

LA LEGGE PENALE PIÙ FAVOREVOLE (CAN. 1313)

1. Introduzione

Vorremmo iniziare queste riflessioni prendendo come punto di partenza alcune affermazioni contenute nell'ultima Esortazione apostolica di Sua Santità Giovanni Paolo II, *Pastores Gregis* (= PG)¹, sull'esercizio del potere, che possano servirci come inquadratura generale.

Nel n. 43 si parla dell'autorità con cui il Vescovo governa la sua diocesi. Un'autorità che non si basa solamente sulla potestà ricevuta, ma anche sull'esemplarità della sua vita, ad imitazione di Gesù Buon Pastore. La potestà e l'esemplarità permettono al pastore di governare il suo popolo in maniera tale che tutto ciò che essi realizzano in consonanza con il Vangelo sia di "aiuto alle anime", unico interesse e fine della loro missione. L'autorità, pertanto, si configura come servizio agli uomini e manifestazione della presenza operante di Cristo nella sua Chiesa.

Si parte allora da due idee: l'effettiva presenza della potestà e la necessaria ricerca dell'utilità del suo esercizio. In effetti, il ministero del vescovo non può

¹ GIOVANNI PAOLO II, «Esortazione apostolica post-sinodale *Pastores gregis*, sul vescovo servitore del vangelo di Gesù Cristo per la speranza del mondo, del 16 novembre 2003», AAS 96 (2004) 825-994.

essere ridotto al compito di un mero “moderatore” (PG 43). Egli ha il diritto e il dovere di governare i suoi fedeli con l'imposizione di leggi che guidino i fedeli². Tuttavia non si tratta del potere che cerca di giustificare se stesso, ma del potere che cerca di esprimere il servizio di amore attraverso le istituzioni³. Potere e servizio, nella Chiesa, non possono essere separati, debbono essere entrambi costitutivi del *munus pastoralis* che il vescovo riceve dal Signore.

I Pastori sono testimoni pubblici e la loro *potestas testandi fidem* raggiunge la sua pienezza nella *potestas iudicandi*: il Vescovo, non solo è chiamato a testimoniare la fede, ma anche ad esaminarla e disciplinare le sue manifestazioni nei credenti affidati alla sua cura pastorale. Nel compiere questo incarico, farà tutto il possibile per suscitare il consenso dei suoi fedeli, fermo restando che è lui che deve sapere assumere la responsabilità delle decisioni che, secondo la sua coscienza di pastore, vede necessarie, preoccupato soltanto del giudizio futuro di Dio (PG 44e)⁴.

² Qui dobbiamo ricordare ciò che la stessa Esortazione, nel n. 10, afferma sulla “circularità” che esiste tra la figura del pastore e quella del fedele, con la quale si vuole mettere in evidenza il rapporto tra la responsabilità personale del Vescovo riguardo il bene della Chiesa che gli è stata affidata e la corresponsabilità di tutti i fedeli riguardo il bene di essa. Questa circolarità non può rimanere soltanto nel discorso della presa di decisioni sulla diocesi, ma estendersi agli aspetti procedurali dove il superiore o il giudice e il fedele cercano lo stesso fine: la verità.

³ Cf. V. DE PAOLIS, «Stile pastorale di governo e comunione diocesana (Esortazione ap. *Pastores gregis*, nn. 43-44)», in A. CATTANEO (ed.), *L'esercizio dell'autorità nella Chiesa. Riflessioni a partire dall'esortazione apostolica «Pastores gregis»*, Venezia 2005, 47.

⁴ «*Pastores sunt publici testes atque eorum potestas testandi fidem suam attingit plenitudinem in potestate iudi-*

Certamente l'esercizio del potere non è sempre facile, poiché molte volte si debbono prendere misure che, tenendo nel debito conto la stessa utilità spirituale dei fedeli, possono non essere le più gradite dagli stessi o, semplicemente, possono non essere capite dai destinatari.

Tuttavia, come afferma l'esortazione, l'esercizio dell'autorità non è solo un diritto, ma anche un dovere. Non un dovere che nasce come parte di un compito, ma che è testimonianza della fede, cioè è l'ambito della fede in cui il potere deve essere esercitato con la finalità che la stessa virtù impone: l'autorità dovrà essere esercitata nella Chiesa come comunità di fedeli chiamati alla salvezza.

È allora, nel delicato equilibrio tra la benevolenza e l'applicazione più severa della norma – sempre come servizio della giustizia e testimonianza della fede – che vogliamo presentare questa riflessione intorno al can. 1313 il cui testo dice:

§1. Se dopo che il delitto è stato commesso la legge subisce mutamenti, al reo si deve applicare la legge più favorevole.

§2. Che se una legge posteriore elimina la legge, o almeno la pena, questa cessa immediatamente⁵.

candi: Episcopus non solum vocatur ad fidem testificandam, sed etiam ad eam existimandam eiusque manifestationes ex parte fidelium pastoralibus suis curis creditorum moderandas. Hoc in suo adimplendo munere ille maximopere contendet ad suscitandum suorum fidelium consensum, sed noverit tandem se ea caputurum esse consilia quae necessaria suae pastoris conscientiae videbuntur, sollicitum praesertim de futuro Dei iudicio». PG 44e.

⁵ Can. 1313: «§1. Si post delictum commissum lex mutetur, applicanda est lex reo favorabilior. §2. Quod si lex posterior tollat legem vel saltem poenam, haec statim cessat».

Qual è la vera portata della norma? Quali problemi nascono dalla sua applicazione? Che possibilità esiste di una applicazione diversa da quella che normalmente è stata interpretata dalla dottrina? Si può interpretare in modo diverso questo canone, senza falsificare il suo contenuto e l'intenzione del legislatore?

Per rispondere a queste domande presenteremo la norma nel contesto delle diverse situazioni in cui il fedele si colloca di fronte all'autorità che configura, all'interno del codice, un sistema di garanzie. In seguito vedremo in che misura la disposizione della norma può essere realizzata, per finire con un'interpretazione che mira soprattutto alla possibilità di una applicazione della norma in senso meno benevolo.

2. Significato collegato all'ubicazione

Il significato del titolo che abbiamo voluto dare a questo paragrafo può attirare l'attenzione. Il canone in questione apparentemente non presenta grandi problemi al lettore, tuttavia crediamo che per comprendere la portata e il problema della norma, si debba cercare di contestualizzare il canone all'interno del sistema di garanzie che il CIC offre, e nel contesto nel quale è stata definitivamente ubicata.

Ciò presuppone una prospettiva metodologica speciale. Si farà una lettura del canone partendo dal punto di vista più generale al più particolare, per poi analizzare la problematica interna del secondo paragrafo e successivamente fare una lettura della norma da una prospettiva più universale.

2.1 *Il sistema di garanzie*

Una volta ammesso che il sistema giuridico che regola una società non è un assoluto come del resto la società stessa, risulta inevitabile la ricerca di clausole che servano, all'interno dello stesso ordinamento, a limitare o a proteggere gli individui. Nascono così le garanzie che l'autorità riconosce ai destinatari di tale sistema per proteggerli dal sistema stesso. In questo senso il diritto penale appare come il punto più sensibile del sistema giuridico, dato che può mettere in "pericolo" i beni fondamentali dell'individuo, quali sono la libertà (e in certi paesi perfino la vita) nel sistema civile e la salvezza nel sistema canonico.

Vediamo quali sono le garanzie che dal punto di vista penale danno significato al canone che desideriamo studiare. Abbiamo voluto presentarle tenendo conto delle varie circostanze o momenti giuridici che la persona può attraversare. Il primo momento o situazione comprende le garanzie che regolano la vita di tutti fedeli fino al momento dell'accusa. Il secondo inizia dall'accusa con la quale la persona entra nella categoria di indiziato o sospettato. Il terzo momento considera la vita del fedele dal momento della sentenza. In questo momento parliamo di reo.

2.1.1 Primo momento: fino all'accusa

In una prima fase, quando ancora lo sguardo dell'autorità non si è posato su alcun membro della comunità per fare chiarezza sull'attribuzione di un reato, troviamo due garanzie fondamentali. In primo luogo il can. 9 stabilisce che «le leggi riguardano le cose future, non le cose passate, a meno che non si

disponga nominatamente in esse delle cose passate»⁶. Secondo i principi già stabiliti nel diritto romano, la legge viene formulata per fatti che si verificano *posteriormente* all'entrata in vigore della norma⁷. Si parla quindi di *principio d'irretroattività della legge*.

Questa norma risulta di particolare importanza, poiché la retroattività della legge mette in serio pericolo la possibilità della persona di orientare la propria condotta secondo ciò che la legge stessa ordina. Inoltre, la persona ha diritto «che le azioni compiute legittimamente secondo le previsioni normative o fondate sull'autonomia della propria volontà, non siano arbitrariamente destituite di valore»⁸.

Se si ammettesse la retroattività riguardo alla condotta, l'individuo sarebbe sottomesso all'arbitrio dell'autorità del momento: la liceità di un atto compiuto è considerata un diritto acquisito dalla persona,

⁶ Can. 9: «Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur».

⁷ Cf. V. DE PAOLIS, «Il libro I del Codice: norme generali», in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (ed.), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, Roma 1995³, 278-279. Più avanti l'autore aggiunge: «In questi casi non vengono modificati i fatti passati, né vengono annullati i diritti acquisiti (can. 4), bensì viene regolata in modo nuovo la modalità di esercizio dei diritti, dei poteri e delle facoltà acquisite [...] Un altro esempio può essere desunto dal can. 1313 §2...». *Ibid.*, 279.

⁸ «[La persona tiene derecho] a que los actos realizados legítimamente de acuerdo con las previsiones normativas o procedentes de la autonomía de su voluntad, no queden arbitrariamente destituidos de valor». J. OTADUY, «Comentario al can. 9», in A. MARZOA – J. MIRÁS – R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (edd.), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. I, Pamplona 1997², 311.

caratterizza l'atto compiuto, e, pertanto, va ad integrare il suo patrimonio giuridico.

Come risulta chiaramente dal testo, non si tratta di un principio assoluto, come vedremo più avanti, ma non potrà mai cercare di giudicare o determinare azioni già compiute, se non nella misura in cui si spiegherà più avanti⁹. Solo alcune conseguenze di azioni passate anche se non verificate o la modalità dell'esercizio dei diritti potranno essere disciplinate per il futuro¹⁰. Il punto fondamentale è che la retroattività non dovrà essere verificata in generale ma nei casi particolari, all'interno dei quali si può parlare della retroattività favorevole alle persone¹¹.

Una seconda garanzia che appartiene a questo momento si trova nel can. 18, che dice: «Le leggi che stabiliscono una pena, o che restringono il libero esercizio dei diritti, o che contengono un'eccezione alla legge, sono sottoposte a interpretazione stretta»¹².

⁹ Certamente nemmeno si potrebbe accettare l'immobilità assoluta del sistema giuridico che finirebbe per accettare delle condotte che col tempo diventerebbero inopportune o ingiuste. Senza volere anticipare materia sarebbe il caso giustamente contemplato per il can. 1313 §2.

¹⁰ Alcuni considerano la regolazione degli effetti nuovi degli atti giuridici per il futuro come retroattività irrilevante, giacché non si regolano i fatti che ancora non sono perfetti o diritti che ancora non sono acquisiti (in questo caso sarebbe una mera aspettativa). Cf. J. OTADUY, «Commento al can. 9» (cf. nt. 8), 313.

¹¹ Sarebbe il caso non solo del can. 1313 che stiamo analizzando ma anche quello della *sanatio in radice* (can. 1161 §1), oppure gli atti procedurali di risanamento della sentenza (can. 1622).

¹² Can. 18: «Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi». Questo canone ha come fonte il can. 19 del CIC17, il cui testo riproduce interamente.

L'interpretazione è «la dichiarazione del significato genuino della legge secondo la mente del legislatore, espressa in qualche maniera negli elementi costitutivi o circostanze della legge»¹³. In alcuni casi il

¹³ «La declaración del sentido genuino de la ley según la mente del legislador, expresada de alguna manera en los elementos constitutivos de la ley». M. CABREROS DE ANTA, «Commento al can. 17», in L. MIGUÉLEZ – S. ALONSO MORÁN – M. CABREROS DE ANTA (edd.), *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, Madrid 1967, 12. Aggiunge l'autore più avanti: «La interpretación estrictamente considerada, presupone que el sentido de la ley es por sí mismo dudoso u oscuro [...] a) *Por razón del autor*, la interpretación puede ser *auténtica* o *autoritativa* y *privada* o *directiva*. La *auténtica* puede ser general, o dada por la ley, y *particular*, que es la dada por sentencia o rescripto. La interpretación *privada* puede ser *doctrinal*, o sea, hecha por los peritos y *usual*, o introducida por la práctica o costumbre del pueblo con intención de cumplir la ley; y b) *Por razón de los efectos*, la interpretación es: 1) *Meramente declaratoria*, o que únicamente declara las palabras de la ley de suyo ciertas (canon 17 §2). 2) *Propiamente declaratoria* (canon 17 §2), que es la que declara una ley dudosa conforme al sentido gramatical de las palabras, considerado en el texto y en el contexto y conforme a la mente del legislador. Esto no quiere decir que en la interpretación *propiamente declarativa* no hay de recurrirse también, como medios para hallar el sentido literal propio de las palabras a los lugares paralelos, al fin y a las circunstancias de la ley. La interpretación *declaratoria* puede ser *estricta* y *lata*, según que las palabras se tomen en sentido propio riguroso o en sentido propio amplio, cuando una misma palabra tiene varias acepciones. 3) *Extensiva* (canon 17 §2) que es la interpretación de una ley conforme al sentido lógico de las palabras y a la mente del legislador, por la cual la ley se aplica a casos que no están contenidos en el significado literal de las palabras. Puede hacerse esta interpretación cuando claramente consta que la intención del legislador rebasa los límites del sentido literal de la ley y cuando lo exige no sólo la semejanza sino la identidad de razón

legislatore stabilisce che il significato che deve essere dato alle parole deve essere adattato strettamente al significato che esse hanno, per evitare che possano danneggiare persone a causa di un'applicazione estesa a casi che non siano direttamente contemplati nella legislazione stessa a causa di un'interpretazione ampia o analogica. Perciò la norma stabilisce che nel caso delle leggi chiamate odiose, cioè, quelle che stabiliscono pene che limitano la libertà o quelle che contengono una eccezione alla legge, debbono essere interpretate strettamente¹⁴. Si applica in questo caso

entre los casos comprendidos en la ley y otros casos no comprendidos en esa misma significación; tal sucede en los casos *correlativos*, por lo cual lo que se dice del esposo se aplica a la esposa; en los *equiparados*, como la elección y la postulación, en los *conexos* como la facultad de testar y la de legar. 4) *Restictiva* (canon 17 §2) o declaración de una ley según el sentido lógico o racional de las palabras y la mente del legislador, por la cual se sustraen de la ley algunos casos comprendidos en el sentido literal de las palabras, pero no en la voluntad del legislador». *Ibid.*, 12-13. [NB: i canoni citati in questa nota appartengono al CIC17].

