, 36, c. 11) esaminata *supra*, nel cap. III, § 4.

re il vincolo coniugale, non è disponibile da alcuno per atti contrari alla sua durata permanente. Per contro, altri diritti nascenti dallo stesso coniugio, come quelli attinenti alle relazioni tra gli sposi o tra genitori e figli, possono essere regolati con pattuizioni consensuali, purché siano rispettati gli elementi essenziali insiti nel piano di salvezza divino.

Nel senso sopra descritto, pertanto, si può ritenere che il requisito della disponibilità dei beni o dei diritti faccia riferimento al rapporto soggettivo tra i contraenti e il contenuto dell'accordo, con riguardo non solo all'oggetto in sé, ma anche alle disposizioni giuridiche che vengono assunte in ordine alla sua disciplina. L'abilitazione soggettiva risulta dunque la facoltà di ciascuno di modificare la regolamentazione o lo stato dei beni o diritti di propria competenza nei rapporti con le altre parti.

Diversamente dalla regola della disponibilità, la preclusione a motivo del *bonum publicum* è frutto di una malintesa interpretazione. Come si è già sottolineato nella parte relativa all'elaborazione della legislazione giovanneo paolina, la formula onnicomprensiva del limite del *bonum publicum* viene recepita dalla legislazione precedente, senza pressoché discussioni<sup>9</sup>. Peraltro, nel codice piano benedettino l'introduzione di questa regola è stata la conseguenza di un travisamento della disciplina più risalente da parte della dottrina che ha ispirato l'opera di razionalizzazione della normativa, per influenza di categorie ideologiche non corrispondenti all'autentica tradizione canonica<sup>10</sup>. L'analisi delle fonti dello *ius decretalium*, invece, mostra come non sia mai stata prevista una simile esclusione nell'applicazione della transazione e dell'arbitrato<sup>11</sup>.

In effetti la limitazione delle cause di *bonum publicum*, oltre che ingiustificata, nella legislazione giovanneo paolina risulta anche contraddetta proprio dal can. 1733, nel quale si prevede il ricorso agli strumenti di conciliazione consensuale per risolvere le contro-

---

<sup>9</sup> Cap. V, § 5.

<sup>10</sup> Cap. V, § 3.

<sup>11</sup> Si veda l'esposizione svolta *supra*, particolarmente nei cap. III, § 4 e cap. IV, § 5.

versie amministrative che sono indubbiamente delle cause attinenti al *bonum publicum*. L'antinomia dei due canoni ha indotto la dottrina a cercare di dare un'interpretazione circa i modi idonei a comporre le liti sorte dagli atti amministrativi, così da riuscire ad armonizzare i disposti tra loro divergenti. La discussione non sembra tuttavia aver condotto a risultati univoci e convincenti.

Alcune posizioni sono più rigide nel negare la possibilità di utilizzare qualsiasi rimedio di natura consensuale e paritetica nella gestione delle controversie amministrative. Anche se a seguito delle trattative può essere raggiunta un'intesa tra l'autorità amministrativa e chi si senta onerato dall'atto, «non si tratta né di transazione né, molto meno, di arbitrato»<sup>12</sup>, dal momento che la soluzione della lite avviene o per rinuncia dell'istante a introdurre il ricorso o a non proseguirlo, oppure per provvedimento di modifica dell'autorità. Ma pure in quest'ultima ipotesi, se il superiore si convince che le richieste corrispondono al bene comune, è solo per sua autorità, con decisione autonoma e unilaterale, che dispone l'emenda o la revoca dell'atto contestato.

L'impossibilità di fare riferimento a vere conciliazioni in senso pattizio viene confermata da un'altra opinione in base a una duplice argomentazione: sia perché in materia di bene pubblico le parti non possono disporre con modalità privatistiche, sia perché, a maggior ragione, in un contesto non paritetico quali sono i rapporti con le autorità di governo non si può giungere a soluzioni realmente concordate<sup>13</sup>. Si distingue così tra il metodo di trattazione della controversia, che può prevedere un'attività di mediazione anche nelle cause di bene pubblico, e l'esito della procedura, che non può essere definito con una soluzione concordata, ma con atti unilaterali dell'autorità di governo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> J. CORSO, *I modi di evitare il giudizio amministrativo*, cit., p. 51. Esclude egualmente la transazione e l'arbitrato per le questioni che riguardano il bene pubblico F.J. ZAMORA GARCÍA, *Incidencia de los cánones 1733-1735*, cit., pp. 106-110.

<sup>13</sup> P. GHERRI, *La mediazione nel diritto (pubblico) canonico*, cit., pp. 53-59.

<sup>14</sup> P. GHERRI, *La mediazione nel diritto (pubblico) canonico*, cit., p. 58.

Altra parte della dottrina, invece, sembra apparentemente più aperta nell'ammettere l'uso dei rimedi conciliativi consensuali, ma non l'arbitrato<sup>15</sup>. Secondo questa tesi, infatti, il presupposto per stipulare un compromesso arbitrale è che le parti possano disporre liberamente dei beni o dei diritti che sono oggetto dell'accordo, mentre l'autorità amministrativa non può rinunciare al dovere di vigilare sul bene pubblico, per cui non può attribuire il compito di risolvere i conflitti in materia ad altri soggetti «se non ad un delegato, ad un superiore gerarchico o al tribunale amministrativo competente»<sup>16</sup>. Per contro, non viene riscontrata un'analoga preclusione per la transazione o conciliazione amichevole, dal momento che in queste fattispecie l'autorità non sembra tralasciare i propri obblighi, in quanto prima di dare l'assenso all'accordo può verificare che la composizione non sia contraria alla giustizia e al bene pubblico. Peraltro, se si esamina la forma giuridica con cui questa interpretazione ritiene che possa essere definita la soluzione consensuale, emerge come non corrisponda a un'autentica transazione<sup>17</sup>. Risulta piuttosto un accordo informale, privo di efficacia vincolante per l'autorità amministrativa, tanto che la vera conclusione della controversia avviene successivamente, ad opera della modifica o della rimozione dell'atto amministrativo con atti unilaterali dell'autorità amministrativa<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 123; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 457; J. MIRAS, *Ad can. 1733*, cit., p. 2130; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 719.

<sup>16</sup> E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 457. L'inciso viene ripreso da M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 719.

<sup>17</sup> *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 351-352; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 457; J. MIRAS, *Ad can. 1733*, cit., pp. 2129-2130; M.A. ORTIZ, *I ricorsi gerarchici*, cit., pp. 719-720.

<sup>18</sup> Si sottolinea come solo in termini impropri si possa parlare di soluzione di comune accordo: «no significa, ciertamente, que el resultado del intento previo de conciliación sea un acto administrativo de naturaleza en cierto modo "contractual", o de carácter bilateral, lo cual sería contradictorio con la propia naturaleza del acto de autoridad, que siempre es unilateral» (J. MIRAS, *Ad can. 1733*, cit., p. 2130). In senso più coerente all'impostazione di questa tesi, si afferma chiaramente: «Benché in linea di massima non sia possibile neanche la transazione, può tut-

Infine, un'ultima posizione dottrinale si dichiara più permissiva, pur con argomentazioni ambigue. La tesi, invero, riconosce la possibilità di applicare alle controversie amministrative sia la transazione sia l'arbitrato, ma solo «qualora riguardino soltanto il bene privato di cui le parti possono disporre liberamente»<sup>19</sup>. L'affermazione sembra tuttavia contenere una *contradictio in adiecto*, perché se è vero che nelle controversie amministrative possano essere implicati anche interessi privati, tanto che può essere richiesto il risarcimento dei danni ingiustamente arrecati dall'atto amministrativo, nondimeno per il fatto stesso che si ponga in discussione l'operato dell'autorità amministrativa, le cause coinvolgono sempre il bene pubblico. La composizione eventualmente concordata, poi, viene a regolare le conseguenze dell'atto amministrativo con efficacia vincolante per l'autorità amministrativa, per cui incide necessariamente su diritti e beni di interesse pubblico.

In definitiva, non è negando il carattere pubblico delle controversie amministrative che si può giungere a riconoscere l'applicazione estensiva degli strumenti consensuali, ma interpretando correttamente il valore di questi rimedi per l'esercizio della funzione amministrativa, richiamando la *ratio* e l'autentico significato della normativa, oltre che i principi consolidati nella tradizione canonica e nella prassi ecclesiale.

Occorre anzitutto considerare il testo del can. 1733, § 1, nel quale si dice espressamente che l'equa soluzione diretta a comporre la controversia debba essere cercata «*communis consilio*». La formula normativa sottolinea dunque il fondamento consensuale della pacifica *compositio*, che deve risultare da un accordo tra i soggetti coinvolti, l'autore dell'atto e chi si senta gravato. Questa era, del resto,

---

tavia succedere che l'autorità, come esito del dialogo con l'interessato, arrivi alla convinzione che si possa raggiungere il bene pubblico modificando l'atto nel senso desiderato, sia pur parzialmente, dall'interessato» (E. BAURA, *I ricorsi gerarchici*, cit., p. 123).