¹⁴ Si è verificato nel passato un dibattito sul criterio per determinare quando una legge è odiosa o meno. Suarez, dopo aver scartato altri criteri, afferma che il principio di distinzione in questi casi sarebbe quello della *materia legis*, «la quale per conseguenza sarà favorevole se concede un favore, sarà invece odiosa se commina una pena o impone altro gravame». E spiega: «La legge che proibisce una cosa intrinsecamente cattiva o ne prescrive una buona, rimarrà sempre favorevole, ancorché porti un gravame ai sudditi: tale gravame infatti è intrinseco allo stesso esercizio della virtù e deriva più che dalla legge, dalla *infirmis hominis*. E quanto alle leggi penali, anche se si può dire che “ratione finis aliquid favorable intendatur”, in realtà “lex pure poenalis seu quae solum fertur ad imponendam vel augendam poenam potest dici simpliciter odiosa”». In una posizione contraria A. Reiffenstuel afferma che «per quanto le

l'assioma o *regula iuris: odiosa sunt restringenda, favorabilia vero amplianda*¹⁵.

L'*interpretazione stretta*, quella che si limita solo al significato letterale delle parole, presuppone che i modelli penali siano limitati all'estensione minima del loro significato, evitando così qualsiasi tipo di analogia che presupponga la possibilità di applicare la pena a casi "simili". Il significato di questa restrizione risiede nel fatto che il legislatore non applica

leggi penali riguardino il bene comune (dello Stato o della Chiesa), in quanto tendono in definitiva ad esso e per assicurare questo puniscono i delitti [...] tuttavia il loro fine primario e principale *non est bonum commune Reipublicae*, ma la punizione dei crimini, che è veramente intesa dalla legge, e che viene usata come mezzo idoneo per procurare il bene pubblico *secundario, remote et consecutive simul intentum*». P. FELICE, «Una questione elegante: favorevole o odiosa la norma penale?», *Communicationes* 10 (1978) 276-277. Per una maggiore comprensione del tema si può vedere P. FEDELE, «De poenali iure interpretando», *Apollinaris* 11 (1938) 405-452; 515-556; V. DE PAOLIS, «Il libro I del Codice: norme generali» (cf. nt. 7), 299.

¹⁵ Citato in T. JIMÉNEZ URRESTI, «Commento al can. 18», in AA.VV., *Código de derecho canónico. Edición bilingüe comentada por los Profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Salamanca*, Madrid 2001¹⁶, 29. Tornando al tema del carattere odioso o favorevole della legge Suarez afferma: «Non ripugna che nella stessa legge vi sia un aspetto favorevole ed uno odioso, perché le relazioni quasi opposte possono essere proprie di una stessa cosa, sotto diversi aspetti, come di somiglianza e dissomiglianza (sic), di eguale e ineguale, di maggiore e di minore: ma così confrontano le due cose: poiché il favore e l'odio sono correlativi, infatti il favore di uno, è similmente favore e odio: quindi non ripugna che la stessa disposizione riguardo a diversi, sia ad uno favorevole e all'altro contraria». Citato da P. FELICE, «Una questione elegante: favorevole o odiosa?» (cf. nt. 14), 279.

volentieri le pene, riservandole ai casi in cui la condotta della persona mette in serio pericolo la disciplina ecclesiastica (can. 1317), la quale non può essere custodita o ristabilita attraverso altri mezzi (can. 1341). Ovviamente con una interpretazione stretta si limitano i casi di violazione della legge¹⁶.

La legge penale, intesa nella sua funzione limitativa dei diritti, generalmente funge da paradigma di legge odiosa. Questa idea, tuttavia, non è stata accettata pacificamente dalla dottrina. Di fatto una norma penale è odiosa in quanto può limitare i diritti delle persone o imporre oneri. Considerando la finalità della pena (la conversione del reo, il bene comune della società, o la riparazione dello scandalo secondo il can. 1341), invece, si potrebbe dire che non è così. Oggi comunemente si accetta l'odiosità in riferimento diretto al destinatario¹⁷. Possiamo soltanto prendere nota della distinzione appena fatta secondo la prospettiva, come faremo più avanti, con la quale si esamina tale legge.

Una norma che ci sembra opportuno commentare è lo scomparso can. 2219 §1 CIC17, il quale recitava: «In materia penale si deve dare l'interpretazione più benevola»¹⁸. Questo canone sembra la fonte diretta della norma che stiamo commentando e che non è stata inclusa nell'attuale normativa.

¹⁶ Cf. V. DE PAOLIS, «Il libro I del Codice: norme generali» (cf. nt. 7), 299.

¹⁷ Cf. J. OTADUY, «Commento al can. 9» (cf. nt. 8), 374.

¹⁸ Can. 2219 §1: «In poenis benignior est interpretatio facienda». Riguardo la *Regula Iuris* 49 espressa in questo canone si può vedere J.B. HESCH, «The glossa ordinaria on *Regula Iuris* 49 in the *Liber sextus* of Boniface VIII», *The Jurist* 53 (1993) 344-353.

In materia penale, diceva il can. 19 CIC17, non solo deve essere utilizzata l'interpretazione stretta ma anche quella *più benevola*. Quale era l'interpretazione più benevola? Si considerava, giustamente, che l'interpretazione più benevola era quella che favoriva maggiormente il reo, dato che si supposeva che la volontà del reo fosse opposta alla pena, come accade generalmente, tranne che nei casi in cui il reo sia colpevole e confesso. È certo che interpretando strettamente la norma, si riduceva la possibilità che essa fosse applicata al reo, per tanto si doveva utilizzare quanto disposto dal can. 19¹⁹.

L'interpretazione stretta più benevola veniva intesa come applicabile non solamente al dubbio di fatto, cioè riguardo alla configurazione dei fatti (per determinare l'esistenza della imputabilità), ma anche al dubbio sul diritto da applicare (per il tipo di pena). In ambedue le circostanze si doveva ricorrere all'interpretazione che avrebbe favorito il reo perché più benevola.

Il sistema di garanzie di questa fase ci offre quindi due idee interessanti: la prima che le leggi penali sono odiose e per tanto debbono essere interpretate strettamente; la seconda che secondo il can. 2219 §1 CIC17 una legge sarà più favorevole al reo purché sia più benevola (intendendo la benevolenza soprattutto in misura della pena).

¹⁹ Cf. T. GARCÍA BARBERENA, «Commento al can. 2219», in M. CABREROS DE ANTA – A. ALONSO LOBO – S. ALONSO MORÁN (edd.) *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. IV, Madrid 1964, 293. Nello stesso senso interpretava L. MIGUÉLEZ, «Commento al can. 2219», in L. MIGUÉLEZ – S. ALONSO MORAN – M. CABREROS DE ANTA (edd.), *Código de Derecho Canónico* (cf. nt. 13), 808.

2.1.2 Secondo momento: dall'accusa alla sentenza

Nella fase dell'*accusa* in cui si presenta il dubbio sull'attribuzione e la responsabilità del presunto autore, la prima garanzia che il codice riconosce è quella del cosiddetto "principio di legalità"²⁰ descritto nel can. 221 §3: «I fedeli hanno il diritto di non essere colpiti da pene canoniche, se non a norma di legge». Tale paragrafo è la conseguenza logica dei due precedenti che stabiliscono il diritto dei fedeli a reclamare e a difendere i propri diritti in accordo alla norma di diritto (§1) – (principio della legittima difesa) e il diritto a essere giudicati secondo le norme applicate con equità (§2)²¹.

È nell'ambito penale che l'autorità può limitare con maggiore chiarezza l'esercizio dei diritti dei fedeli per i quali è estremamente importante la presenza della garanzia che delimiti l'attività dell'autorità stessa²².

Il principio di legalità presuppone che l'autorità pubblica ecclesiastica, nell'esercizio delle sue funzioni, debba rispettare la legge in maniera tale da

²⁰ La formula di tale principio recita: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*.

²¹ Can. 221: «§1 Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris. §2. Christifidelibus ius quoque est ut, si ad iudicium ab auctoritate competenti vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis. §3. Christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur».

²² Cf. D. CENALMOR, «Commento al can. 221», in A. MARZOA – J. MIRÁS – R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (edd.), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. II/1, Pamplona 1997², 149.

non potersi allontanare da essa in alcun momento, specialmente in ambito penale²³. Questo principio deve essere letto in stretta relazione al can. 18 sulla interpretazione stretta della legge in ambito penale e con il principio del dolo quale norma per interpretare i delitti (can. 1321 §2)²⁴.

D'altra parte, il principio di legalità trova la sua controparte nel can. 1399²⁵ che sembra essere la sua negazione. Data la natura dell'ordinamento canonico che non pretende né vuole considerare tutte le possibilità esistenti di crimini e fa appello continuamente alla *aequitas canonica*, tuttavia non si può dire che lo rinneghi, al contrario, tende a completarlo²⁶.

Se fin qui abbiamo commentato brevemente le garanzie generali dei fedeli, conviene considerare ora quelle norme che stabiliscono una sorta di *favor*

²³ Cf. G. DALLA TORRE, «Commento al can. 221», in P.V. PINTO (ed.), *Commento al codice di diritto canonico*, Roma 1985, 128. Afferma ancora l'autore: «Quanto poi all'applicazione del principio di legalità in campo penale [...] occorre rilevare che per la prima volta esso viene formalizzato esplicitamente nella codificazione canonica (anche se in sostanza il principio di legalità era contenuto nel CIC17, cann. 20 e 2195)». *Ibid.*, 128-129.

²⁴ Cf. G. DALLA TORRE, «Commento al can. 221» (cf. nt. 23), 129.

²⁵ Can. 1399: «Praeter casus hac vel aliis legibus statutos, divinae vel canonicae legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem poena puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendo vel reparandi».

²⁶ Secondo D. Cenalmor la norma di diritto naturale non è quella di prevedere tutti i casi di esercizio della potestà punitiva, ma quella di non punire se non quando esistono delle cause proporzionate. Cf. «Commento al can. 221» (cf. nt. 22), 149.

rei, o una posizione a vantaggio del reo durante il processo penale²⁷.

Iniziato il processo si cercherà di determinare l'imputabilità dell'accusato, l'assenza o presenza di cause esimenti, attenuanti o aggravanti (cann. 132; 1324-1326), che sono quelle che daranno luogo alla misura della punibilità del reo. Risulta particolarmente interessante il fatto che l'aggettivo "penale" indica che il processo non pretenda di determinare, come obiettivo primario, l'applicazione della pena, ma piuttosto la verifica dell'esistenza del delitto e l'imputabilità dell'accusato²⁸.

Si potrebbe dire che tutti questi canoni che in qualche modo favoriscono l'imputato presumano l'innocenza dello stesso, avendo di fondo l'idea dell'*in dubio pro reo*²⁹. Di conseguenza il peso della prova ricade fondamentalmente su colui che accusa che in ambito penale non è un privato, bensì l'autorità rappresentata nella figura del promotore di giustizia che sostituisce il privato.

In questo senso si intende che il can. 1721 §1 riserva l'accusa al Promotore di Giustizia³⁰. Al pro-

²⁷ Cf. U. NAVARRETE, «Favore del diritto», in G. GHIRLANDA – C. CORRAL – V. DE PAOLIS (edd.), *Nuovo dizionario di diritto canonico*, Cinisello Balsamo 1993, 493.

²⁸ Cf. J. SANCHÍS, «Del proceso penal. Introducción», in A. MARZOA – J. MIRÁS – R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (edd.), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. IV/2, Pamplona 1997², 2057.

²⁹ Hanno come base il principio *In dubio pro reo* perché senza la certezza morale della attribuzione della colpa all'imputato, il giudice non potrà applicare la pena stabilita, e dovrà assolverlo (can. 1608 §4).

³⁰ Can. 1721 §1: «Si Ordinarius decreverit processum poenalem iudicalem esse ineundum, acta investigationis promo-

motore di giustizia si riserva nel giudizio penale il ruolo di attore prendendo il posto del danneggiato e per tanto è a lui che spetta l'obbligo di presentare il libello al giudice (cann. 1502-1504). Si può dire che a lui spetti il monopolio dell'azione criminale³¹. Considerando la situazione di "vantaggio" processuale stabilita a favore del reo la riserva della difesa dell'interesse pubblico al Promotore, offre a quest'ultimo la possibilità di rinunciare in qualsiasi momento all'istanza di giudizio (can. 1724)³². La rinuncia avrà certamente bisogno del consenso dell'Ordinario, per tanto dovrà essere fondata e dovrà essere accettata dall'imputato che dovrà essere interpellato preventivamente. Il significato di questa ultima clausola risiede nel legittimo interesse dell'accusato nel momento in cui si arrivi alla sentenza definitiva.