<sup>19</sup> Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli*, cit., p. 279. Nello stesso senso, anche J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura apostolica*, cit., p. 150.

l'intenzione del *parvus coetus 'de procedura amministrativa'* quando ha introdotto tale disposizione, dato che voleva appunto incentivare e dare rilievo giuridico alla *amicabilis compositio*, ossia a un metodo consensuale di attuazione della conciliazione<sup>20</sup>. Nel seguito poi dei lavori di revisione, proprio per sottolineare il necessario presupposto del concorso della convergente volontà delle parti, nel sesto schema è stato pure inserito l'inciso *communi consilio*<sup>21</sup>.

Come si nota, anche se nel dettato normativo non venga precisata la forma giuridica con cui sancire l'equa soluzione, per corrispondere alla *ratio* ispiratrice di una *compositio* volontaria si può ritenere che debbano ricorrere due requisiti essenziali. In primo luogo, per essere un'autentica conciliazione, occorre che la conclusione sia accettata da tutte le parti, quindi sia il frutto di una pattuizione bilaterale o plurilaterale. In secondo luogo, perché tale composizione possa effettivamente determinare la cessazione della controversia, bisogna che sia in grado di indurre al rispetto di quanto concordato, ossia abbia efficacia giuridica vincolante. Un accordo informale e privo della forza di far valere gli adempimenti previsti come obblighi, non potrebbe eliminare il contenzioso, in quanto non avrebbe la capacità di sanare la situazione giuridica controversa con una nuova regolamentazione pattizia, idonea a rimuovere ogni dubbio o contestazione.

Di conseguenza, una lettura del can. 1733, § 1 che consenta non solo di comprendere la veritiera intenzione del legislatore, ma anche di delineare le vie idonee alla conclusione della controversia che abbiano realmente efficacia giuridica, conduce a interpretare la formula «*inter eos de aequa solutione quaerenda communi consilio*» nel senso di una soluzione, concordata tra l'autore dell'atto e chi si senta gravato, che compone equamente le diverse istanze con una nuova regolamentazione dell'assetto degli interessi che sia condivisa da tutti i soggetti coinvolti. È questa nuova definizione dei rapporti tra

---

<sup>20</sup> *Sessio II, Adunatio II* 4 novembre 1971, in *Communicationes*, 42, 2010, 1, p. 131 (si veda *supra*, cap. II, § 2.3).

<sup>21</sup> *Communicationes*, 43, 2011, 1, p. 213 (si veda *supra*, cap. VII, § 2.4).

le parti che pone fine per sé alla controversia, perché muta la precedente situazione di incertezza o di conflitto con una concordia che può essere considerata una intesa a tutti gli effetti nella misura in cui sia vincolante per coloro che abbiano prestato il loro consenso. Eventuali atti successivi assunti da ciascuna delle parti (revoche o emenda dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, oppure rinuncia a introdurre o a proseguire il ricorso gerarchico da parte di chi si senta gravato) sono pertanto da intendere come gli adempimenti necessari per dare attuazione a una convenzione che è già efficace e obbliga a tenere comportamenti ad essa coerenti.

A queste modalità concrete di attuazione della concordia fa riferimento l'esemplificazione delle 'vie idonee' per comporre la controversia che è stata soppressa nella stesura finale del can. 1733, § 1, mentre viene conservata nel codice dei canoni delle Chiese orientali<sup>22</sup>. Possono essere adibiti strumenti giuridici diversi a seconda dell'oggetto della controversia e delle circostanze del caso concreto: talvolta per sanare il dissidio bisogna modificare l'atto amministrativo («*per voluntariam decreti emendationem*»), talaltra occorre risarcire i danni ingiustamente arrecati («*per iustam compensationem*»), o ancora adottare altre misure riparative («*per aliam idoneam viam*»). Spetta agli interessati, nel concordare l'equa soluzione, definire gli adempimenti che competono a ciascuno per rendere operante e dare effettiva esecuzione alla pacifica *compositio*.

È opportuno, tuttavia, distinguere concettualmente tra l'*aequa solutio* che viene decisa *communi consilio* e le modalità attuative che possono eventualmente seguire a carico di ciascuna delle parti: l'una ha valore fondativo e risulta essenziale per la stessa configurazione della *compositio*; le altre hanno una funzione strumentale e possono variamente essere adottate oppure non, ma sempre in coerenza con quanto stabilito nella *compositio*. Dato che la normativa non

---

<sup>22</sup> «*Valde optandum est, ut, si quis gravatum se decreto putat, non fiat inter ipsum et decreti auctorem contentio, sed inter eos de aequa solutione quaerenda tractetur, gravibus quoque hominibus ad mediationem vel studium forte adhibitis ita, ut per voluntariam decreti emendationem vel per iustam compensationem vel per aliam idoneam viam controversia dirimatur*» (can. 998, § 1 CCEO).

impone forme specifiche per la conclusione della conciliazione, potrebbe essere difficile distinguere tra l'una e le altre nelle concrete fattispecie. In effetti, si lascia ampia libertà alle parti nello scegliere le soluzioni che ritengono più appropriate a porre fine alla controversia: se in determinati casi si raggiunge un accordo e viene conclusa *communi consilio* una *compositio*, in altri può accadere che prima ancora di perfezionare qualsiasi convenzione o dopo il fallimento delle trattative, una delle parti assuma spontaneamente l'iniziativa di intervenire a proprio modo per far cessare il conflitto, con la revoca dell'atto amministrativo contestato da parte dell'autorità amministrativa, oppure con la rinuncia al ricorso da parte di chi si senta gravato. Mentre a seguito della *compositio* concordata le modalità attuative costituiscono un obbligo per ciascuna delle parti in forza dell'efficacia della convenzione, nelle altre ipotesi configurano azioni autonome, liberamente intraprese da una delle parti, che possono nondimeno incidere sulla controversia, ponendo fine alla lite.

La differenza tra forme consensuali e forme unilaterali di cessazione della controversia viene richiamata espressamente nell'art. 78, § 1 della *lex propria* della Segnatura apostolica, ove si distingue tra i modi possibili di porre fine alla lite: quelli unilaterali, cioè assunti spontaneamente da ciascuna parte (rinuncia dell'attore o revoca dell'atto amministrativo) e quelli plurilaterali, cioè frutto di un accordo, come la *compositio pacifica*<sup>23</sup>. Nella *compositio*, peraltro, le parti potrebbero concordare di sanare il conflitto con le azioni indicate come forme unilaterali, ma in questo caso non sarebbero più iniziative autonome, bensì atti dovuti, quali modalità attuative dell'accordo, e se la *compositio* viene perfezionata nella forma prevista dal § 2 dello stesso articolo, pone fine per se stessa alla lite<sup>24</sup>.

Essendo così giunti a evidenziare nella struttura della *compositio*, quale esito della conciliazione, sia il fondamento consensuale sia l'efficacia giuridica vincolante tra le parti, resta ora da precisare

---

<sup>23</sup> «*Quovis in stadio processus, liti finem imponere potest sive peremptio sive revocatio actus impugnati sive renuntiatio sive compositio pacifica*» (art. 78, § 1).

<sup>24</sup> «*Compositio pacifica inter partes acta Congressus indiget probatione*» (art. 78, § 2 *lex propria SSTA*).

il suo contenuto negoziale. Sul punto, come si è visto, il can. 1733, § 1 presenta un dettato elastico che non impone una soluzione determinata, ma consente di usare rimedi diversi, in base alle esigenze della situazione concreta. Per integrare il dettato legislativo, quindi, è possibile ricorrere al duplice criterio ermeneutico della tradizione canonica risalente<sup>25</sup> e della prassi e giurisprudenza delle istituzioni curiali<sup>26</sup>. In entrambe si è potuto constatare l'ampio e costante impiego sia della transazione in senso ampio, quale pattuizione con reciproche concessioni, sia del compromesso arbitrale, quale impegno a deferire a persone di fiducia la decisione della controversia<sup>27</sup>. Proprio il richiamo delle applicazioni pratiche e degli approfondimenti teorici elaborati dal diritto e dalla dottrina in età classica può aiutare a comprendere i presupposti e le possibilità di attuazione delle forme autonome di risoluzione delle contese sorte dagli atti di governo esecutivo e a superare le obiezioni opposte dalla dottrina nell'epoca presente, argomentando in base a una supposta incompatibilità con le materie di bene pubblico, ovvero a una presunta rinuncia alla cura dell'interesse comune.