Dal punto di vista dell'autorità si deve tener conto del suo obbligo a dichiarare l'innocenza dell'imputato, se risulta che costui è innocente, mediante una sentenza assolutoria, anche quando l'azione criminale sia stata prescritta (can. 1726)³³.

tori iustitiae tradat, qui accusationis libellum iudici ad normam cann. 1502 et 1504 exhibeat».

³¹ Cf. R. COPPOLA, «Commento al can. 1721» (cf. nt. 28), 2083.

³² Can. 1724: «§1. In quolibet iudicii gradu renuntiatio instantiae fieri potest a promotore iustitiae, mandante vel consentiente Ordinario, ex cuius deliberatione processus promotus est. §2. Renuntiatio, ut valeat, debet a reo acceptari, nisi ipse sit a iudicio absens declaratus».

³³ Can. 1726: «In quolibet poenalis iudicii gradu et stadio, si evidenter constet delictum non esse a reo patratum, iudex debet id sententia declarare et reum absolvere, etiamsi simul constet actionem criminalem esse extinctam».

Raggiunta la certezza morale dell'innocenza dell'accusato, l'assoluzione costituisce un diritto inalienabile dello stesso, non solo per quanto riguarda la verità, ma anche per proteggere il suo buon nome (can. 220)³⁴.

In relazione all'accusato il can. 1723 §§ 1 e 2 dimostra la premura della legge perché l'accusato abbia sempre un difensore nominato dallo stesso imputato oppure d'ufficio³⁵. Sebbene nel processo contenzioso si segua il principio di libertà della parte di eleggere se stesso a rappresentarsi, in questo tipo di processo, tuttavia, per garantire non solo una buona difesa contro di chi accusa, ma anche per assicurare la migliore difesa a se stesso, la norma stabilisce l'obbligo della presenza del difensore di parte. Se questo principio non fosse rispettato determinerebbe la nullità della sentenza.

Il concetto di difesa tecnica, come diritto inviolabile in qualsiasi grado e stadio del procedimento, è innato nell'ordinamento del processo penale canonico, nel senso che questo diritto deve essere effettivamente garantito (ed è garantito) in qualsiasi momento dello svolgimento del processo³⁶.

³⁴ Cf. R. COPPOLA, «Commento al can. 1721» (cf. nt. 31), 2098.

³⁵ Can. 1723: «§1. Iudex reum citans debet eum invitare ad advocatum, ad normam can. 1481 §1, intra terminum ab ipso iudice praefinitum, sibi constituendum. §2. Quod si reus non providerit, iudex ante litis contestationem advocatum ipse nominet, tamdiu in munere mansurum quamdiu reus sibi advocatum non constituerit».

³⁶ «El concepto de defensa técnica, como derecho inviolable en cualquier grado y estadio del procedimiento, es connatural, por eso, al ordenamiento del proceso penal canónico, en el

Il vantaggio processuale dell'accusato fa sì che gli si riconosca il diritto di avere sempre l'ultima parola (can. 1725)³⁷. Questa disposizione senza precedenti nell'antecedente normativa, rappresenta un cambiamento sostanziale riguardo al giudizio contenzioso in cui è il Promotore di Giustizia o il Difensore del Vincolo ad avere l'ultima parola. Questo rivela qual è il valore di base che il processo vuole difendere, e cioè, mentre nei processi matrimoniali sarà l'esistenza del vincolo (*in dubbio pro matrimonio*), nel giudizio penale si parte dalla innocenza del reo.

Un'altra norma che favorisce la situazione dell'accusato è quella che stabilisce che non c'è obbligo di confessare il delitto né di prestare giuramento (can. 1728 §2)³⁸. Il canone in questione non stabilisce l'obbligo di non farlo, bensì che non c'è obbligo di farlo, pertanto l'accusato potrebbe confessare la sua colpevolezza, e la sua confessione potrebbe essere accettata come prova, così come il giuramento spontaneo che desiderasse prestare.

Certamente questa spontaneità non sarà decisiva ai fini della certezza morale del giudice né costi-

sentido de que ese derecho debe ser efectivamente garantizado (y es garantizado) en cualquier momento del desarrollo del proceso». R. COPPOLA, «Commento al can. 1723» (cf. nt. 31), 2091. In qualche maniera si potrebbe dire che questa norma è la concretizzazione di quanto viene stabilito dal can. 221 (testo in nt. 21).

³⁷ Can. 1725: «In causae discussione, sive scripto haec fit sive ore, accusatus semper ius habeat ut ipse vel eius advocatus vel procurator postremus scribat vel loquatur».

³⁸ Can. 1728 §2: «Accusatus ad confitendum delictum non tenetur, nec ipsi iusiurandum deferri potest».

tuirà da sola una prova definitiva se non nella misura in cui la dichiarazione sia completata da altre prove³⁹.

2.1.3 Terzo momento: la condanna

Nella fase di condanna si è già trovato l'autore del reato che è stato dichiarato responsabile e per tanto meritevole di pena. La sentenza che dichiara l'esistenza degli elementi oggettivi del delitto così come la presenza degli elementi soggettivi, stabilisce una pena.

In questo momento dobbiamo tenere conto di due circostanze distinte. La prima riguarda la discrezionalità con la quale il giudice può applicare la pena stabilita in modo determinato o non, obbligatoria o facoltativa. In questo caso il codice stabilisce una serie di criteri per attuare la dimensione pastorale della pena. Tenendo conto della propria coscienza e a sua prudente discrezione il giudice può, quando si tratta di una pena a carattere non obbligatorio, mitigare la pena o imporre in alternativa una penitenza (can. 1343); quando si tratta di una pena obbligatoria:

- differire la sua applicazione (can. 1344, 1°)⁴⁰;
- astenersi dall'imporla o imporne una più mite o dare una penitenza se il reo si sia emendato o ha riparato lo scandalo (can. 1344, 2°), sospendere l'ob-

³⁹ R. COPPOLA, «Commento al can. 1728» (cf. nt. 31), 2102.

⁴⁰ Can. 1343: «Si lex vel praeceptum iudici det potestatem applicandi vel non applicandi poenam, iudex potest etiam, pro sua conscientia et prudentia, poenam temperare vel in eius locum paenitentiam imponere».

bligo dell'osservanza di una pena espiatoria se si tratta del primo delitto (can. 1344, 3°)⁴¹;

– quando il reo ha agito in seguito ad una causa che n'abbia disturbato o impedito la piena imputabilità (can. 1345), il giudice può astenersi dall'imporre una punizione⁴².

In questi casi la norma concede al condannato la possibilità di appellarsi, anche quando potrebbe apparire che tale decisione del giudice sembrerebbe non danneggiarlo. Quindi si potrebbe determinare una dichiarazione di innocenza per una presunta mancanza di valorizzazione delle prove, ecc. Questo è il caso stabilito dal can. 1727⁴³.

⁴¹ Can. 1344: «Etiam si lex utatur verbis praeceptivis, iudex pro sua conscientia et prudentia potest: 1° poenae irrogationem in tempus magis opportunum differre, si ex praepropera rei punitione maiora mala eventura praevideantur; 2° a poena irroganda abstinere vel poenam mitiorem irrogare aut paenitentiam adhibere, si reus emendatus sit et scandalum reparaverit, aut si ipse satis a civili auctoritate punitus sit vel punitum iri praevideatur; 3° si reus primum post vitam laudabiliter peractam deliquerit neque necessitas urgeat reparandi scandalum, obligationem servandi poenam expiatoriam suspendere, ita tamen ut, si reus intra tempus ab ipso iudice determinatum rursus deliquerit, poenam utrique delicto debitam luat, nisi interim tempus decurrerit ad actionis poenalis pro priore delicto praescriptionem».

⁴² Can. 1345: «Quoties delinquens vel usum rationis imperfectum tantum habuerit, vel delictum ex metu vel necessitate vel passionis aestu vel in ebrietate aliave simili mentis perturbatione patnaverit, iudex potest etiam a qualibet punitione irroganda abstinere, si censeat aliter posse melius consuli eius emendationi».

⁴³ Can. 1727 §1: «Appellationem proponere potest reus, etiam si sententia ipsum ideo tantum dimiserit, quia poena erat facultativa, vel quia iudex potestate usus est, de qua in cann. 1344 et 1345».

Infine ci confrontiamo con il caso contemplato nel can. 1313, in cui il giudice, senza appellarsi alla discrezionalità che abbiamo appena presentato, debba stabilire la pena, tenendo conto del problema della legge da seguire.

Come si è potuto osservare il can. 1313 integra un sistema di garanzie come un anello di una catena. È chiaro che non tutti i canoni che abbiamo presentato costituiscono una garanzia in se stessi, ma insieme formano una struttura di protezione della persona, in tutte le fasi messe in rilievo, per raggiungere lo scopo dell'ordinamento giuridico, che non è altro che la salvezza delle anime (can. 1752) e non solo il benessere immediato del reo o dell'accusato.

2.2 Il contesto immediato

Come abbiamo detto all'inizio del paragrafo precedente si tratta di leggere il can. 1313 a partire dal suo contesto. Fino ad ora lo abbiamo presentato come una garanzia di protezione dei diritti della persona. Adesso vorremmo procedere considerando la collocazione della norma all'interno del titolo specifico (Libro VI, titolo II). Ci si chiede perché il legislatore abbia voluto situarlo all'interno del paragrafo che riguarda la legge penale. È opportuna questa scelta?

Una prima risposta possibile è che il canone è fuori posto, dato che i verbi utilizzati riguardano altri momenti del processo penale, quali il momento applicativo e il momento dell'estinzione della pena. In questo senso la scelta del legislatore non sarebbe opportuna perché non darebbe alla norma tutto il valore che essa possiede non collo-

candola all'interno del sistema logico che abbiamo spiegato prima.

Una seconda risposta potrebbe essere che il legislatore ha voluto tenere conto dell'oggetto del canone che è la legge penale, per metterlo all'interno dell'insieme logico del momento costitutivo della figura penale di cui si tratta nel presente paragrafo. Così avrebbe un altro significato se messo in relazione al can. 1316, che richiama l'attenzione del legislatore diocesano perché legiferi in armonia con altre leggi penali del territorio; il can. 1317 che stabilisce la verifica di una reale necessità che si stabiliscano delle pene e il can. 1318 che nella stessa linea del precedente, mette in rilievo la necessità che ci sia una estrema gravità per stabilire nuove pene *latae sententiae*. Sembrerebbe che il legislatore universale abbia voluto ammonire i legislatori particolari affinché le possibili nuove leggi tengano conto di tutto il sistema legislativo e non solo della necessità del momento.

3. La problematica generale

Il can. 1313 prevede due diverse situazioni nei suoi paragrafi:

§1. Se dopo che il delitto è stato commesso la legge subisce mutamenti, al reo si deve applicare la legge più favorevole.

La prima situazione comprende il caso di un delitto commesso sotto il dominio di una legge in seguito modificata da un'altra e, pertanto, viene giudicato sotto il dominio dell'altra: un delitto per il quale deve essere inflitta una pena. In tal caso

abbiamo un reo (la cui responsabilità è già stata individuata), un delitto consumato, due leggi distinte e una sentenza non ancora applicata⁴⁴.

Le fonti di questo primo paragrafo sono in primo luogo il can. 19 (attualmente can. 18); in secondo luogo si fa riferimento al can. 2219 §1, oggi scomparso che diceva: «In materia penale si deve dare l'interpretazione più benevola»⁴⁵; e per ultimo il can. 2226 §2 che stabiliva: «Seppure la legge penale posteriore annulla quella precedente, tuttavia, se il delitto è stato commesso quando la legge posteriore è stata già promulgata, si deve applicare la legge che risulti più favorevole al reo»⁴⁶. Tenendo conto della relazione tra questi due ultimi canoni non ci si deve stupire che in generale la dottrina interpreti la legge più favorevole come la legge più benevola⁴⁷.

⁴⁴ Non interessa se l'oggetto del giudizio a pronunciare sotto l'impero della nuova legge è una sentenza davvero condannatoria o puramente dichiarativa, in altre parole, se si tratta di fingere una pena *ferenda sententiae* dovuto ad un delitto, o di dichiarare una pena *latae sententiae* per incorrere in un delitto. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis. Commentarius libri V Codicis Iuris Canonici*, II, Parisiis 1961, 268.

⁴⁵ Il testo si trova nella nt. 18.

⁴⁶ Can. 2226 §2: «Licet lex poenalis posterior obroget anteriori, si tamen delictum, quando lex posterior lata est, iam commissum erat, applicanda est lex reo favorabilior».

⁴⁷ In questo senso: «[...] el §1 es una aplicación del ya clásico principio en materia penal de la interpretación mas benigna, es decir, aquella que más favorece al reo, dado el carácter restrictivo y odioso de estas leyes y la presunción general de inocencia». F. AZNAR, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 15), 685. Il contenuto del can. 2219 §1 e del can. 1313 fu accolto nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali, nei cann. 1404 §1, 1412 §§2-3, con un testo praticamente uguale.

§2. Che se una legge posteriore elimina la legge, o almeno la pena, questa cessa immediatamente⁴⁸.

Il secondo paragrafo considera la situazione che si genera quando una legge successiva abroga la legge precedente in tutto o in parte. La persona che è stata condannata e che sta scontando la pena viene condonata d'essa. In questo caso abbiamo il condannato, che sta scontando la condanna, e una nuova legge che elimina il delitto.

La fonte di questo paragrafo è il can. 2226 §3 che presenta lo stesso testo con un'aggiunta finale: «salvo che si tratti di censure nelle quali siano già incorsi».

Due sono i punti che dobbiamo affrontare per comprendere il soggetto che stiamo presentando: da un lato il problema della retroattività della legge e, dall'altro, come comprendere il significato della legge più favorevole al reo.

3.1 *Applicazione della legge nel tempo*

La legge rimane in vigore nel tempo, vale a dire perdura per tutto il periodo determinato dal legislatore, o fino a che una nuova legge non abroghi la precedente. «Una legge successiva che abroghi o modifichi una legge precedente, ne prende il posto, le succede»⁴⁹. Il tema della successione delle leggi che il canone ci prospetta ci introduce allo studio della retroattività della legge. Come abbiamo detto precedentemente la legge si presume sempre per il

⁴⁸ Il testo latino si trova nella nt. 5.