L'analisi dello *ius decretalium*, infatti, mostra come le varie modalità consensuali di composizione pacifica delle controversie siano state utilizzate dalle autorità ecclesiastiche, tra di loro o con individui privati, anche a riguardo di rapporti o situazioni giuridiche che, applicando le categorie attuali, potrebbero essere considerati oggetto delle competenze del potere amministrativo o del potere di giurisdizione<sup>28</sup>. Si riconosce anzi un principio generale di ammissibilità del ricorso sia alla transazione in senso ampio, estesa all'*amicabilis compositio* per le *res spirituales*, sia al compromesso arbitrale, *in omnibus causis*, di qualsiasi natura, fatte salve solo le eccezioni stabilite

---

<sup>25</sup> Can. 11 CIC; can. 2 CCEO.

<sup>26</sup> Can. 19 CIC; can. 1501 CCEO.

<sup>27</sup> Si vedano per la tradizione canonica i capitoli III e IV, per la prassi delle istituzioni curiali il capitolo X, §§ 3.1 e 3.2.

<sup>28</sup> Quali l'imposizione di decime (X, I, 36, c. 2 e c. 3 e c. 8), l'istituzione di benefici (X, I, 36, c. 7), la *subiectio spiritualis* (X, I, 36, c. 10), i diritti di patronato (X, I, 36, c. 9).

espressamente dal diritto<sup>29</sup>. Non viene previsto un trattamento differenziato tra questioni che attengono al bene pubblico o quelle relative al bene privato, dal momento che il *favor conciliationis* richiede che tutti, anche le autorità, cerchino di evitare le liti e di risolvere pacificamente le contese.

Il presupposto essenziale affinché i titolari di uffici o di incarichi di governo possano concludere accordi a riguardo di beni o posizioni giuridiche di pertinenza della propria *dignitas*, oppure del *corpus* o *societas* cui sono preposti, consiste nell'aver la «*libera administratio*», vale a dire il potere di disporre dell'oggetto della pattuizione. Tale potere di disposizione non dipende dalla natura dell'oggetto, ma dall'estensione della competenza dell'autorità, ossia se l'atto dispositivo, per lo specifico contenuto e per gli effetti che produce, rientri nelle proprie attribuzioni o non spetti piuttosto ad altra autorità o al superiore gerarchico, perché in quel caso la legittimazione a disporre sarebbe di questi altri soggetti<sup>30</sup>. Il divieto di transigere «*de quibus libere disponere partes non possunt*»<sup>31</sup> non vale quindi per l'autorità che tratta sugli ambiti di propria competenza, ma concerne piuttosto le autorità che sono preposte ad altri ambiti di governo o i soggetti privati.

La *libera administratio* riconosciuta all'autorità amministrativa nelle materie di propria competenza comporta la discrezionalità di valutare quale sia il modo migliore di gestire la controversia nell'interesse della comunità. Accedere a una modalità consensuale per risolvere un conflitto non significa quindi rinunciare alla cura del bene comune, ma anzi costituisce un esercizio responsabile della funzione amministrativa, dato che, nel perseguire i fini istituzionali, l'autorità deve tenere conto di tutte le esigenze coinvolte e può per-

---

<sup>29</sup> Si rinvia all'analisi dettagliata svolta *supra*, cap. III, § 4 e cap. IV, § 5.

<sup>30</sup> Esemplare sul punto quanto prescrive la decretale *Statuimus* di Alessandro III (X, I, 36, c. 2): «*Statuimus, ut, si super decimis inter vos et aliquam personam ecclesiasticam de assensu episcopi vel archiepiscopi sui compositio facta fuerit, rata perpetuis temporibus et inconcussa persistat*». La *compositio* sulle decime è valida se ha ottenuto il consenso del vescovo, altrimenti non può essere mantenuta (per l'esame più puntuale si veda *supra*, cap. III, § 4).

<sup>31</sup> Can. 1715, § 1 CIC.

tanto accorgersi, di fronte alle contestazioni di un provvedimento, di non avere adottato la disposizione più adeguata, così da scegliere di concordare gli opportuni cambiamenti per armonizzare l'interesse generale con le istanze particolari. A tal fine, l'autorità ha la facoltà di decidere se sia più conveniente e praticabile concludere l'equa composizione con un accordo transattivo, oppure se sia preferibile affidare la definizione della soluzione a persone più esperte.

Il ricorso all'arbitrato non può essere ritenuto del tutto incompatibile con le competenze proprie della funzione amministrativa, come se l'autorità dismettesse completamente la responsabilità nella cura del bene comune per lasciarla ad altri. In realtà, come si è sottolineato, l'autorità esercita il compito istituzionale di provvedere all'attuazione degli obiettivi delle proprie attribuzioni precisamente nel discernere l'*an* e il *quomodo* dell'affidare la decisione agli arbitri. Per determinate tipologie di controversie, quali possono essere quelle attinenti a problematiche particolarmente complesse che richiedono conoscenze specialistiche, potrebbe anzi essere preferibile investire della decisione persone maggiormente esperte della materia. La salvaguardia del bene comune può essere così garantita, oltre che nel vagliare le condizioni di attuabilità dell'arbitrato, anche nella scelta concreta degli arbitri, designando persone corrette e competenti, e nelle indicazioni date nel compromesso a riguardo del modo di condurre la procedura e della natura ed estensione dei poteri di decisione. In particolare, l'autorità amministrativa può concordare modalità diverse di conduzione dell'intervento dei terzi, a seconda del tipo di questioni e delle circostanze del caso concreto, potendo scegliere se affidare agli arbitri la soluzione della controversia con una pronuncia che si sostituisce interamente o in parte alla disposizione amministrativa, oppure costituire una forma di *arbitramentum*, che conferisce agli *arbitratores* la definizione di singoli elementi o aspetti tecnici del provvedimento che sono oggetto di discussione o di incertezza tra le parti.

La praticabilità dell'*arbitrium* o dell'*arbitramentum* non può essere neppure contestata in base all'argomento del carattere esclusivo del potere di decidere le controversie amministrative, cosicché non

potrebbe essere attribuito a soggetti diversi da quelli competenti. In realtà, nell'ordinamento canonico è sempre stata ammessa con larghezza la possibilità di delega della potestà esecutiva, con la quale si può conferire a persone estranee all'organizzazione di governo la competenza di decidere nel caso concreto<sup>32</sup>. L'origine dell'istituto dell'arbitrato, come si ricorda, discende appunto dall'uso di ricorrere a *iudices delegati*<sup>33</sup>. Si può pertanto ritenere che il compromesso arbitrale stipulato per la risoluzione delle controversie amministrative abbia un effetto equivalente a una delega di potere, in quanto l'autorità amministrativa acconsente a conferire a uno o più arbitri il potere di dettare la nuova regolamentazione della materia oggetto del provvedimento, in modo da comporre le diverse istanze, secondo le indicazioni sostanziali e procedurali concordate tra le parti.

A conclusione di questa disamina delle modalità di concretizzazione della conciliazione si deve prendere atto che per la soluzione consensuale delle controversie amministrative non sussistono preclusioni all'uso tanto della transazione in senso ampio quanto dell'arbitrato, in base sia ai principi generali sottesi alla normativa, sia alla tradizione giuridica più risalente, sia alla prassi vigente. Le obiezioni emerse in dottrina derivano in definitiva da una impostazione autoritaristica della potestà di governo in generale, e del potere amministrativo in particolare, emersa in epoca contemporanea, che privilegia forme imperative e unilaterali di esercizio delle attribuzioni di regime e tende pertanto a sottrarre all'intervento di altri soggetti la gestione della *res publica*.

---

<sup>32</sup> Ancora nel codice vigente si riconosce una generale facoltà di delega della potestà esecutiva, «*nisi aliud iure expresse caveatur*» (can. 137, § 1 CIC; can. 988, § 1 CCEO). La stessa dottrina citata nella nota 16 afferma la possibilità di conferire per delega il potere di decidere le controversie amministrative.

<sup>33</sup> Cap. IV, § 1.

## 2. *Il metodo consensuale nell'esercizio della funzione amministrativa*

### 2.1. *L'evoluzione degli ordinamenti secolari*

L'importazione nell'ordinamento della Chiesa della concezione autoritaristica della potestà amministrativa, teorizzata dai regimi liberali ottocenteschi, ha condotto a separare l'ambito dei rapporti tra privati da quello dei rapporti pubblici e a precludere l'impiego degli strumenti consensuali, considerati forme di negoziazione tra privati, alle materie ritenute di appartenenza al bene pubblico<sup>34</sup>. Da qui la fissazione del principio di indisponibilità dei beni pubblici che sono destinati ad essere oggetto solo di atti di gestione pubblica, esercitata in forme imperative e unilaterali<sup>35</sup>. Non si tratta in realtà di una indisponibilità assoluta, bensì di mera esclusione di determinati metodi piuttosto che di altri, dal momento che l'autorità amministrativa ricorre necessariamente ad atti dispositivi dei beni o delle situazioni giuridiche di rilevanza pubblica quando persegue i propri fini istituzionali, ma li realizza nelle forme proprie del potere pubblico e non in quelle comuni ai soggetti privati.

Questa impostazione autoritaristica risulta tuttavia superata dagli orientamenti più attuali degli Stati democratici, anche di quelli che si ispirano al sistema della specialità del diritto amministrativo, che tendono verso una concezione più consensuale e dunque partecipativa dell'azione amministrativa. Essendo venuta meno la contrapposizione ideologica tra gli individui e l'organizzazione della pubblica amministrazione, l'esercizio della funzione amministrativa si è aperta a forme diverse di cooperazione con i privati nella realizzazione degli interessi pubblici<sup>36</sup>. Sono state così estese le pra-

---

<sup>34</sup> Si vedano le modifiche introdotte con il codice piano benedettino (cap. V, § 3).

<sup>35</sup> Sull'evoluzione dei sistemi di diritto amministrativo negli ordinamenti degli Stati, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 23-48. Sul richiamo da parte della dottrina canonistica dei modelli secolari, si veda ancora *ivi*, pp. 231-318.

<sup>36</sup> Si sottolinea come l'interesse pubblico non sia da intendere come un interesse dell'ordinamento pensato in astratto, bensì come un interesse generale della

tiche di collaborazione, concertazione e consultazione dei cittadini, fino a rendere possibile la negoziazione del contenuto dei provvedimenti amministrativi<sup>37</sup>.

Alla base di questa tendenza si può rilevare la consapevolezza che la funzione amministrativa abbia istituzionalmente il compito di dover comporre esigenze diverse nel perseguire gli obiettivi pubblici e sia tenuta pertanto a utilizzare tecniche o strumenti giuridici adeguati a risolvere o prevenire le conflittualità intersoggettive<sup>38</sup>. Corrisponde dunque al principio di buona amministrazione ammettere che nel regolare materie dove occorre valutare e ponderare molteplici bisogni e aspettative sia preferibile ricorrere a modalità di composizione negoziata piuttosto che a imposizioni unilaterali.

Tale *ratio* ha condotto in Italia prima a garantire a quanti siano interessati dagli effetti di una disposizione amministrativa il diritto di partecipare al procedimento di formazione dell'atto e, successivamente, a riconoscere ai medesimi individui la possibilità di proporre accordi che integrano o sostituiscono lo stesso provvedimento<sup>39</sup>. Si tratta di convenzioni che si inseriscono nel quadro del confronto

---

comunità, composto dalla mediazione tra interesse della collettività e interessi dei singoli (G. MARONGIU, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, in *Democrazia e amministrazione. Studi in ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 89-96).

<sup>37</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011<sup>11</sup>, pp. 575-587; M. DE DONNO, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *Federalismi*, 6, 2018, pp. 2-45; P. MASCARO, *L'amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici*, in *Amministrazione in Cammino*, 2022; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Diritto Amministrativo*, 9, 2002, p. 431 ss.

<sup>38</sup> F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e amministrazione*, cit., pp. 13-31; E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 1993, pp. 3-19.

<sup>39</sup> Legge n. 241/1990, art. 11: «In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». L'articolo nei diversi commi è stato introdotto dalle modifiche successive alla legge, intervenute tra il 2005 e il 2012. A parere della dottrina con questi cambiamenti è stato rico-

di interessi attuato nel corso dell'*iter* di elaborazione dell'atto amministrativo e sono dirette a contemperare il fine pubblico perseguito dall'autorità procedente con le esigenze degli altri soggetti coinvolti. L'autorità non è obbligata ad accedere all'accordo, ma deve valutare se sia conveniente ricorrere a strumenti consensuali, anziché a decisioni unilaterali, in ordine alla migliore realizzazione degli obiettivi della propria funzione. In tale discernimento discrezionale bisogna tenere conto del rapporto di prevalenza tra costi e benefici, non solo in termini economici, ma soprattutto a riguardo della ragionevolezza dell'operato, della certezza delle situazioni giuridiche e, in generale, del buon andamento dell'amministrazione<sup>40</sup>.

Una volta concluso l'accordo, peraltro, l'autorità rimane vincolata a rispettarne le conseguenze, che variano a seconda della tipologia della convenzione: negli accordi integrativi deve emanare un provvedimento che abbia il contenuto in tutto o in parte determinato dalla pattuizione; negli accordi sostitutivi deve osservare o dare esecuzione agli effetti prodotti dalla convenzione che prende il posto del provvedimento. Quantunque per regolare questi accordi si richiamino le norme del codice civile, il loro regime resta comunque speciale rispetto ai rapporti tra privati, dal momento che vengono stabiliti alcuni adattamenti per assicurare la prevalente tutela dell'interesse pubblico<sup>41</sup>.

Il principio di negoziazione della funzione amministrativa si estende anche alle modalità di gestione delle controversie ammini-

---

nosciuto un principio generale di negoziabilità (M. DE DONNO, *Nuove prospettive del principio di consensualità*, cit., p. 2).

<sup>40</sup> All'autorità amministrativa spetta di determinare la convenienza della stipulazione dell'accordo «[a] garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa» (art. 4 bis).

<sup>41</sup> In generale, se non è previsto altrimenti, si prescrive di applicare «i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (art. 11, c. 2), ma sono disposte alcune deroghe significative. In particolare, si sancisce che «[p]er sopravvenuti motivi di pubblico interesse» l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo (art. 11, c. 4). Inoltre, la cognizione delle «controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi» viene riservata «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (art. 11, c. 5).

strative<sup>42</sup>. Gli stessi accordi procedurali possono essere adoperati per prevenire o risolvere un conflitto, ma per le liti sorte al seguito dell'emanazione di un atto controverso, gli ordinamenti statali prevedono ormai con ampiezza la possibilità di ricorrere agli strumenti di *alternative dispute resolution*, sia aggiudicativi sia consensuali<sup>43</sup>. In particolare si consente, in misura più o meno aperta, di utilizzare molteplici forme di atti negoziali, tipici o atipici, con funzione transattiva, non solo per la composizione delle questioni di natura patrimoniale, ma anche per la soluzione delle controversie insorte dall'esercizio dei poteri autoritativi<sup>44</sup>.

Risultano così superate le resistenze, prevalentemente di matrice culturale, opposte all'impiego degli strumenti consensuali nelle funzioni pubbliche, in special modo la presunta incompatibilità con il limite di non applicazione ai diritti indisponibili<sup>45</sup>. In realtà si sottolinea come si tratti di una restrizione solo apparente, dal momento che non riguarda in generale la facoltà della pubblica amministrazione di transigere, bensì attiene all'oggetto concreto regolato nel contratto, che per poter essere negoziato in una convenzione transattiva deve rientrare nelle competenze effettive dell'autorità contraente<sup>46</sup>. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, quindi, l'autorità amministrativa può disporre delle situazioni giuridiche connesse alla materia ed è libera di scegliere discrezionalmente le modalità che nelle circostanze concrete ritiene migliori e preferibili per risolvere pacificamente la controversia<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Sul tema si veda l'ampio e documentato studio di A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, ESI, Napoli, 2020.

<sup>43</sup> Si veda la panoramica illustrata prima (cap. IX, § 3.1) dalla quale si evince il sempre più largo impiego sia della transazione sia ancor più dell'arbitrato.

<sup>44</sup> Si rinvia all'analisi comparativa svolta da A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., pp. 113-182.

<sup>45</sup> Il limite viene generalmente previsto nella disciplina civilistica della transazione: nell'ordinamento italiano è contemplato nell'art. 1966, comma 1 del codice civile.

<sup>46</sup> A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., pp. 75-77.

<sup>47</sup> Si può osservare una significativa corrispondenza tra questa argomentazione e la dottrina canonistica classica sulla *libera administratio*, ricordata *supra* (cap. XIII, § 1).

Secondo questa impostazione, pertanto, non sussistono preclusioni assolute alla gestione consensuale dei conflitti nascenti dagli atti amministrativi. Con l'unico limite della non contrarietà alle norme imperative o alle proibizioni stabilite espressamente per determinati atti, l'autorità amministrativa ha il potere discrezionale di valutare la congruità della soluzione diretta a comporre le diverse esigenze con gli obiettivi cui è ordinata la specifica funzione amministrativa esercitata.