⁴⁹ G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, I, Bogotá 1954, 191.

futuro – *tempus regit actum* – a meno che essa non disponga altro (can. 9)⁵⁰. Un esempio di questa disposizione è il can. 1313 §1 che dispone l'applicazione più favorevole al reo quando le leggi cambiano.

Per cercare di risolvere il problema della retroattività della legge che il canone ci propone si prospettano diverse teorie.

In primo luogo la teoria della *irretroattività assoluta* propone che si debba applicare *sempre la legge precedente* in vigore al momento del reato. Si basa sul fatto che il delinquente nel commettere il reato ha acquisito il diritto di essere giudicato secondo la legge che vige al momento del delitto; in questo modo l'applicazione della legge più benevola non sarebbe giustificata⁵¹.

Una seconda soluzione sarebbe quella di applicare la legge sotto il cui dominio il reato sia stato commesso, solamente nel caso in cui la nuova legge non fosse più benevola. Questa posizione prende in considerazione il principio della non retroattività che cadrebbe davanti all'ingiustizia di mantenere una legge più severa⁵².

⁵⁰ Si veda 2.1.1 *Primo momento: fino all'accusa*, a pagina 187.

⁵¹ Questa tesi mette l'accento nella giustizia della punizione, quindi applica la legge del momento del delitto. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 264.

⁵² Nella soluzione della questione s'osserva in primo luogo lo *stesso reo*, conseguentemente si sceglie di applicare la legge che, sotto ogni aspetto è in favore dello stesso, è *più mite*: ovviamente la legge nuova cancella la legge penale prima vigente e violata dal delinquente o la pena annessa, o diventa più benevola la pena o stabilisce delle condizioni più severe per incorrere in essa; in altri casi s'applica la legge precedente. Cf.

Una terza posizione potrebbe essere quella di applicare la legge nuova eccetto il caso in cui questa fosse più severa. Si tratta del caso contrario al precedente.

Una quarta posizione prende in considerazione l'ipotesi che una nuova legge debba essere sempre applicata (*retroattività assoluta*). Il fondamento di questa norma è che la legge rappresenta una indicazione per il giudice, il quale deve applicare quella vigente nel momento della sentenza⁵³. D'altra parte la legge è l'espressione di ciò che è giusto in un determinato momento, pertanto poiché ciò che il giudice deve stabilire è la giustizia, dovrà attenersi a quella vigente nel momento⁵⁴.

Per stabilire qual è la soluzione più giusta dobbiamo considerare le situazioni concrete. Quando una nuova legge comincia ad entrare in vigore abrogandone una precedente, può succedere che: a) la nuova legge considera reato ciò che prima non lo era, b) la nuova legge non considera reato quello che prima era considerato tale, c) la nuova legge che, sebbene tuttora considera l'azione delittuosa, regola in modo diverso tutti o alcuni dei suoi elementi.

G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 266. Questo sarebbe il caso chiamato "ultra-attività della legge". Cf. L.E. MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Medellín 1962, 61.

⁵³ Nella soluzione della questione si tiene conto dell'*ufficio del giudice o del superiore* d'applicare la pena, e specialmente la *natura della potestà* che esercita nella applicazione della pena previamente stabilita dal diritto. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 265.

⁵⁴ Cf. E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, Milano 1934⁴, 204-205.

Nella *prima ipotesi* una condotta che prima non era considerata reato, viene considerata reato dalla nuova legge. È evidente che questo caso presuppone che si violi il principio di legalità e pertanto vige il principio di irretroattività della legge, perché la legge penale funziona come imperativo diretto alla volontà degli individui perché si astengano dal compiere certe azioni: non si può violare una legge inesistente⁵⁵. Se si dovesse riconoscere efficacia retroattiva alla legge penale si starebbe obbligando la persona a compiere un atto impossibile dato che non può assolutamente cambiare i fatti e tanto meno dirigere la propria volontà verso ciò che la legge prescrive. Neanche in questo caso la pena potrebbe raggiungere il proprio scopo dato che pretenderebbe di cambiare qualcosa che al momento non esisteva: la volontà di delinquere⁵⁶. D'altra parte non dobbiamo dimenticare ciò che abbiamo precedentemente segnalato, che un atto compiuto legalmente presuppone un diritto acquisito che appartiene al patrimonio giuridico della persona, e pertanto non sarebbe giusto che le fosse sottratto⁵⁷.

⁵⁵ Cf. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*, I (Parte General), Barcelona 1953¹¹, 212. Nello stesso senso si veda E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale* (cf. nt. 54), 202. Più avanti dice: «Se il delitto "è un ente giuridico costituito dal rapporto di contraddizione tra un fatto e la legge", allora è pienamente legittima la teoria della non retroattività giacché "non può esistere contraddizione tra ciò che si fa e una legge che ancora non è"». *Ibid.*, 207.

⁵⁶ Cf. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova 1966¹², 167. La legge penale si applica retroattivamente per i così detti "crimini di guerra". Cf. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I (cf. nt. 55), 213.

⁵⁷ Si veda quanto si è detto a pag. 188.

Una *seconda ipotesi* che coincide con il secondo paragrafo del can. 1313, è la successione di una legge penale che abroga quella precedente, cioè che cessa di considerare un comportamento come delittuoso. In questo caso sembrerebbe che la legge dovesse essere applicata retroattivamente dato che sarebbe ingiusto continuare a pagare per un comportamento che la società non considera più delitto.

Se la coscienza sociale di cui il legislatore si fa interprete non crede che un fatto debba essere considerato reato perché è decaduta la situazione particolare che la norma tutelava o perché la valorizzazione della rilevanza etico-sociale-politica del fatto ha subito una modifica, sarebbe assurdo secondo la logica concreta e pertanto teologica, punire un'azione perpetrata sotto il dominio della legge precedente⁵⁸.

La *terza ipotesi* si verifica quando la norma successiva considera comunque l'atto come delittuoso, cambiando però alcuni elementi della norma precedente. Se infine, per concludere la questione, si guarda in primo luogo al reo stesso si deve applicare la legge, che, sotto qualsiasi aspetto, è la *più benevola* per il delinquente: ovviamente questa regola si applica quando la nuova legge modifica la legge penale in vigore precedentemente violata dal delinquente, o modifica la pena ad essa annessa, o rende più mite quella pena, o stabilisce condizioni più severe per incorrere in essa; negli altri casi si applica la legge precedente.

Questa *ultima sentenza* che si appoggia su solide ragioni e che risponde meglio alla natura della

⁵⁸ G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOANI, *Diritto Penale* (cf. nt. 56), 167.

Chiesa, prevaleva già nel diritto romano e nel diritto canonico antico; è stata ripresa in seguito specialmente nel secolo XVI, nella dottrina e nei sistemi giuridici moderni è stata plasmata nei canoni 2226 §§2-3 CIC17 e 1313 §§1-2 CIC 83⁵⁹.

Visto il problema e le possibili applicazioni delle diverse teorie al riguardo, non rimane che chiedersi: qual è la legge più favorevole?

3.2. *La legge più favorevole*

3.2.1 Elementi del delitto

Il testo del canone parla di legge più favorevole al reo. Il momento in cui il giudice deve applicare la legge penale alla situazione a lui sottoposta possiamo chiamarlo “situazione penale” per stabilire un momento unico di discernimento verificabile solamente nell’atto della sentenza. Dobbiamo tenere conto, per tanto, di una serie di elementi che costituiscono la situazione penale: gli elementi della legge penale (descrizione di una condotta riprovevole e la pena prevista), insieme agli elementi propri del delitto (atto esterno provocato dal delinquente, descritto dalla legge).

In primo luogo *l’elemento obiettivo*, cioè la violazione grave di una legge. Si tratta dell’azione esterna del delinquente che deve coincidere perfetta-

⁵⁹ Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 266. «Semejante benevolencia debiera tener como límite los intereses sociales que aconsejan su aplicación tan sólo a los delinquentes poco peligrosos». E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I (cf. nt. 55), 213.

mente con la descrizione degli elementi che costituiscono tale violazione: il modello penale, la *fattispecie*⁶⁰. Questa azione deve essere presente nel mondo percepibile, poiché non basta la mera intenzione per l'incriminazione. In alcuni casi, oltre ad essere esterna, dovrà essere percepita da altri (can. 1330)⁶¹. Tutta la legge penale contiene al suo interno la rappresentazione dettagliata degli elementi che una volta compiuti compongono una condotta riprovevole per la società e rappresentata nella legge. La descrizione della condotta si può trovare nello stesso canone che la disapprova, come per esempio il can. 1366 dove si parla dei genitori (o di quelli che fanno le veci) che lasciano che i propri figli siano battezzati o educati in una religione acattolica. Come si può osservare, la norma espone tutti gli elementi possibili perché una volta arrivati al caso si possa comparare ciò che viene fatto dalle persone con ciò che viene determinato dalla norma stessa. È evidente che non si può dire che vi sia stato delitto se la figura penale e il fatto concreto non concordano e pertanto non è possibile applicare la pena.

Altre volte gli elementi della condotta riprovevole non si trovano nello stesso canone. Il can. 1364 §1, per esempio, contempla la pena per l'apostata, l'eretico o lo scismatico. La spiegazione dei termini, invece, si trova nel can. 751.

⁶⁰ Il tipo penale o descrizione della condotta riprovevole in realtà appartiene all'elemento legale, però, seguendo un criterio logico, abbiamo voluto trattarlo in questa sezione.

⁶¹ Come appare chiaramente la violazione deve essere esterna, cioè, nel mondo sensibile, percepibile dai sensi, il che non deve essere confuso con la notorietà considerata dal can. 1330.

Il secondo è *l'elemento soggettivo*. Il canone 1321 §1 stabilisce che la violazione deve essere «imputabile per dolo o per colpa». Il secondo paragrafo parla di infrazione deliberata⁶². Quando si parla dell'elemento soggettivo si fa riferimento concretamente all'*imputabilità* ovvero a quella proprietà per la quale l'azione può essere messa in relazione con l'autore⁶³. Questa relazione dell'atto con il suo autore implica che il colpevole sia implicato in modo più o meno totale. Non basta che si tratti dell'autore materiale, deve aver compiuto un'azione deliberata dove sia implicata pienamente la sua libertà, la sua capacità di intendere e di volere. Questa totalità delle tre potenze della persona è ciò che costituisce il dolo, distinguendosi dalla colpa che consiste nella omissione della dovuta attenzione con cui deve essere compiuta l'azione, per esempio l'ignoranza della legge o l'omissione della dovuta diligenza⁶⁴. Questi tre elementi, tuttavia, devono essere rivolti alla violazione della legge⁶⁵. In altre parole, si

⁶² Can. 1321: «§1. Nemo punitur, nisi externa legis vel praecepti violatio, ab eo commissa, sit graviter imputabilis ex dolo vel ex culpa. §2. Poena lege vel praecepto statuta is tenetur, qui legem vel praeceptum deliberate violavit; qui vero id egit ex omissione debitae diligentiae, non punitur, nisi lex vel praeceptum aliter caveat. §3. Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat».

⁶³ Cf. V. DE PAOLIS – D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI. Manuali*, Roma 2000, 138. Si veda anche A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano 1996², 37.

⁶⁴ Cf. F. AZNAR, «Commento al can. 1321» (cf. nt. 47), 633. Si veda anche F. NIGRO, «Commento al can. 1321» (cf. nt. 23), 767.

⁶⁵ «Dobbiamo distinguere tre tipi o livelli d'imputabilità: C'è imputabilità FISICA quando il soggetto risulta AUTORE

esige che il soggetto per di più commetta soggettivamente un peccato grave. Se egli non è cosciente di commettere un peccato grave oppure crede di commettere solamente un peccato lieve, non si verifica il delitto.

La legge parte dal presupposto che l'azione suppone l'intenzione dell'autore come stabilisce il can. 1321 §3. Di conseguenza la persona che compie l'atto dovrà provare che non aveva tale intenzione, o che la stessa fosse in qualche modo sminuita⁶⁶.

I criteri per determinare il grado di imputabilità o, se si vuole, il grado di implicazione dell'autore nell'azione, sono offerti dalle circostanze esimenti,

MATERIALE dell'atto o del delitto [...] Si dice che c'è imputabilità MORALE, quando il soggetto è autore cosciente e libero dell'azione delittuosa, e deve risponderne a Dio e alla sua coscienza [...] L'imputabilità è GIURIDICA, quando il soggetto, autore cosciente e libero della sua azione, deve risponderne in foro esterno anche agli uomini, avendo violato norme penali o contravvenuto precetti penali legittimi. Per la configurazione del delitto è necessario che tutti e tre gli elementi coesistano [...]». A. CALABRESE, *Diritto penale canonico* (cf. nt. 63), 39.

⁶⁶ «Tuttavia, questo principio non sempre trova riscontro nella pratica. Per il bene comune, infatti, l'ordinamento giuridico può esigere che un atto criminoso con le sue conseguenze sia imputabile giuridicamente al soggetto, prescindendo dal fatto che gli sia imputabile anche moralmente o no. È quanto avviene nel diritto canonico. Il can. 1321 §3, infatti, stabilisce: Posta la violazione esterna, l'imputabilità si presume, salvo che non risulti altrimenti. Ne consegue che soltanto per gli atti criminosi occulti, però esterni, la mancanza di grave imputabilità morale o l'assenza del peccato grave possono far sì che il delitto non si configuri e che il soggetto non ne sia responsabile anche giuridicamente. Nei crimini esterni non occulti, però, l'imputabilità morale è presunta, e l'assenza di colpa morale grave è tutta da provare. La presunzione, com'è noto, può essere superata o distrutta da prove contrarie». A. CALABRESE, *Diritto penale canonico* (cf. nt. 63), 39.

attenuanti o aggravanti, spiegate nei cann. 1322-1329⁶⁷.