Nondimeno, la salvaguardia degli interessi pubblici può richiedere di predisporre misure speciali. Invero, anche se la convenzione riprende la struttura paritaria dei negozi tra privati, non si può dire che la negoziazione sia ad essi del tutto assimilabile, in quanto nella scelta di contrarre e nel contenuto dell'accordo finale la considerazione della compatibilità con i fini istituzionali dell'azione amministrativa assume un valore prevalente. Di conseguenza, le posizioni dell'autorità amministrativa e dei privati non sono pienamente eguali, dal momento che la prima è tenuta a perseguire risultati idonei a realizzare il bene della comunità, mentre i privati sono mossi da interessi individuali. Dal punto di vista dell'amministrazione, dunque, le operazioni dirette allo svolgimento delle trattative per giungere alla stipulazione dell'accordo assumono il profilo di un procedimento di formazione di un atto discrezionale, cioè la decisione di accedere allo strumento transattivo, nel corso del quale l'autorità svolge i doveri connessi alla propria funzione e gli altri soggetti partecipano in modo dialogico. L'esito finale con la conclusione dell'accordo, comunque, viene disciplinato sul modello del diritto comune, come un contratto giuridicamente efficace e reciprocamente vincolante tra le parti<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Secondo questa impostazione, si può distinguere concettualmente e funzionalmente tra l'operazione transattiva, quale «insieme delle attività poste in essere dai litiganti al fine di superare la lite mediante la fissazione di un comune assetto di interessi valevole per il futuro» (A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., p. 226) e l'esito dell'operazione, ossia l'accordo soggetto alla disciplina comune del codice civile (*ivi*, p. 238).

Come si nota, la composizione tra interesse pubblico e interessi privati che si realizza con questa tipologia di convenzione richiede di tenere conto della pluralità di esigenze connesse all'applicazione del metodo consensuale alla risoluzione delle controversie amministrative. Per questo, sembra necessario predisporre regole specifiche che assicurino nel grado adeguato sia la funzionalizzazione del nuovo assetto dei rapporti all'interesse pubblico, sia la stabilità e la certezza delle situazioni giuridiche definite dalla composizione conciliativa.

## *2.2. Le potenzialità nel diritto della Chiesa*

L'apertura a modelli maggiormente consensuali e partecipativi dell'azione amministrativa, sviluppata negli ordinamenti democratici secolari, può essere considerata autenticamente coerente anche all'esercizio della funzione amministrativa nell'ordinamento della Chiesa, in considerazione del carattere diaconale dell'autorità ecclesiale e del contesto comunionale di partecipazione dei fedeli al *munus regendi*<sup>49</sup>.

Nel servizio di cura del bene comune, infatti, l'autorità è tenuta a provvedere a tutte le esigenze dei fedeli, sia quelle collettive sia quelle personali, cosicché, nel perseguire i fini istituzionali, deve cercare di armonizzare e comporre i diversi interessi coinvolti nella situazione concreta. Al fine di acquisire una visione più ampia e completa delle molteplici istanze, oltre che per valutare meglio le disposizioni da adottare, risulta utile, se non necessario, il coinvolgimento di tutti i soggetti che possano contribuire con un apporto costruttivo a definire la realtà da regolare e i risultati specifici cui tendere<sup>50</sup>. La partecipazione dei fedeli alla formazione dell'atto am-

---

<sup>49</sup> Sul servizio alla comunione quale modalità specifica di esercizio della funzione amministrativa, si rinvia per approfondimenti a I. ZUANAZZI, *Praesis ut pro-sis*, cit., pp. 694-701.

<sup>50</sup> Sull'importanza di valorizzare la partecipazione dei fedeli nella prospettiva del diritto-dovere alla «buona amministrazione» si vedano E. BAURA, *Il "buon go-*

ministrativo risulta pertanto essenziale in una duplice prospettiva: anzitutto, nel coinvolgere coloro che sono direttamente toccati dal provvedimento, per tenere in conto la loro posizione all'interno della regolamentazione complessiva della materia; poi, nel consentire a quanti sono esperti o attenti alle problematiche sottese al contenuto dell'atto di offrire contributi utili.

Già nella normativa vigente risultano possibili molteplici interventi nell'*iter* di formazione dell'atto amministrativo, sulla base di titoli differenti e con modalità diversificate.

In primo luogo, possono intervenire ed essere ascoltati i destinatari o coloro che subiscono gli effetti del provvedimento. Dato che questi soggetti hanno un interesse diretto a interloquire nella definizione delle disposizioni che incidono sulla loro sfera giuridica, nei procedimenti volti all'emanazione di determinati atti si stabilisce espressamente l'obbligo di tenere conto del loro punto di vista prima di deliberare il provvedimento finale<sup>51</sup>. Nella disciplina comune del procedimento amministrativo, invece, non viene riconosciuta in forma generale alle persone interessate una pretesa giuridicamente tutelata di poter chiedere di esporre la propria posizione e neppure viene prescritta la loro audizione, come un obbligo da assolversi a

---

verno": *diritti e doveri dei fedeli e dei pastori*, in *Il governo nel servizio della comunione ecclesiale*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Glossa, Milano, 2017, pp. 14-23; J. CANOSA, *La rilevanza della collaborazione attiva dei fedeli per la buona amministrazione ecclesiastica*, in *Ius Ecclesiae*, 30, 2018, pp. 13-32.

<sup>51</sup> Il diritto di partecipare viene previsto in varie procedure speciali, dirette a formare provvedimenti che modificano o accertano lo *status* personale, come la dichiarazione di nullità matrimoniale in via amministrativa, lo scioglimento del vincolo coniugale con dispensa *super rato* o *in favorem fidei*, ovvero la dichiarazione di nullità dell'ordine sacro in via amministrativa e la dispensa dall'obbligo del celibato, o ancora la rimozione o trasferimento dall'ufficio di parroco o la dimissione dall'istituto di vita consacrata. Benché abbiano in comune la qualifica di atti amministrativi, in realtà sono provvedimenti di natura diversa (alcuni sono decreti disciplinari, altri dichiarazioni di giustizia, altri ancora concessioni di grazia) che si svolgono secondo procedure tra loro differenti. Per un esame più dettagliato di comparazione tra le modalità di intervento, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Praesis ut pro-* *sis*, cit., pp. 626-637.

pena di invalidità<sup>52</sup>. Nonostante questa mancanza di garanzie specifiche, tuttavia, si può ritenere che l'autorità sia tenuta, per un principio di giustizia, a interpellare non solo coloro che sono suscettibili di essere pregiudicati dall'atto ma tutti quelli che possono subire conseguenze, positive o negative, da quanto in esso disposto. L'esigenza di un ascolto più esteso è data tanto dalla necessità di tutelare il diritto di difesa delle istanze individuali, quanto dall'interesse comune, perché il maggiore coinvolgimento consente di acquisire tutti i dati e le informazioni utili a conoscere compiutamente la situazione sulla quale viene a incidere l'atto e a discernere meglio l'impatto che può arrecare ai fedeli, in modo da poter assumere la decisione più adeguata a perseguire il bene della comunità e di tutte le persone più direttamente implicate<sup>53</sup>.

Altre modalità di intervento nel procedimento si pongono invece in una prospettiva di più ampia collaborazione dei fedeli all'eser-

---

<sup>52</sup> Con una formulazione molto concisa, il can. 50 CIC prevede, tra gli adempimenti preliminari all'emanazione di un atto, l'audizione di coloro «*quorum iura laedi possint*», aggiungendo tuttavia l'inciso «*quantum fieri potest*». Si lascia pertanto all'autorità una certa discrezionalità nel decidere chi siano i soggetti da interpellare, restringendo la cerchia solo a coloro che possono subire un pregiudizio e non a tutti i potenziali interessati, e soprattutto nel valutare circa la possibilità di ascoltarli o meno. Più articolato e stringente nel definire i doveri di audizione da parte dell'autorità risulta invece il codice dei canoni delle Chiese orientali («*iure audiendos vel consulendos audiat vel consulat*» (can. 1517, § 1 CCEO), che regola anche il diritto al contraddittorio di chi partecipa al procedimento (can. 1517, § 2).

<sup>53</sup> Proprio in considerazione delle esigenze di giustizia, la dottrina ritiene che il can. 50 CIC debba essere soggetto a un'interpretazione stretta per quanto riguarda la clausola limitativa dell'audizione («*quantum fieri possit*»), mentre sia da ammettere un'interpretazione estensiva per quanto concerne le persone da interpellare (J. MIRAS, *Ad can. 50*, in *Comentario exegético*, I, cit., pp. 560-561). Sul procedimento amministrativo si vedano anche: *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 187-209; J. ACHACOSO, *El procedimiento administrativo general en la Iglesia. Normas y estándares canónicos*, Eunsa, Pamplona, 2022, pp. 138-152; J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 1998, 10, pp. 255-273; Id., *I principi e le fasi del procedimento amministrativo nel diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 18, 2006, 551-577; I. ZUANAZZI, *Praevis ut prosis*, cit., pp. 621-626; EAD., *La procedura di formazione dell'atto amministrativo singolare: esigenze pastorali ed esigenze giuridiche, in Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di J.I. ARRIETA, Marianum Press, Venezia, 2008, pp. 97-131.

cizio della funzione amministrativa, in virtù sia di un rapporto di interesse con la materia oggetto del provvedimento, sia della generale partecipazione corresponsabile alla missione della Chiesa, nel contesto di un dialogo con la gerarchia che si svolge in forma bilaterale. Dalla parte dell'autorità, oltre alle consultazioni stabilite per specifici atti<sup>54</sup>, altre richieste di pareri o di consulenze possono sempre essere liberamente promosse ogniqualvolta siano ritenute convenienti. Dalla parte dei fedeli, poi, il riconoscimento di un diritto fondamentale di interloquire con i pastori porta ad ammettere la possibilità per il *quivis de populo* di partecipare anche spontaneamente alla formazione degli atti amministrativi, presentando istanze o proposte specifiche, ovvero offrendo genericamente la propria opinione<sup>55</sup>.