Il terzo è *l'elemento legale*. La violazione deve ricadere sotto una legge o un precetto penale. Questo presuppone la presenza concreta di una legge preesistente al fatto concreto; una legge o un precetto che presentino la descrizione della condotta riprovevole e la previsione di una pena. Avere il parametro della legge penale sancita dall'autorità legittima nel modo stabilito è quello che distingue il delitto dal peccato.

Questa distinzione, oltre ad essere basilare e molto conosciuta, ci permette di stabilire un campo di applicazione. Si tratta di applicare una legge penale, cioè, una norma che ha come caratteristica non solo la determinazione della condotta illecita, ma anche la determinazione di una pena da applicare che è diversa dalla penitenza applicabile a livello di confessione (ambito proprio del peccato). La pena annessa alla legge dovrà essere applicata, sempre tenendo conto degli elementi soggettivi e oggettivi. Ovviamente, se la condotta coincide con l'aspetto di dolo o di colpa (nei casi così stabiliti dalla legge, secondo il can. 1313 §2), o se c'è stata interferenza nella imputabilità, nella totalità dei suoi elementi, a causa dell'età, della mancanza di uso della ragione, della ignoranza non colpevole della

⁶⁷ Nel tema della inimputabilità dobbiamo distinguere l'intenzione di mettere un atto di per sé illecito dalla intenzione o motivo che spinge ad agire, il così detto *dolo specifico* che qualifica la fattispecie del delitto. L'assenza del dolo specifico determinante la fattispecie penale, farà sì che ci sia una azione illecita ma non criminale. Cf. A. D'AURIA, *Inganno, frode, deliberazione. Il dolo nell'attuale Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2004, 75-76.

legge, ecc., la pena non dovrà essere applicata nello stesso modo.

3.2.2 Applicazioni concrete

Visti gli elementi costitutivi della “situazione” penale, dobbiamo cercare di applicare in concreto il can. 1313, per vedere in quale misura ciò è fattibile. Non possiamo non qualificare la norma in questione come principio universale che dovrà essere adeguato ad ogni caso. Dobbiamo partire da un delitto consumato, due leggi applicabili, una sentenza non ancora determinata.

La prima situazione si verifica quando la nuova legge ha cambiato gli *elementi oggettivi* del delitto. Tali elementi che, come abbiamo detto, descrivono la condotta, debbono poter essere constatati al momento della consumazione dell’atto illecito. Se la nuova legge *sottrae* elementi, sminuendo i requisiti per i quali si verifica il delitto, è ovvio che non cambia la condizione del reo, la cui azione già ricadeva sotto il dominio della legge precedente, per tanto si può applicare qualsiasi delle due leggi (in realtà potrebbe essere applicata quella nuova per una questione di sicurezza giuridica)⁶⁸.

Se, invece, si *aggiungono* requisiti, allora la legge da applicare sarà quella nuova, perché una applicazione stretta della legge potrebbe favorire il reo poiché si richiederebbero dall’atto più elementi

⁶⁸ Nel caso già citato del can. 1366 si verificherebbe quando la legge nuova consideri come possibili delinquenti anche ai padrini o familiari dei genitori.

di quelli della legge precedente⁶⁹. La cosa più sicura sarebbe che l'atto oggi non possa essere considerato delitto e per tanto non ricadrebbe sotto il dominio della nuova norma. In questo caso ci troveremmo non tanto nella situazione considerata nel primo paragrafo, ma piuttosto in quella contemplata dal secondo paragrafo del canone in questione, perché cambiando l'elemento oggettivo saremmo in presenza di un nuovo modello penale.

In quanto agli *elementi soggettivi* o a quelli relativi alla imputabilità e alla punibilità, ci troviamo di fronte ad almeno due diverse situazioni. In primo luogo quando la nuova legge modifica la normativa che si riferisce alle cause esimenti della imputabilità o della punibilità⁷⁰. Se si sopprimevano alcune delle cause che indicano l'assenza di imputabilità, come nel caso di chi «agì per violenza o per un caso fortuito che non poté prevedere o previstolo non vi poté rimediare» (can. 1323, 3°)⁷¹, oppure nel caso dell'assenza di punibilità per chi non aveva ancora compiuto i 16 anni di età (can. 1323, 1°); si applicherebbe la legge sotto il cui dominio è stato commesso il delitto. In secondo luogo, quando si sopprimono cause aggravanti o si aggiungono cause attenuanti, si dovrà applicare la legge che sia più

⁶⁹ Sarebbe il caso del can. 1366 in cui la nuova legge fa riferimento solo ai genitori e non a coloro che fanno le veci.

⁷⁰ Per la distinzione delle cause esimenti si veda V. DE PAOLIS – D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa* (cf. nt. 63), 158-159.

⁷¹ Can. 1323, 3°: «[...] egit ex vi physica vel ex casu fortuito, quem praevidere vel cui praeviso occurrere non potuit». In questo caso, sebbene il canone dica che non sono soggetti alla pena, in realtà più che una liberalità della legge si tratta di mancanza d'imputabilità nella persona.

favorevole al reo che sarà in questo caso quella più benevola.

È necessario quindi analizzare la modifica *dell'elemento legale*. Il cambiamento di questo elemento si riduce praticamente alla modifica della pena, dato che se si abrogasse la legge stessa o se non si applicasse la pena alla condotta illecita ci troveremmo nel caso descritto prima, di un delitto nuovo o dell'assenza di delitto, o, se la sentenza è già stata applicata nella situazione del paragrafo secondo dello stesso canone.

In generale si intende che nei casi di variazione della pena, seguendo il principio dell'applicazione più favorevole al reo, si cercherà quella più benevola⁷². Tuttavia non sempre è facile definirla in tal modo. È più facile determinarlo quando le leggi che si succedono stabiliscono pene simili non solamente per la loro natura, ma anche per la qualità; in questo caso, allora, è sufficiente che si esamini con regolarità la quantità della pena concreta.

Quando, invece, la pena stabilita dalle due leggi è diversa, diventa difficile trovare un criterio di paragone. Una cosa è tenere conto del tipo di pena, altro è tener conto del modo di applicarla e infine tener conto del processo di remissione della stessa. Analizziamo i diversi criteri.

a) secondo la natura delle pene: medicinale, espiatoria, rimedi penali e penitenze

D'una parte prendiamo in considerazione una pena *medicinale*, e dall'altra un'*espiatoria*. Sebbene in ambedue i casi si tratti di situazioni in cui il reo su-

⁷² Si veda quando abbiamo detto alla nt. 47.

bisce gravemente l'imposizione della pena, ci troviamo comunque davanti a due tipi di pena, di natura e finalità diverse. La pena *medicinale* o censura (can. 1312 §1) consiste in una «pena mediante la quale il battezzato, delinquente e contumace, viene privato di alcuni beni spirituali, o comunque annessi alla spiritualità, finché non esca dalla contumacia e venga assolto» (can. 2241 §1 CIC17)⁷³. Questo tipo di pena presuppone che l'autore sia contumace e per altro sia stato avvertito del pericolo che le sue azioni comportano per la sua vita spirituale (can. 1347 §1). Presuppone inoltre che sia una pena la cui sospensione non possa essere dichiarata senza la conversione del reo (can. 1347 §2). Come emerge dalle conseguenze dei differenti tipi di censura (cann. 1321-1323) e vista la sua caratteristica medicinale, questo tipo di pena mette in serio pericolo la vita spirituale dell'individuo e la sua salvezza eterna, per tanto non può essere inflitta né come perpetua, né a beneplacito del superiore⁷⁴.

Le pene *espiatorie*, invece hanno come finalità diretta e principale l'espiazione del delitto, la riparazione e il castigo del reo per aver turbato l'ordine sociale. Consistono nella privazione di un bene spirituale o temporale necessari per raggiungere lo scopo della Chiesa come comunità (can. 1336 §2). A differenza delle pene medicinali che perseguono la con-

⁷³ Can. 2241 §1: «Censura est poena qua homo baptizatus, delinquens et contumax, quibusdam bonis spiritualibus vel spiritualibus adnexis privatur, donec, a contumacia recedens, absolvatur».

⁷⁴ Cf. V. DE PAOLIS, «Il libro VI del Codice: le sanzioni della Chiesa», in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (ed.), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, Roma 1995³, 454.

versione del reo, le pene espiatorie, che perseguono il ristabilimento dell'ordine sociale (e indirettamente il bene del reo), possono essere inflitte come perpetue (per esempio la dimissione dallo stato clericale), a tempo determinato o indeterminato (per esempio la proibizione di vivere in un determinato luogo). Un'altra differenza è che le pene espiatorie in generale sono *ferendae sententiae*⁷⁵, e la loro applicazione e sospensione non sono legate alla conversione del reo né soggette alla previa ammonizione del reo. La loro sospensione è legata al ristabilimento dell'ordine, alla riparazione dello scandalo.

Sebbene i *rimedi penali e le penitenze* non siano propriamente pene, potremmo tuttavia pensare alla possibilità che una legge nuova stabilisca un rimedio penale al posto di una pena o viceversa⁷⁶. Le prime sono misure canoniche moderate, a carattere penale, di natura *preventiva e repressiva*, che si utilizzano nei casi stabiliti dalla legge. Queste misure presuppongono che il fedele si trovi nel pericolo di commettere delitto o che esista il sospetto fondato basato su una previa indagine che lo abbia già commesso. Le penitenze, invece presuppongono la commissione del delitto e molte volte sono inflitte al posto della pena prevista dalla legge (can. 1344)⁷⁷.

Risulta evidente che esiste una gradazione inerente alla natura e alla finalità delle pene. Le pene medici-

⁷⁵ Il can. 1336 §2 stabilisce che la pena *latae sententiae* può essere soltanto la privazione della potestà, dell'ufficio, dell'incarico, di un diritto, di un privilegio, di una facoltà, di una grazia, di un titolo, di un'insegna, anche se semplicemente onorifica.

⁷⁶ Cf. F. AZNAR, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 47), 627.

⁷⁷ Cf. F. NIGRO, «Commento al can. 1339» (cf. nt. 64), 781.

nali, tendenti alla conversione del reo lo priveranno dei beni spirituali necessari alla sua salvezza (scomunica), per tanto sono quelle più gravi e meno miti. Tra queste, ovviamente la interdizione e la sospensione saranno più benevole della scomunica. Le pene espiatorie dal canto loro, perseguono in primo luogo di ristabilire l'ordine sociale violato dal delitto e in secondo luogo la conversione del reo. Tra queste, le pene perpetue, come la perdita dello stato clericale, sono le più gravi non tanto per la modalità della pena quanto per il contenuto stesso. Ovviamente è meno grave la perdita di una carica che una notifica penale. Si integra alle precedenti, la terza categoria, come suppletiva, quella dei rimedi penali e delle penitenze, che non essendo pene in senso stretto, potrebbero essere lasciate logicamente da parte. La legge offre comunque al giudice la possibilità di applicarle al posto di alcune pene in alcune circostanze (si veda quello che abbiamo detto a pagina 11 e seguenti), per le quali potrebbero essere considerate tra le pene più favorevoli al reo.

b) Secondo la modalità di applicazione: *latae sententiae* e *ferendae sententiae*

Dice il can. 1314: «La pena per lo più è *ferendae sententiae*, di modo che non costringe il reo se non dopo essere stata inflitta; è poi *latae sententiae*, così che vi s'incorra per il fatto stesso d'aver commesso il delitto, sempre che la legge o il precetto espressamente lo stabilisca»⁷⁸.

⁷⁸ Can. 1314: «Poena plerumque est ferendae sententiae, ita ut reum non teneat, nisi postquam irrogata sit; est autem latae sententiae, ita ut in eam incurratur ipso facto commissi delicti, si lex vel praeceptum id expresse statuatur».

Secondo la modalità di applicazione della pena abbiamo due sistemi quello automatico per la sola commissione dell'atto, e quello mediato da un processo di inflizione della pena. A loro volta, le pene *latae sententiae* riconoscono due categorie: quelle dichiarate e quelle non dichiarate, a seconda che il superiore intervenga o meno, con una dichiarazione.

Come si può osservare nel can. 1318, le pene *latae sententiae* non debbono essere applicate se non in determinate circostanze gravi (gravità dello scandalo) e quando le stesse non possono essere punite con altri mezzi. Come risulta evidente, questo tipo di pena comporta una tutela insufficiente dei diritti dell'individuo, motivo per cui già nel processo di codifica, ne era stata sollecitata la soppressione. Nonostante l'opposizione, la commissione ha optato per mantenerle, poiché è l'unico mezzo che la Chiesa possiede in alcune circostanze, per tutelare il bene delle anime⁷⁹. Un'altra caratteristica di questo tipo di pene è che esse debbono costantemente rivolgersi alla coscienza dell'individuo perché le accetti⁸⁰.

Anche qui, come nel precedente paragrafo, constatiamo una gerarchia nella gravità delle pene secondo la modalità di applicazione. Quindi, qualora la nuova legge cambiasse la modalità, si dovrà sempre optare per quella norma che determini il metodo attraverso il processo giudiziario⁸¹.

⁷⁹ Cf. *Communicationes* 1 (1969) 85; 8 (1976) 171, citato in F. AZNAR, «Commento al can. 1318» (cf. nt. 47), 630.

⁸⁰ Cf. F. NIGRO, «Commento al can. 1314» (cf. nt. 64), 754.

⁸¹ In questo senso J. SANCHÍS, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 28), 263.

c) Secondo l'autorità a cui si riserva la remissione

In terzo luogo una pena che stabilisce una riserva penale più grave e un'altra più mite.

La riserva è un istituto attraverso il quale un'autorità superiore, che normalmente non interviene in questo momento penale avoca a sé la possibilità della remissione della pena. Ovviamente la riserva può essere fatta solo a favore della Santa Sede (come la violazione del sigillo sacramentale del can. 1388) o a favore del Vescovo diocesano.

Se la riserva faccia parte della pena è discussione aperta tra gli autori. Secondo coloro che sostengono che non forma parte della pena, ovviamente la legge dovrà essere applicata senza tenere conto della maggiore o minore gravità della riserva, poiché affermano che non cambia la pena ma il foro competente ed è «certa la regola del diritto, che dice che si presume che l'ordine di giudizio stabilito dalla nuova legge sia migliore di quello precedente»⁸². Certamente la riserva non integra direttamente la pena ma la maggiore o minore difficoltà che il reo dovrà evitare al momento della remissione, può essere considerata un modo di "aumentare" la durezza della pena. In questo senso Michels affermava che:

È indubbiamente vero che la riserva in senso giuridico non costituisce la pena, e pertanto, cambiando solamente la riserva, non cambia la pena stessa; d'altra parte, non si può negare che il cambiamento della riserva comporta realmente il cambiamento della legge penale, e questo senza altro in relazione al

⁸² Cf. VERMEERSCH, «De vi quod ad praeterita mutatae reservationes censurare», *Periodica* 19 (1930) 29-30, citato in G. MICHELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 271.

delinquente in quanto di fatto aumenta o diminuisce la sua natura odiosa, a seconda che la riserva stessa sia più severa o più mite; ora perché venga applicato il principio del can. 2226 §2 non si richiede solamente che la stessa pena, ma che la legge penale sotto cui sia stato commesso il delitto, qualunque ne sia la causa e la ragione del cambiamento, certamente sia più favorevole al reo⁸³.

Come si può notare l'applicazione della norma non è tanto facile. Certamente una legge può es-

⁸³ «Verum est sane quod reservatio iuridice loquendo non est poena, ac proinde quod propter mutatam solam reservationem iuridice loquendo non mutatur ipsa poena; negari autem non potest mutationem reservationis involvere veram mutationem legis poenalis, et talem quidem ex qua pro delinquente de facto augeatur vel minuetur natura eius odiosa, prout reservatio ipsa severior est aut magis benigna; jamvero ad hoc ut applicetur principium canonis 2226 §2 nullatenus requiritur ut ipsa poena, sed ut *lex* poenalis, sub qua commissum fuerit delictum, qualibet ex causa fuerit mutata et ratione huius mutationis una prae altera certa appareat pro reo magis benigna». G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 271. Come esempio di questo: «We see an application of the principle enunciated here in the latae sententiae excommunication incurred by the offences of apostasy, heresy, and schism. According to the Pio-Benedictine Code the excommunication in *foro conscientiae* was reserved to the Apostolic See but according to the 1983 Code the excommunication is not reserved to the Apostolic See, i.e., it is reserved to the ordinary. When the new Code went into effect on November 27, 1983, such an excommunication incurred under the previous Code was no longer reserved to the Holy See. Thus, from that moment the person's ordinary, any bishop in the course of sacramental confession, and others having the authority to absolve such censures could absolve it. In a word, the offender has the advantage of the law that is less burdensome». W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, Ottawa 2000, 13-14.

sere più favorevole per il tipo di pena, mentre un'altra può esserlo per la modalità di applicazione. Per tanto sono molti gli elementi che modificano una legge in un'altra più favorevole e questi devono essere stimati dal giudice non teoricamente, ma concretamente, tenendo conto del reo stesso e delle azioni concrete da lui compiute⁸⁴. Una cosa è certa: le leggi non possono essere alterate nei loro elementi per formularne una terza in un "cocktail" giuridico a misura del benessere del reo. La legge che verrà applicata sarà presa nella sua totalità⁸⁵.

⁸⁴ Vediamo qualche proposta di soluzione pratica: «1ª. Si el hecho constituye delito según una de las leyes y no según la otra, no hay delito. 2ª. Si la primera ley establece contra el delito una pena *ferendae sententiae* y la segunda la misma pena *latae sententiae*, se aplicará la primera ley, y, por lo tanto, no se considerará al delincuente incurso en la pena en tanto no se le aplique. 3ª. Si la ley anterior establece una pena *latae sententiae* y la posterior la misma pena, pero *ferendae sententiae*, hay que considerar al reo como incurso en la pena; pues la ley posterior no abroga la pena, sino que establece la misma en que ya se ha incurrido. 4ª. Si una de las leyes impone como *ferendae sententiae* una pena más grave y la otra una más leve, se aplicará la pena más benigna». L. MIGUÉLEZ, «Commento al can. 2219» (cf. nt. 19), 811.

⁸⁵ Ai criteri di giudizio che abbiamo scelto come parte di questo sviluppo si aggiungono le pene *determinate* ed *indeterminate*, le pene *spirituali* e le *temporali*, le pene *spirituali* e le *pecuniarie*. Inoltre si potrebbe tener conto il termine di *prescrizione* dei delitti, ecc. Gli autori civilisti considerano la possibilità della maggiore o minore pena che può essere applicata d'accordo alla discrezione del giudice, come un altro criterio a tener conto nell'applicazione della legge più favorevole, che per loro è sempre la più mite. Si veda come esempio E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I (cf. nt. 55), 214.

Nulla osta tuttavia che a diversi delinquenti, rei di delitti, o addirittura a persone che abbiano concorso allo stesso delitto, si applichi una legge diversa, ad alcuni quella nuova e ad altri quella precedente, secondo le circostanze concrete proprie ad ognuno, a favore di ciò che ad ognuno sia più favorevole⁸⁶.

3.3 *La sospensione della pena (can. 1313 §2)*

Tutto ciò che è stato detto in precedenza ha valore finché l'argomento è irrisolto. Una volta che il reo inizia a scontare la pena, la situazione sembra rimanere definitivamente stabile finché la pena stessa non sia totalmente espiata. Tuttavia il legislatore desidera offrire ancora una possibilità a chi si trova in questa ultima situazione perché sia chiara la benevolenza con la quale vuole trattare il delinquente⁸⁷.

Il can. 1313 §2 affronta quindi il caso di un condannato che vede cambiare la legge sulla quale sia stata fondata la sua condanna, cioè il canone regola uno degli effetti dell'abrogazione della legge: scomparsa la legge o almeno la pena, questa cessa immediatamente.

Il canone riconosce due situazioni: la prima quando la legge nuova abroga la precedente, cioè la fa scomparire, sia perché la revoca espressamente, sia perché è contraria a quella precedente, o ne riorcina la materia *in toto* (can. 20)⁸⁸. In questo caso la

⁸⁶ Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis* (cf. nt. 44), 270.

⁸⁷ Cf. F. NIGRO, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 64), 752.

⁸⁸ Can. 20: «Lex posterior abrogat priorem aut eidem derogat, si id expresse edicat aut illi sit directe contraria, aut totam de integro ordinet legis prioris materiam; sed lex universalis

legge cessa di essere in vigore per azione espressa del legislatore, per il quale è chiaro che con tale azione esprime il sentire di tutta la società. La seconda quando la nuova legge, senza abrogare la legge precedente, la modifica sopprimendo la pena stabilita fino a quel momento.

Come si può osservare si tratta di situazioni di depenalizzazione: un fatto che prima era considerato un crimine ora non lo è più per un intervento diretto dell'autorità, e pertanto la pena è soppressa. Certamente la depenalizzazione non significa che tale azione non sia più illegale (antigiuridica) o che la sua qualificazione morale sia cambiata, ma solamente che adesso l'autorità ha deciso di non penalizzarla, perché al fine di proteggere gli stessi valori della legge precedente può ricorrere ad altri mezzi⁸⁹. Un esempio tipico di questa depenalizzazione è descritto nel can. 6 §1, 3° che dice: «Entrando in vigore questo Codice, sono abrogati [...] qualsiasi legge penale, sia universale sia particolare emanata dalla Sede Apostolica, a meno che non sia ripresa in questo stesso Codice»⁹⁰.

La conseguenza in ambedue le situazioni è la stessa: la pena che il reo aveva cominciato a scontare, cessa immediatamente. Ovviamente la cancellazione riguarderà solamente quella parte della pena che resta da scontare (cessa la sospensione o l'inter-

minime derogat iuri particolari aut speciali, nisi aliud in iure expresse caveatur».

⁸⁹ Cf. J. SANCHÍS, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 28), 263-264.

⁹⁰ Can. 6 §1: «Hoc Codice vim obtinente, abrogantur [...] leges poenales quaelibet, sive universales sive particulares a Sede Apostolica latae, nisi in ipso hoc Codice recipiantur...».

dizione, ecc.), non riguarda quelle pene i cui effetti siano già consolidati (cioè il condannato all'inabilitazione ad alcuni atti giuridici, comincia ad esserlo nel momento stesso, ma gli atti precedenti restano nulli), o siano perpetue, come per la dimissione dallo stato clericale o la privazione d'un ufficio⁹¹. In questo ultimo caso sarebbe necessario un intervento speciale dell'autorità per il reinserimento della persona nell'ufficio revocato o in un altro equivalente.

Qual è la base di questa opzione del legislatore?

Questo effetto dell'abrogazione non è una conseguenza logica della estinzione della legge penale perché la pena è stata inflitta giustamente e pertanto, di per sé, dovrebbe essere scontata⁹².

Di conseguenza, la ragione non può essere altra che la volontà del legislatore stabilita nel can. 2226 §3, anche se potrebbe verificarsi una ragione di convenienza, ovvero che il legislatore, nell'abrogare la legge penale, valuti che l'azione per la quale sia stata inflitta la pena, non sia più turbativa dell'ordine pubblico e meritevole di pena, e per tanto ritenga conveniente liberare coloro che scontavano la pena in virtù della legge abrogata⁹³.

⁹¹ Cf. T. GARCÍA BARBERENA, «Commento al can. 2226» (cf. nt. 19), 310. Nello stesso senso si veda J. SANCHÍS, «Commento al can. 1313» (cf. nt. 28), 264.

⁹² Di fatto, non sono pochi quelli che sostengono che quando la sentenza passa in giudicato i suoi effetti dovrebbero andare avanti fino alla fine. Cf. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOANI, *Diritto Penale* (cf. nt. 56), 169.

⁹³ «Por consiguiente, la razón no puede ser otra que la voluntad del legislador establecida en el can. 2226 §3, aunque puede señalarse una razón de conveniencia, a saber: que el legislador, al derogar la ley penal, estima que el acto por el que se impuso la pena no es ya perturbador del orden público, y

Si tratta di vera retroattività? Alcuni autori civilisti e canonisti, affermano che si tratterebbe di un'altra eccezione al can. 9, dato che si sta cambiando la sentenza. Secondo il nostro parere non si può parlare di vera retroattività della legge, poiché la nuova legge non si retrodata al momento del verdetto del giudice, bensì disciplina la situazione attuale solamente per il futuro. La valutazione dei fatti così come quella della moralità dell'atto non cambia. Di fatto non si sta cambiando la sentenza poiché questa è già passata in giudicato, se ne cambiano solo gli effetti. Si tratta del fatto che alcuni degli effetti della condanna subita cambiano o cessano del tutto⁹⁴.

Un ultimo quesito che potremmo porre a questa norma è se essa viene applicata anche a quei casi in cui la seconda legge modifica la legge precedente alla base della condanna già applicata. Nell'ambito civile in questo caso vale il principio della cosa giudicata. «La possibilità di ridurre la pena inflitta in modo irrevocabile si annulla davanti all'insormontabilità della cosa giudicata»⁹⁵. Sebbene la norma non lo specifichi, sembra chiaro che nell'ambito canonico la retroattività si estenda anche a questa situazione⁹⁶.

merecedor de pena y, por tanto, parece conveniente que libere a los que cumplían pena en virtud de la ley derogada». T. GARCÍA BARBERENA, «Comentario al can. 2226» (cf. nt. 19), 310.

⁹⁴ F. Nigro afferma che si tratta qui di un altro caso di retroattività della legge quando dice: «Il valore retroattivo, attribuito alla nuova legge, si evidenzia maggiormente nel caso che la pena sia stata inflitta o incorsa *ipso facto*». F. NIGRO, «Comentario al can. 1313» (cf. nt. 64), 752. Si veda anche G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOANI, *Diritto Penale* (cf. nt. 56), 167.

⁹⁵ G. MAGGIORE, *Derecho Penal* (cf. nt. 49), 204-205.

⁹⁶ Cf. T. GARCÍA BARBERENA, «Comentario al can. 2226» (cf. nt. 19), 310-311.

3.4 *Excursus*

Che relazione esiste tra la legge più favorevole al reo e il *favor iuris* espresso in questo caso come *favor rei*?

Ci sembra che la legge più favorevole al reo non possa essere semplicemente identificata con il principio del *favor rei* il quale presuppone che «tutti gli strumenti processuali devono tendere all'accertamento della non responsabilità dell'imputato»⁹⁷, e, per tanto, come un principio riguardante non tanto lo stato della libertà personale, quanto la verifica di una posizione di merito in relazione alla *notitia criminis*. Si esprime inoltre come il primato della persona rispetto all'istituzione, per cui la valutazione della prova, da parte del giudice, dovrà sempre tendere a difendere la libertà giuridica dell'imputato, in modo tale che la limitazione che possa subire sia la meno gravosa possibile⁹⁸.

Solo in un secondo momento si colloca la massima contenuta nel can. 1313 §1 che presuppone già la verifica della responsabilità del reo a cui si deve imporre una sanzione, che tuttavia resta soggetta alla successione di due leggi "successive". La distinzione

⁹⁷ M. CHIAVARIO, «Favor libertatis», in F. CALASSO (ed.), *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano 1958-2001, 2.

⁹⁸ Cf. E. FASSONE, «Favor rei», in B. PARADISI (ed.), *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIV, Roma 1988-1997, 1. «Il principio *in dubbio pro reo*, a) si riferirebbe all'interpretazione della legge; b) si riferirebbe alla valutazione delle prove; c) costituirebbe un principio normativo consuetudinario relativo all'onere sostanziale della prova; d) sarebbe espressione della prevalenza dell'interesse alla tutela dell'innocente sull'interesse alla condanna del reo». G. SABATINI, «In dubbio pro reo» (cf. nt. 106), 612.

fatta non esclude la stretta relazione tra i due principi, concependo il secondo come una particolare accezione del primo, come se applicando un criterio soggettivo si vedesse l'imputato nel caso precedente e nella legge più favorevole al reo nell'attesa di condanna⁹⁹. Si può intendere il can. 1313 come una chiave per la soluzione di conflitti interpretativi o giurisdizionali e dei conflitti non codificati¹⁰⁰.