Questa condivisione del processo decisionale attraverso l'assunzione dei contributi di più persone non elide né diminuisce la responsabilità dell'autorità amministrativa nel deliberare il provvedimento finale, e neppure impedisce o attenua il perseguimento del bene comune. Per contro, consente in forma più piena e autentica di far corrispondere le disposizioni adottate alle esigenze di tutti i componenti la comunità ecclesiale e di aggiustare eventuali difficoltà o divergenze di posizioni. In tal modo si favorisce anche una maggiore convergenza di adesioni sulle scelte dell'autorità e una più convinta accettazione del provvedimento da parte dei destinatari.

La ricerca del consenso nell'esercizio della funzione amministrativa risulta ancora più pregnante in alcuni ambiti, nei quali si prescrive di definire i rapporti istituzionali mediante accordi con i soggetti coinvolti, enti o persone singole<sup>56</sup>. Nonostante non riceva una trattazione apposita nei codici, l'uso delle convenzioni risulta in realtà molto diffuso come strumento per regolare la gestione dei beni

---

<sup>54</sup> Si ricordano, ad esempio, quelle prescritte dai cann. 377, § 3; 524; 858, § 2 e 1305 CIC.

<sup>55</sup> Can. 212, §§ 2-3 CIC; can. 15, §§ 2-3 CCEO.

<sup>56</sup> Sugli accordi nell'esercizio della funzione amministrativa, si vedano: *Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 133-148; P. GHERRI, *Diritto amministrativo canonico. Attività codiciali*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 432-438.

ecclesiastici e l'esercizio delle funzioni di cura della comunità, non solo con atti negoziali di diritto comune, stipulati dal responsabile come parte privata, ma anche con accordi che riguardano lo svolgimento di attività proprie dell'organizzazione gerarchica, come il ministero pastorale di una parrocchia<sup>57</sup> o l'apostolato missionario<sup>58</sup>. Tali pattuizioni hanno la funzione di concordare con i soggetti che si assumono il compito di offrire il servizio ecclesiale le modalità concrete dell'affidamento e la necessaria dotazione di mezzi, sia personali che materiali, e di strutture.

Data la peculiarità dell'oggetto e della causa, questi accordi sono da tenere distinti dai contratti di carattere patrimoniale, per i quali il codice rinvia alla disciplina stabilita dalle leggi civili, e si ispirano sostanzialmente a un regime speciale che coniuga, da un lato, una fondamentale libertà di stipulazione e, dall'altro, il vincolo del rispetto degli elementi essenziali delle attività istituzionali per le quali le convenzioni vengono concluse. Dal primo punto di vista, infatti, la normativa lascia ampia discrezionalità all'autorità amministrativa circa il contenuto e la forma di stesura, in quanto non predispone una regolamentazione specifica, né impone di osservare solennità peculiari. Ai fini del loro valore e dell'efficacia, quindi, si applicano i principi generali del diritto in merito all'autonomia consensuale e alla validità degli atti giuridici<sup>59</sup>. Un'analogia regola di libertà si può riscontrare anche in merito alle possibilità di impiego, dal momento che le fattispecie previste espressamente dalla legislazione non sono considerate un elenco esaustivo, per cui si riconosce all'autorità amministrativa la facoltà di concludere accordi nelle materie di propria competenza, ogniqualvolta lo ritenga conveniente<sup>60</sup>.

D'altro canto, però, avendo riguardo all'esercizio di funzioni istituzionali, il contenuto delle convenzioni non dipende intera-

---

<sup>57</sup> Can. 520 CIC.

<sup>58</sup> Can. 790 CIC.

<sup>59</sup> Can. 124, § 1 CIC.

<sup>60</sup> Si applica il principio generale di libertà, cosicché si considera permesso tutto ciò che non sia espressamente proibito (*Compendio di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 148).

mente dalla volontà delle parti, ma, nella misura in cui faccia riferimento alle attività proprie dell'organizzazione gerarchica, risulta vincolato al rispetto dei loro elementi essenziali, predeterminati da norme inderogabili. In questo intreccio tra aspetti lasciati alla libera autodeterminazione delle parti e aspetti istituzionali vincolati si può intravedere la natura particolare di queste convenzioni, dirette a comporre le esigenze necessarie al corretto e proficuo svolgimento di funzioni pubbliche con le legittime istanze di coloro che collaborano al loro adempimento.

Lo strumento giuridico impiegato, tuttavia, è realmente pattizio, sia nel titolo costitutivo, in quanto si fonda sulla volontà delle parti, sia negli effetti, dato che viene a costituire una relazione con reciproci diritti e doveri tra l'autorità amministrativa e gli altri soggetti coinvolti. Questo metodo consensuale non risulta incompatibile con le competenze di cura del bene comune proprie della funzione amministrativa, poiché resta in capo all'autorità amministrativa la responsabilità di valutare la congruenza dell'uso dell'accordo e del suo contenuto in rapporto agli interessi della comunità. In definitiva, il ricorso alle convenzioni si configura come una modalità speciale di attuazione dei compiti propri della funzione amministrativa, un sistema che deve essere vagliato alla luce dei fini concreti da perseguire e delle condizioni particolari in cui realizzarli, ma che in determinate circostanze può risultare il metodo migliore e più conveniente per armonizzare i bisogni collettivi con quelli individuali.

### 3. *Verso uno stile più comunionale nelle relazioni amministrative*

Dall'analisi precedente emerge come l'ordinamento della Chiesa sia assiologicamente predisposto e propenso a consentire l'uso di strumenti partecipativi e consensuali nell'esercizio della funzione amministrativa, anche se la normativa vigente non preveda ancora in grado adeguato procedure operative e forme di garanzia idonee a promuovere la collaborazione dei fedeli e l'impiego degli accordi nella formazione degli atti amministrativi. In ogni caso, questa in-

trinseca inclinazione, se non predilezione, per la partecipazione comunionale al *munus regendi* conferma la possibilità di ricorrere a misure consensuali anche nella gestione delle controversie connesse all'emanazione degli atti amministrativi. Invero, la scelta dell'autorità amministrativa di avvalersi di misure negoziali non può essere considerata incompatibile con la cura del bene comune, ma, anzi, può consentire in determinate circostanze di comporre meglio le diverse esigenze coinvolte dal provvedimento, così da perseguire più fruttuosamente gli interessi di tutti i componenti la comunità.

Questa significativa sinergia tra il principio di conciliazione e la struttura di comunione rende l'utilizzo degli strumenti consensuali il metodo preferenziale e privilegiato per evitare i conflitti, appianare i dissidi e far crescere rapporti di concordia, fiducia e solidarietà. Si può giungere così a recuperare una prospettiva più ampia di valorizzazione del *favor conciliationis*, quale è sottesa ai moniti evangelici<sup>61</sup> e tale è stata interpretata fin dai primordi nella prassi delle comunità cristiane<sup>62</sup>, con il richiamo cioè a conservare atteggiamenti di benevolenza reciproca, non solo in ambito processuale per far cessare le liti, ma prima di tutto come stile delle funzioni di governo ecclesiale e delle relazioni tra fedeli e con le autorità.

In tal senso occorre potenziare un uso ampio e diffuso dei rimedi conciliativi di natura consensuale nell'esercizio della funzione amministrativa, sia per prevenire o risolvere eventuali controversie, sia per favorire il dialogo e la collaborazione con tutti coloro che sono variamente interessati da determinati provvedimenti, al fine di armonizzare il bene della comunità con il bene dei singoli individui.

Risulta particolarmente efficace, sotto questo profilo, la possibilità di attuare una interazione tra l'autore di un atto amministrativo e chi è direttamente coinvolto dalla materia, per concordare il contenuto discrezionale delle disposizioni, in modo da realizzare un equo accomodamento tra il perseguimento degli obiettivi istituzionali e la difesa delle istanze personali. Tale composizione tra le di-

---

<sup>61</sup> Cap. I, § 1.

<sup>62</sup> Cap. I, § 2.

verse esigenze consente di evitare il sorgere di potenziali conflitti e si rivela tanto più proficua se viene attuata in forma preventiva, ossia prima dell'emanazione di un atto il cui dispositivo possa arrecare pregiudizio a qualche soggetto. Si può dunque considerare un dovere di buona amministrazione nel procedere alla formazione di un atto amministrativo il compito dell'autorità di raccogliere tutte le informazioni necessarie ad avere un quadro completo delle esigenze sottese alla materia oggetto del provvedimento e quindi l'impegno di interpellare quanti abbiano interessi specifici coinvolti dagli effetti dell'atto oppure possano comunque offrire contributi rilevanti nella comprensione della situazione. Questi interventi nell'*iter* di formazione delle disposizioni costituiscono il presupposto indispensabile per poter tenere conto di tutti i bisogni, le aspettative e le legittime pretese dei componenti la comunità, così da far emergere eventuali problemi connessi alla potenziale contrarietà con le sfere giuridiche personali di alcuni soggetti e valutare quale sia il modo migliore di provvedere nel caso concreto, per corrispondere adeguatamente alle istanze ritenute meritevoli di tutela, componendo l'utilità generale con il rispetto dei singoli.

Al fine di realizzare un coordinamento più efficace tra le diverse richieste può essere presa in considerazione anche la possibilità di stipulare accordi con chi è titolare di interessi in materia per definire in modo concorde il contenuto discrezionale del provvedimento. Come si è visto, l'uso di pattuizioni è ricorrente quando è necessario assicurare l'adesione e la collaborazione di altri soggetti nell'attuazione delle modalità di esercizio delle funzioni amministrative. Nella prospettiva più ampia dello stile di comunione, si può estendere il metodo consensuale per coinvolgere i destinatari di un determinato provvedimento nel mettersi d'accordo su questioni dubbie, incerte o contrastate, in modo da prevenire le resistenze all'osservanza dell'atto e promuovere al contrario la fiducia e la contribuzione dei fedeli all'operato dell'autorità.

Negli accordi è anche possibile prevenire il sorgere di conflitti con l'inserimento di apposite clausole che impegnano i contraenti a far ricorso a misure conciliative consensuali ogniqualvolta si ri-

scontrano difficoltà o divergenze nell'esecuzione di quanto concordato<sup>63</sup>. In questo senso appare utile la clausola arbitrale, con funzione di vero compromesso, che prescrive di deferire la questione alla decisione di uno o più arbitri selezionati dalle parti. Per essere efficace, tuttavia, deve essere redatta in termini stringenti, idonei a vincolare le parti a seguire la via non contenziosa nelle modalità puntualmente indicate, senza consentire ripensamenti o alternative che toglierebbero forza obbligatoria alla pattuizione<sup>64</sup>.

Infine, sempre nell'ottica della promozione del *favor conciliationis*, qualora, nonostante tutti gli accorgimenti assunti per emanare disposizioni attente al bene comune, sorgano comunque delle controversie, la cura del buon governo richiede all'autorità di ricercare forme di dialogo pacifico con quanti si sentano pregiudicati dall'atto, al fine di trovare un equo accomodamento tra le loro istanze e il perseguimento degli obiettivi istituzionali. La composizione tra i

---

<sup>63</sup> Una clausola di tal genere si riscontra nei formulari o schema-tipo elaborati nel 2023 dalla Conferenza episcopale italiana, in accordo con la Conferenza italiana dei superiori maggiori degli istituti di vita consacrata e col patrocinio del Dicastero per gli istituti di vita consacrata e società di vita apostolica, per predisporre le convenzioni tra una diocesi, una parrocchia o un santuario e un istituto di vita consacrata o una società di vita apostolica per l'affidamento di determinati servizi ecclesiali: «In caso di conflitto, le parti concordano di impegnarsi a raggiungere una risoluzione pacifica. Le medesime parti prendono atto di quanto stabilito nei cann. 1288 e 1290, al fine di evitare di introdurre cause presso i tribunali civili su tale materia. //In caso di controversia, si osservi, *mutatis mutandis*, il can. 1733, § 1 sull'arbitrato o la mediazione di una persona autorevole. //Infine, se ogni tentativo di risoluzione pacifica o di mediazione è stato inefficace, si consideri la possibilità del ricorso gerarchico ai sensi dei cann. 1734-1739 ...».

<sup>64</sup> Da questo punto di vista, non si può non rilevare l'imperfezione nella stesura della clausola citata nella nota precedente. Infatti, si prevede la possibilità di scegliere tra arbitrato e mediazione, che sono due strade ben diverse per gli effetti che producono sulle sorti della lite: l'uno la conclude con il deferimento del giudizio agli arbitri; l'altra lascia aperta la possibilità che non si raggiunga un esito positivo. Appunto la possibilità del fallimento del tentativo di risoluzione pacifica viene adombrato nel prosieguo del testo, che indica alle parti come proseguire il conflitto con la presentazione di un ricorso gerarchico ai sensi dei cann. 1734-1739 CIC. Pare quasi che la finalità principale della clausola non sia tanto promuovere la conciliazione e dissuadere le parti dal litigare, quanto piuttosto evitare che propongano la causa avanti ai tribunali civili e percorrano piuttosto le vie ecclesiali, non rilevando che siano conciliative o conflittuali.

diversi interessi coinvolti dal provvedimento corrisponde in fondo all'attuazione più autentica dell'*aequitas canonica* diretta a sancire una giustizia effettiva, vale a dire una giustizia che non si limita ad applicare rigidamente le norme, estrapolandole dal contesto concreto, ma persegue un più compiuto e conveniente ordine nei rapporti sociali, attento alle esigenze reali delle persone nelle circostanze del caso specifico.

In conclusione, si può annotare come nell'ordinamento della Chiesa si riscontrano ampie possibilità di utilizzo dei metodi conciliativi consensuali che sono ordinati ad accrescere i rapporti di comunione all'interno della comunità ecclesiale. Nondimeno, lo stato attuale della normativa, che prevede solo richiami generici e non dispone una regolamentazione sufficientemente precisa e idonea a promuoverne un impiego corretto ed efficace, può frustrare la loro applicazione. Affinché le autorità e i fedeli possano essere incentivati e siano in grado di attuare questi rimedi, risulta pertanto imprescindibile apprestare norme e strutture adeguate. In particolare, appare necessario colmare le lacune della legislazione vigente in merito ai seguenti aspetti: definire le peculiarità di ciascuno dei diversi strumenti giuridici di conciliazione consensuale circa il metodo e gli effetti, distinguendo tra conciliazione e mediazione giudiziale o stragiudiziale, transazione in senso ampio o in senso stretto, arbitrato nelle forme dell'*arbitrium* o dell'*arbitramentum*; precisare le fattispecie e le modalità nelle quali sia possibile e utile ricorrere a uno di questi rimedi; predisporre organismi appositi e procedure specifiche per attuare in modo corretto ed efficace le misure che richiedono un percorso di dialogo per giungere all'esito della concordia. Una volta che siano state assicurate le strutture idonee, si può anche valutare l'opportunità di stabilire in determinati casi, soprattutto nella risoluzione delle controversie amministrative, l'obbligo di seguire la via conciliativa, quanto meno come fase preliminare all'accesso ai mezzi contenziosi.

Soprattutto, occorre regolare le diverse procedure di conciliazione in modo da valorizzare la loro utilità ed efficacia nella soluzione pacifica dei dissidi all'interno della comunità ecclesiale, affinché

le autorità e i fedeli possano riconoscere la convenienza di ricorrere a queste misure, non solo per evitare i disagi e le molestie delle liti, ma principalmente per accrescere lo stile e i rapporti di comunione nella Chiesa.



# INDICE

Introduzione.....	9
-------------------	---

## PARTE PRIMA

### Gli strumenti conciliativi nella storia e nel diritto della Chiesa

I. Il principio di riconciliazione nella Chiesa .....	15
1. <i>Valore teologico e soteriologico del principio         di riconciliazione</i> .....	15
2. <i>Lo sviluppo degli strumenti giuridici di attuazione del principio         di riconciliazione</i> .....	24
II. La conciliazione in giudizio.....	33
1. « <i>Pacem facite inter eos</i> »: <i>la funzione di pacificazione nell'esercizio         del giudizio</i> .....	33
2. <i>Testimonianze patristiche della prassi ecclesiale di conciliazione</i> .....	44
3. « <i>Ad pacem magis quam ad iudicium cohortentur</i> »: <i>il rafforzamento dell'obbligatorietà del monito di favorire         la composizione della lite</i> .....	48
4. « <i>Episcopus discordantes ... debet ad concordiam revocare</i> »: <i>l'impegno per la pace del vescovo</i> .....	54
5. « <i>Iudex ad concordiam laborare debet</i> »: <i>il ruolo di interposizione del giudice</i> .....	59
6. « <i>Ad componendum coegit invitum</i> »: <i>la concordia 'imperata'         auctoritate iudicis</i> .....	71
III. La composizione consensuale.....	85
1. <i>La diffusione della prassi degli accordi</i> .....	85
2. « <i>Transactio ... dicitur esse salubris</i> »: <i>la strutturazione         dell'istituto della transactio</i> .....	87
3. « <i>Gratis et amicabiliter</i> »: <i>l'elaborazione canonistica della         compositio amicabilis</i> .....	95
4. « <i>Super omnibus praeter quam in prohibitis</i> »: <i>la legittimazione         a transigere e i limiti posti all'oggetto della composizione</i> .....	99