4. Un'altra interpretazione

Certamente un'idea che rimane dopo la lettura degli autori e delle norme è che in linea di principio la legge più favorevole al reo presuppone la legge più benevola. Tuttavia abbiamo trovato non poche volte espressioni che a nostro parere hanno voluto lasciare la porta aperta ad altre interpretazioni, cosa che ci suscita una domanda: la legge più favorevole all'imputato significa *sempre* la legge più benevola? Si esaurisce il suo significato in una riduzione dei *disagi* per l'imputato?

4.1 *Uso del termine favorabilior nel codice*

Per rispondere a queste domande ci è sembrato opportuno iniziare con uno studio etimologico del

⁹⁹ Cf. G. LOZZI, «Favor rei», in F. CALASSO (ed.), *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano 1968-2001, 10.

¹⁰⁰ Cf. E. FASSONE, «Favor rei» (cf. nt. 98), 2-3. L'autore studia il problema nelle sue diverse sfaccettature, come regola di giudizio, come fonte di soluzione di conflitti tra le norme o situazioni procedurali, come garanzia, come mitigazione delle sanzioni legalmente inflitte, ecc.

termine *favor* e *favorabilis* che potrebbe dare spazio e sostenere altre interpretazioni.

Etimologicamente *favor* da cui proviene *favorabilior*, deriva in primo luogo da *faveo* la cui origine si trova nell'ambito religioso come benevolenza degli dei. Inoltre di favore, nel senso di privilegio, protezione, applauso¹⁰¹. Si può intendere anche come simpatia, inclinazione, interesse, appoggio, acclamazione, dimostrazione di gradimento, mentre i comparativi *favorabilior* e *favorabilius* sono usati più propriamente nel senso di suscitare interesse, guadagnarsi la fama, la popolarità¹⁰², per indicare qualcosa di propizio¹⁰³.

Il codice utilizza il sostantivo *favor* molte volte, ma specialmente per descrivere il *favor iuris* (cann. 1060, 1150 e 1068), *favor fidei* (can. 1143 §1), che indicano sempre una situazione di privilegio di alcune istituzioni alle quali l'ordinamento riconosce una presunzione *iuris tantum*. Il termine nel significato comparativo, anche del can. 1313, appare solamente nel can. 1488 §2 nel quale si parla della sottrazione della giurisdizione naturale delle cause, per ottenere una sentenza più favorevole¹⁰⁴.

Come si può osservare, il termine favore o favorevole implicano sempre una grazia, una protezione

¹⁰¹ Voce «Favor», in A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*, Paris 1985⁴, 260-261.

¹⁰² Voce «Favor», in A. BLÁNQUEZ FRAILE, *Diccionario latino-español*, vol. I, Barcelona 1967, 703.

¹⁰³ Voce «Favor», in R. DE MIGUEL – EL MARQUÉS DE MORANTE, *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid 1929, 371.

¹⁰⁴ Cf. X. OCHOA, *Index verborum ac locutionum codicis iuris canonici*, Roma 1983, 176.

un beneficio che si può ricevere gratuitamente. Di certo l'identificazione di questo termine con l'idea di benevolenza sarebbe un errore di interpretazione. Senza dubbio potrebbe essere interpretato in forma ampia, a partire dall'idea di grazia o protezione, ma ha più il significato dell'aiuto o beneficio che viene concesso ad una persona o ad una istituzione¹⁰⁵.

Nei canoni riferiti al matrimonio, dove più frequentemente si utilizza il termine in questione, si fa allusione ad una istituzione o ad un valore più alto che permette di superare la norma applicata rigidamente. Per esempio nel caso del *favor fidei*, che permette lo scioglimento di un vincolo naturale valido, tenendo conto del valore della fede rispetto alla salvezza della persona che supera quella del vincolo naturale. Questa idea si riflette anche nel can. 1060 che afferma che il matrimonio gode del *favor iuris*, per indicare che la presunzione di validità deve essere sconfitta per ottenere l'annullamento del matrimonio. Il valore "matrimonio sacramentale" è posto al di là di ogni potestà umana. In definitiva a parer nostro, è necessario riconoscere un valore più alto che possa dare le basi a un trattamento di favore a certe presunzioni¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Il caso del *favor iuris* messo in rilievo dal can. 1608 §4, in realtà fa riferimento ad un trattamento speciale che tende a favorire una parte o un elemento nel processo, come il reo nelle cause penali o il vincolo nelle cause matrimoniali. Cf. U. NAVARRETE, «Favore del diritto» (cf. nt. 27), 493.

¹⁰⁶ «Laddove dunque l'ordinamento giuridico concede il *favor iuris* ad un determinato interesse le varie situazioni, su un tale interesse incidenti, devono essere risolte con la prevalenza dell'interesse stesso». G. SABATINI, «In dubbio pro reo», in A. AZARA – E. EULA (edd.), *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Torino 1957-1975, 612.

4.2 *Due modalità differenti*

In queste pagine abbiamo avuto l'opportunità di confrontare il can. 1313 con tutto un sistema di garanzie processuali, che, in definitiva, parlano di una difesa certa dell'interesse del reo, evitando in tutti i modi possibili di avviare la procedura giudiziaria (can. 1341), o applicando la legge più benevola mitigando la pena, per esempio come nei cann. 1343-1345. Questa benevolenza mira fondamentalmente a ottenere sempre l'emendamento del reo (can. 1345). Ci chiediamo cosa succederebbe se l'emendamento del reo non fosse garantito dall'applicazione della pena più benevola, sarebbe possibile applicare allora la pena più grave? Sarebbe questo contrario al principio stabilito dal can. 1313?

Senza dubbio se questa domanda fosse sollevata in ambito civile la risposta sarebbe negativa per le caratteristiche della società e del suo diritto penale.

Lo Stato nato dalla volontà degli individui che lo formano appare sovrano assoluto ed esercita tale sovranità attraverso i dettami e i vincoli delle proprie leggi, utilizzando la forza qualora fosse necessario. Il carattere coattivo attraverso l'utilizzo dell'imposizione fisica è caratteristico del diritto statale che prepara e dispone per questo i mezzi necessari. Su questo si basa la diffusione del diritto penale, non solo perché protegge valori considerati essenziali per la società e l'individuo, ma anche perché la sua applicazione è riservata allo Stato¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cf. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOANI, *Diritto Penale* (cf. nt. 56), 102.

La finalità di questo campo del diritto è quella di tutelare «i diritti e i beni giuridici fondamentali della comunità e dell'individuo, come l'esistenza dello Stato, la libertà, la vita, la proprietà ecc.»¹⁰⁸. Per tanto non è raro leggere che l'obiettivo di questa scienza siano i delitti e le pene nella misura in cui ciò sia necessario per tutelare l'interesse sociale. Quindi la pena viene inflitta per evitare che il reo continui a danneggiare altre persone, perché egli stesso possa migliorare e perché la minaccia della pena possa dissuadere altri dal delinquere¹⁰⁹.

Dato il carattere pubblico del diritto penale le sue norme sono di osservanza rigorosa, di applicazione obbligatoria, inderogabili e insostituibili per volontà dei privati¹¹⁰. Da qui la ragione per cui nella legislazione civile l'applicazione del principio di legalità non consente deroghe, definendosi come *diritto positivo*.

Nello Stato, dunque, la ragione fondamentale delle sue norme risiede nella conservazione dello Stato stesso e nell'equilibrio delle relazioni tra i suoi membri. Non appartiene (e non può appartenere) a questa logica il riconoscere valori più alti dello Stato stesso. Tutta la sua normativa si esaurisce in queste finalità. Nell'applicare la pena stabilita per un delitto lo Stato intenderà ristabilire l'equilibrio rotto dall'atto illecito. Lo Stato non può andare né più in là né più in qua di questa finalità per una questione di giustizia retributiva.

¹⁰⁸ L.E. MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal* (cf. nt. 52), 1.

¹⁰⁹ Cf. E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale* (cf. nt. 54), 80.

¹¹⁰ Cf. L.E. MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal* (cf. nt. 52), 1.

Per tanto quando si presenta il problema della legge più favorevole è chiaro che non si può pensare ad altro che all'applicazione della legge più benevola: solo la minore quantità di limiti alla capacità giuridica dell'individuo costituisce il favore della legge. Tutto ciò che serve per ristabilire l'equilibrio, in questo momento a favore del reo, sarà codificato, con lo scopo di limitare per quanto si possa, il danno che subisce (minor tempo di privazione della libertà, minore ammontare del risarcimento ecc.).

Nel sollevare questa domanda nell'ambito canonico, la risposta ammette altre posizioni. Il diritto canonico vive e si sviluppa nella Chiesa Cattolica, la quale, a differenza dello Stato, non nasce per la convergenza di volontà dei suoi membri, ma perché riconosce le sue origini nel Cristo stesso che la fonda. D'altra parte come società – analogamente al suo fondatore al quale rimane sempre unita – ha una doppia realtà: *spirituale* e *temporale* laddove la prima prevale sulla seconda senza per questo prescindere da essa (LG 8).

Come comunità riconosce che il suo fine non si trova in essa stessa, come nel caso dello Stato, ma in una finalità che la trascende: la salvezza degli uomini. Questa salvezza si attua e si realizza attraverso le strutture visibili della stessa, aiutata dalla Grazia¹¹¹.

¹¹¹ «[...] est ius societatis visibilis quidem sed supernaturales quae verbo et sacramentis aedificatur et cui propositum est homines ad aeternam salutem perducere». PAOLO VI, «Allocuzione del 8 febbraio 1973 alla Rota», *AAS* 65 (1973) 95-103. La si può trovare anche in J. BEYER (ed.), *Allocutiones de iure canonico*, Romae 1980, 87-98 o in G. ERLEBACH (ed.), *Le allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)*, Città del Vaticano 2004, 131-138.

La separazione dalla Chiesa significherà dunque la separazione dal Cristo stesso venendo in questo modo compromessa la salvezza offerta¹¹². La Comunione con la Chiesa è la manifestazione della Comunione con il Padre, il Figlio e lo Spirito Santo. Se viene a mancare uno di questi due poli, si mette in discussione l'altro; cioè il cristiano non può essere considerato come un'isola ma sempre in relazione con il Corpo mistico di Cristo, con il Popolo di Dio, che il Cristo stesso rappresenta. Così ogni volta che un membro della comunità agisce contro la comunità, contro i vincoli che mantengono stretta l'unione tra i suoi membri, manifesta il suo allontanamento dalla comunità che sarà riconosciuto poi dall'autorità attraverso la sanzione¹¹³.

Quando si parla del diritto canonico lo si definisce come una norma di vita, una regola pastorale, come scuola di giustizia, e di discernimento nella carità pastorale¹¹⁴, perché come tale è uno strumento per lo scopo della società che lo ha creato: la salvezza delle anime (can. 1752).

¹¹² «La Chiesa non può cadere nel settarismo, ma se vuole rimanere comunità dei santi non può semplicemente tollerare nel proprio seno i peccatori. Per questo l'espulsione del peccatore dalla comunità non è un fatto disciplinare volto a conservare il buon ordine esterno della comunità, ma ha una funzione salvifica». G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Cinisello Balsamo – Roma 2000³, 513.

¹¹³ G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa* (cf. nt. 112), 513. Nello stesso senso viene presentato da F. COCCOPALMERIO, «Chiesa e diritto penale: antinomia o conciliabilità? A proposito di un libro recente», *La Scuola Cattolica* 114 (1986) 500. Si veda anche GIOVANNI PAOLO II, «Allocuzione del 17 febbraio 1979 alla Rota», AAS 71 (1979) 425.

¹¹⁴ Cf. PAOLO VI, «Allocuzione» (cf. nt. 111).

In quanto società visibile, la Chiesa stabilisce il suo diritto, fondato sulla natura stessa della Chiesa come «popolo costituito in un corpo sociale, organico, in virtù di un piano e di un'azione divina, attraverso un ministero di servizio pastorale [...] che promuove, dirige, insegna e santifica il Cristo l'umanità che aderisce a lui nella fede e nella carità»¹¹⁵.

Questo valore supremo della santificazione avvia l'*equitas canonica* cioè quella virtù che modera le severità della legge¹¹⁶. Nel diritto canonico l'*equitas*, che la tradizione canonica ha ricevuto dal diritto romano, costituisce il midollo spinale di tutto l'ordinamento. Come valore umano di correzione offre un fattore di equilibrio al giudice e al superiore al momento di pronunciare la sentenza, obbligando lo stesso a giudicare secondo l'equità e il bene¹¹⁷.

L'*equitas* ha come scopo quello di mettere davanti al giudice una giustizia superiore, un bene spirituale maggiore che va più in là della semplice retribuzione meccanica degli atti. È in questo senso che tende naturalmente alla benevolenza, a mitigare la severità del diritto. Tuttavia non è strano che la stessa equità esiga dal giudice l'inasprimento delle pene in funzione dello stesso fine spirituale¹¹⁸.

Se la caratteristica del diritto canonico è quella di essere *pastorale* dovrà necessariamente preoccuparsi delle persone, di quelli che sono in cerca della verità

¹¹⁵ PAOLO VI, «Allocuzione» (cf. nt. 111), 90.

¹¹⁶ Per uno sviluppo di questo tema si veda G.M. COLOMBO, *Sapiens aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Collana Tesi Gregoriana, Serie Diritto Canonico 62, Roma 2004.

¹¹⁷ Cf. PAOLO VI, «Allocuzione» (cf. nt. 111).