5. <i>La compositio in ambito penale</i> .....	109
5.1. <i>I pacta de crimine</i> .....	109
5.2. «Super aliquo crimine ... gratuita pactio potest fieri»: <i>la pacificazione nei crimini canonici</i> .....	125
<b>IV. La soluzione per arbitros</b> .....	139
1. «Sic non est inter vos sapiens quisquam, qui possit iudicare inter fratrem suum?». <i>L'arbitrato tra scelta volontaria e precepto obbligatorio</i> .....	139
2. «Arbitrium est trinus actus personarum sub compromissario iudice litigantium»: <i>la struttura giuridica dell'arbitrium</i> .....	146
3. <i>Arbiter, arbitrator, amicabile compositor: le diverse figure della mediazione arbitrale</i> .....	153
4. <i>La libertà di conclusione dell'accordo di arbitrato</i> .....	162
5. «De omnibus causis, quae expresse non prohibentur, possit in arbitros compromitti»: <i>le materie che possono essere oggetto di arbitrato</i> .....	173
<b>V. La riconciliazione tra i due codici</b> .....	183
1. <i>L'eredità della tradizione canonistica alle soglie della codificazione</i> .....	183
2. <i>La nuova impostazione del codice piano benedettino</i> .....	191
3. <i>La restrizione alle cause relative al bonum privatum</i> .....	196
4. <i>L'attenuazione del carattere doveroso</i> .....	203
5. <i>Gli sviluppi nella legislazione giovanneo paolina</i> .....	209
6. <i>Resistenze e potenzialità nella promozione del principio di riconciliazione nella normativa codiciale</i> .....	215
<b>VI. Le forme della conciliazione nella normativa canonica vigente</b> .....	223
1. <i>La concordia per prevenire o per porre termine alla controversia in giudizio</i> .....	223
2. <i>La composizione consensuale con accordo tra le parti</i> .....	230
2.1. <i>La transazione</i> .....	230
2.2. <i>L'arbitrato</i> .....	235

PARTE SECONDA

**La conciliazione nel quadro della riforma  
della giustizia amministrativa**

<b>VII. Sviluppo storico dei rimedi conciliativi nella gestione delle controversie amministrative</b> .....	245
1. <i>Prodromi storici degli strumenti conciliativi nei confronti degli atti amministrativi</i> .....	245
1.1. <i>La distinzione tra rimedi di grazia e rimedi di giustizia</i> .....	245
1.2. <i>I recursus nella riforma piano benedettina</i> .....	261
2. <i>L'elaborazione dei canoni sulla composizione pacifica delle controversie nel codice del 1983</i> .....	267
2.1. <i>La prima fase dei lavori: la petitio praevia</i> .....	267
2.2. <i>La seconda fase dei lavori: il dovere di esortare le parti a risolvere pacificamente la controversia</i> .....	272
2.3. <i>La terza fase dei lavori: la compositio amicabile</i> .....	276
2.4. <i>La quarta fase dei lavori: la facoltà di costituire organismi stabili nelle normative particolari</i> .....	280
2.5. <i>La quinta fase dei lavori: l'inserimento dei canoni nel libro De processibus</i> .....	286
<b>VIII. Il quadro attuale degli strumenti di conciliazione nei confronti degli atti amministrativi</b> .....	291
1. <i>I rimedi conciliativi nella disciplina dei ricorsi amministrativi</i> .....	291
2. <i>La ratio della riforma ecclesiale: l'impegno di evitare le contentiones</i> .....	296
<b>IX. Le strategie di gestione delle controversie amministrative: uno sguardo di comparazione</b> .....	305
1. <i>L'evoluzione degli Alternative Dispute Resolution Methods negli ordinamenti secolari</i> .....	305
2. <i>Rimedi più innovativi e rimedi più tradizionali: conciliazione e mediazione</i> .....	313
3. <i>Rimedi consensuali e rimedi aggiudicativi</i> .....	319
3.1. <i>Transazione e arbitrato</i> .....	320

3.2. Rimedi aggiudicativi interni all'amministrazione .....	322
3.3. Rimedi aggiudicativi affidati ad autorità indipendenti.....	327
4. Rimedi facoltativi e rimedi obbligatori.....	329
5. Una distinzione rilevante per il diritto canonico: l'alternativa tra rimedi contenziosi o non contenziosi.....	332
<b>X. Il tentativo facoltativo di conciliazione .....</b>	<b>339</b>
1. La nozione di conciliazione .....	339
2. La conciliazione per iniziativa spontanea.....	342
2.1. I presupposti.....	342
a) Il gravamen.....	343
b) I motivi della richiesta di composizione.....	346
c) L'atto oggetto di conciliazione.....	350
2.2. Le modalità procedurali .....	352
a) La posizione delle parti.....	353
b) La scelta della conciliazione.....	354
c) La mancanza di garanzie normative .....	358
d) Il metodo della mediazione.....	361
3. La conciliazione promossa d'ufficio in sede contenziosa .....	364
3.1. La conciliazione diretta dal superiore gerarchico.....	364
a) Il dovere di promuovere la conciliazione .....	366
b) L'autonomia delle parti.....	369
c) Il ruolo del superiore gerarchico.....	371
3.2. La conciliazione avanti al Supremo tribunale della Segnatura apostolica .....	378
<b>XI. La <i>petitio praevia</i>.....</b>	<b>389</b>
1. La natura ambivalente della petizione preventiva.....	389
2. La prevalenza dell'impostazione autoritativa.....	395

<b>XII. La procedura di conciliazione tra spinte ideali e garanzie concrete.....</b>	<b>403</b>
1. <i>Per una attuazione effettiva del favor conciliationis.....</i>	403
2. <i>L'integrazione dei canoni sulla conciliazione: uno sguardo alle normative particolari.....</i>	409
3. <i>Altre procedure conciliative previste da norme speciali per particolari tipologie di controversie sorte da atti amministrativi.....</i>	420
4. <i>Una possibile proposta de iure condendo.....</i>	426
<b>XIII. La conciliazione nell'esercizio consensuale e partecipativo della funzione amministrativa .....</b>	<b>435</b>
1. <i>Le modalità sostanziali della conciliazione nella gestione delle controversie amministrative.....</i>	435
2. <i>Il metodo consensuale nell'esercizio della funzione amministrativa .</i>	450
2.1. <i>L'evoluzione degli ordinamenti secolari.....</i>	450
2.2. <i>Le potenzialità nel diritto della Chiesa.....</i>	455
3. <i>Verso uno stile più comunionale nelle relazioni amministrative.....</i>	460

## *Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni

1. COSTANTINO-M. FABRIS, *Foro interno. Genesi ed evoluzione dell'istituto canonistico*, 2020.
2. GERALDINA BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, 2021.
3. *Libertà, dubbio, coscienza morale. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, a cura di BEATRICE SERRA, 2022.
4. *Dante e Diritto. Un cammino tra storia e attualità*, a cura di FEDERICO CASOLARI, ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIORGIO SPEDICATO, 2022.
5. BEATRICE SERRA, *Intimum, privatum, secretum. Sul concetto di riservatezza nel diritto canonico*, 2022.
6. *Forever Young. Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, 2 Voll., edited by ELISA BARONCINI, BERT DEMARSIN, ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN, RAQUEL REGUEIRO DUBRA, RUXANDRA-IULIA STOICA, 2023.
7. *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, a cura di ILARIA ZUANAZZI, MARIA CHIARA RUSCAZZO, VALERIO GIGLIOTTI, 2023.
8. LAURA MARIA FRANCIOSI, *La disciplina degli interessi nei contratti internazionali. Un'analisi di diritto comparato*, 2023.
9. ALBERTO TOMER, *Il nuovo assetto del Sovrano Militare Ordine di Malta. La riforma del 2022 nella fedeltà a una storia millenaria*, 2023.
10. *Lex generalis omnium. Un diritto del passato nel presente*, a cura di ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI, 2023.
11. *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio. Liber Amicorum per Erminia Camassa*, a cura di FRANCESCA OLIOSI, 2023.
12. *I 40 anni del Codex Iuris Canonici*, a cura di ALBERTO TOMER, 2024.
13. ILARIA ZUANAZZI, *La conciliazione nel diritto della Chiesa. Principi generali e applicazioni nella giustizia amministrativa*, 2024.

Publicato nel mese  
di ottobre del 2024

Collana diretta da Geraldina Boni

issn 2724-4660