¹¹⁸ Cf. PAOLO VI, «Allocuzione» (cf. nt. 111).

della crescita¹¹⁹. Per tanto il giudice nell'esplicare le sue funzioni dovrà sempre riflettere il volto del Cristo stesso, che è fonte di verità, evitando la durezza del diritto, la rigidità dell'espressione tecnica; egli dovrà evitare che il desiderio di giustificare le sue decisioni sia fondato piuttosto su un'interpretazione letterale che sulla Carità che è dono dello Spirito che libera e che dà vita. A tal fine è indispensabile che posseda *conoscenza* diretta della persona che ha davanti, così come delle circostanze, perché tutta la sua azione sia guidata dalla carità concreta, cosa che potrà in certi momenti portarlo ad applicare la pena più severamente perché «l'esercizio del potere giudiziale è più medicinale che vendicativo»¹²⁰. Tuttavia in questo caso il diritto canonico si distacca dal diritto civile, per il fatto che nell'inasprire la pena sarà sempre spinto dalla *carità* e non dal desiderio di vendetta o di mera giustizia retributiva. È questo il valore superiore che ci veniva suggerito nel paragrafo precedente attraverso la modalità di utilizzo del codice.

Questa carità, d'altro canto, è contemplata nel can. 1752 che sanziona la *salus animarum* come legge suprema della Chiesa¹²¹. Il Libro VI non è estraneo a questa prospettiva. Il significato del crimine e la sua

¹¹⁹ Su questo tema si veda V. DE PAOLIS, «Stile pastorale di governo» (cf. nt. 3).

¹²⁰ PAOLO VI, «Allocuzione» (cf. nt. 111).

¹²¹ «Nella logica del sistema giuridico del nostro ordinamento e particolarmente nella logica irripetibile del sistema penale, animato dal respiro dell'azione pastorale, trova appropriata giustificazione anche la *Norma Generalis* fissata nel can. 1399. Essa ha il fondamento nella "Grund-norm", divenuta attualmente positiva statuizione con il can. 1752, che tutela la salute dell'anima dei singoli e di tutti, l'integrità e l'armonia

importanza nascono dalla relazione “interrotta” (che non va verso l’obiettivo) tra alcune azioni e l’obiettivo specifico della Chiesa: la salvezza.

Crediamo pertanto che la benevolenza non esaurisce il significato del can. 1313. Inoltre in certi casi, l’emendamento del reo esige, come dovere di carità, l’applicazione della norma meno benevola che, per altro, rispetto al fine ultimo, è la più favorevole al reo stesso¹²².

4.3 *Alcuni casi*

Desidereremmo terminare questa sezione applicando ciò che abbiamo descritto ad alcuni casi concreti che hanno motivato questo studio.

dell’unità di comunione e di fede. Qualunque comportamento, che violi o rechi turbamento a questi valori, deve essere “bloccato”, costi quello che costi, con interventi adeguati a riportare nei singoli e nella comunità la “sanitas” spirituale e morale. Il provvedimento, seppure doloroso ed espressamente non previsto, è teologicamente ed ecclesiologicamente necessario, in quanto è stata lesa l’essenza ontologica della Chiesa. Esso mira a “sanare” la ferita provocata nel tessuto del suo Corpo Mistico e sociale e, nello stesso tempo, a fermare il braccio del “percussore”». G. DI MATIA, «Pena e azione pastorale nel diritto penale della Chiesa», *Monitor Ecclesiasticus* 114 (1989) 61-62.

¹²² «[...] non sempre bisogna preferire il favore all’odio, e l’odio al favore: ma bisogna scegliere o l’uno o l’altro, dopo aver soppesate l’intenzione del legislatore, la ragione del bene comune, ed altre circostanze di materia e di parole, di maniera che venga preferito ciò che è più importante e maggiormente conveniente “honestati iustitiaeque legis”. Se poi rimane il dubbio “favor est praeferendus”, perché, [...] la legge di *per se stessa* tende al favore; se tende all’odio è “quasi ex accidenti, et coacte ob necessitatem”». Citato da P. FEDELE, «Una questione elegante: favorevole o odiosa?» (cf. nt. 14), 279.

Un primo caso considera la modifica della legge penale riducendo la pena da applicare. Il can. 1366 stabilisce: «I genitori o coloro che ne fanno le veci, che fanno battezzare o educare i figli in una religione acattolica, siano puniti con una censura o con altra giusta pena». Lo stesso trova il suo precedente nel can. 2319 §1: «Incorrono *ipso facto* nella scomunica riservata all'Ordinario i cattolici: 3° I genitori o coloro che ne fanno le veci che lasciano deliberatamente che i propri figli siano educati o istruiti in una religione acattolica»¹²³. Come si può osservare in questo esempio la descrizione degli elementi oggettivi che conformano il modello sono praticamente identici, cambiando in misura drastica la pena contemplata cioè l'elemento legale. Mentre nella norma del CIC 17 si contemplava la massima pena medicinale con una riserva all'Ordinario, nell'attuale legislazione si contempla una censura indeterminata o la possibilità di applicazione di un'altra pena che il superiore consideri adeguata.

Come esempio di applicazione di una legge che riduce gli elementi oggettivi possiamo prendere il can. 1378 che ne prescrive una pena per il delitto di assoluzione del complice di un peccato contro il sesto comandamento¹²⁴. La norma prende gli ele-

¹²³ CIC 83, can. 1366: «Parentes vel parentum locum tenentes, qui liberos in religione acatholica baptizandos vel educandos tradunt, censura aliave iusta poena puniantur». CIC 17, can. 2319: «§1. Subsunt excommunicationi latae sententiae Ordinario reservatae catholici: 3° Qui scienter liberos suos acatholicis ministris baptizandos offerre praesumunt».

¹²⁴ Can. 977: «Absolutio complicitis in peccato contra sextum Decalogi praeceptum invalida est, praeterquam in periculo mortis».

menti oggettivi del can. 977 che dice: «Al di fuori di un pericolo di morte, non è valida l'assoluzione del complice di un peccato contro il sesto comandamento del decalogo». Nella legislazione del 1917 si diceva nel can. 2367 §1: «Colui che assolve o finge di assolvere il suo complice in un peccato turpe incorre *ipso facto* nella scomunica riservata in modo speciale alla Sede apostolica; questo anche quando il complice si trovi in *articulo mortis*, in caso ci sia un altro sacerdote anche non autorizzato a ricevere confessioni che possa senza che ne consegua grave ignominia o scandalo, ricevere la confessione del moribondo a meno che questi non rifiuti di confessarsi con altri»¹²⁵. Come si può osservare, la nuova legislazione ha lasciato da parte la simulazione dell'assoluzione che potrebbe ricadere nel delitto di simulazione di un sacramento (can. 1379). D'altro canto si abbandona la limitazione esistente per i casi di pericolo di morte. In ambedue le legislazioni la pena stabilita è la stessa.

Fino ad ora abbiamo presentato due esempi di nuove leggi più miti, o in quanto alla pena o in quanto agli elementi che costituiscono il delitto. Presenteremo ora un caso di inasprimento della legge penale.

Il 30 aprile del 2001, per completare l'ordinamento della curia romana iniziato con la Costitu-

¹²⁵ Can. 2367 §1: «Absolvens vel fingens absolvere complicem in peccato turpi incurrit ipso facto in excommunicationem specialissimo modo Sedi Apostolicae reservatam; idque etiam in mortis articulo, si alius sacerdos, licet non approbatus ad confessiones, sine gravi aliqua exorbitata infamia et scandalo, possit excipere morientis confessionem, excepto casu quo moribundus recuset alii confiteri».

zione Apostolica *Pastor Bonus*¹²⁶, sua Santità Giovanni Paolo II ha promulgato per mezzo della Lettera Apostolica *Sacramentorum sanctitatis tutela*¹²⁷ le norme che a loro volta erano state emanate dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF) riguardo ai reati più gravi contro i sacramenti e i costumi che sono state promulgate inviandole ai singoli Ordinari¹²⁸. Tra i delitti più gravi che questa norma riserva alla CDF sono considerati quelli «delitti contro i costumi, cioè: reati contro il sesto comandamento del decalogo con un minore di diciotto anni commessi da un chierico»¹²⁹.

Il testo della Lettera su questo delitto, a differenza degli altri precedenti non fa riferimento a nessun canone del CIC. D'altra parte se si volesse far rientrare questo aspetto nel can. 1395 §2¹³⁰, incontreremmo una grave difficoltà: il canone parla di un

¹²⁶ GIOVANNI PAOLO II, «Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* sulla Curia Romana del 28 giugno 1988», art. 52, AAS 80 (1988) 841-912; EV 11/787-1070.

¹²⁷ GIOVANNI PAOLO II, «Lettera Apostolica *Sacramentorum sanctitatis tutela*, del 30 aprile 2001», AAS 93 (2001) 434-475, EV 20/575-580.

¹²⁸ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, «Lettera *Ad exsequendam ecclesiasticam legem* del 18 maggio 2001», AAS 93 (2001) 785-788.

¹²⁹ «Delictum contra mores, videlicet: delictum contra sextum Decalogi praeceptum cum minore infra aetatem duodeviginti annorum a clerico commissum». CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Ad exsequendam ecclesiasticam legem* (cf. nt. 128).

¹³⁰ Can. 1395 §2: «Clericus qui aliter contra sextum Decalogi praeceptum deliquerit, si quidem delictum vi vel minis vel publice vel cum minore infra aetatem sedecim annorum patratum sit, iustis poenis puniatur, non exclusa, si casus ferat, dimissione e statu clericali».

minore di sedici anni mentre le norme del dicastero parlano di un minore di 18 anni. Si tratta quindi di un nuovo delitto. Un altro elemento ad entrare in gioco è quello della prescrizione. Secondo il can. 1362 §1, 2°¹³¹, il delitto del can. 1395 cade in prescrizione dopo 5 anni, mentre nelle norma cade in prescrizione dopo dieci anni da quando il minore ha raggiunto la maggiore età. Come si applica qui il can. 1313 §1?

È evidente che, cambiando uno degli elementi oggettivi della condotta descritta, ci troviamo di fronte ad un reato diverso. Vediamo le diverse situazioni. Se il soggetto attivo che è sempre un chierico, avesse commesso un reato contro il sesto comandamento prima del 2001, con un o una minore di 17 anni non sarebbe perseguibile da questa norma. Qui, come abbiamo visto prima, non si può applicare la retroattività della legge. Questa applicazione “rigida” del canone non toglie niente alla peccaminosità del delitto che merita certamente una intervento serio da parte dell'autorità. Tuttavia se questa azione fosse stata commessa con un minore di sedici anni prima del 2001, quando ancora era classificato come delitto, non era considerato secondo il canone

¹³¹ Can. 1362 §1: «Actio criminalis praescriptione extinguitur triennio, nisi agatur: 1° de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis; 2° de actione ob delicta de quibus in cann. 1394, 1395, 1397, 1398, quae quinquennio praescribitur». Le norme della CDF, invece, affermano: «Notandum est actionem criminalem de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis praescriptione extingui decennio. Praescriptio decurrit ad normam iuris universalis et communis; in delicto autem cum minore a clerico patrato praescriptio decurrere incipit a die quo minor duodevicesimum aetatis annum explevit».

1362, come delitto riservato alla CDF. Tecnicamente parlando il giudice potrebbe scegliere la legge più favorevole al reo e per tanto applicare la prescrizione di cinque anni così come l'assenza di riserva. Evidentemente questo non succederà con i delitti commessi dopo il 2001, dato che in questo caso non esiste legge più favorevole, esiste una unica norma che è quella della CDF.

Questa ultima distinzione sarebbe chiara se non fosse per un piccolo dettaglio che in generale passa inosservato negli articoli che riguardano questo tema. Risulta interessante che alla fine la Lettera Apostolica dice: «Nonostante qualsiasi disposizione contraria anche quelle degne di menzione»¹³². Vuol forse dire questo che la materia qui disciplinata abroga quella del CIC che risulta contraria? Trattandosi di norme della stessa categoria e dello stesso legislatore, sembrerebbe ovvio che la legge posteriore abroghi la legge precedente, e in questo caso, oltre ad abrogare, crei diritto per tutto ciò che riguarda un delitto che non esisteva prima, come abbiamo visto precedentemente. Il problema è che all'interno della normativa precedente si trova il can. 1313. Anche questo viene abrogato? Si deve considerare che il Sommo Pontefice ha voluto abrogare il canone in questione o semplicemente dire che in "questi casi" non se ne deve tenere conto?

Non sembra che il legislatore abbia voluto "abrogare" la norma, perché altrimenti avrebbe dovuto dirlo espressamente, o quanto meno disciplinare la

¹³² «Contrariis quibuscumque, etiam speciali mentione dignis, non obstantibus». GIOVANNI PAOLO II, «Lettera Apostolica *Sacramentorum sanctitatis tutela*» (cf. nt. 126).

materia nella sua totalità (can. 20). Piuttosto sembra che in “questi casi” sembrerebbe non applicarsi il can. 1313. Ovviamente si intendono i casi di peccato contro il sesto comandamento con minori di sedici anni, compiuti prima del 2001, dato che gli altri casi non potrebbero essere perseguiti penalmente dai canoni citati.

Una domanda che supera la nostra riflessione è se si tratta di una norma di diritto naturale che non può essere né abrogata né sospesa, né tanto meno dispensata¹³³. Crediamo che la retroattività penale per un nuovo reato sia contraria a tutta la logica giuridica e ripugni talmente il senso di giustizia che sarebbe infondato dire che appartiene al diritto naturale¹³⁴. La sospensione del can. 1313 §1 invece, a prima vista non sembra appartenere al diritto naturale, bensì all’espressione della misericordia della legge, che, come tale, in alcuni casi può essere non considerata senza conseguenze.

5. Conclusioni

La nostra riflessione sul can. 1313 giunge al termine. In queste pagine abbiamo preso in considerazione molti elementi differenti e apparentemente non sempre in relazione tra loro. Per questo desideriamo presentare una breve sintesi di quanto abbiamo fin qui trattato.

¹³³ Si veda su questo tema D.G. ASTIGUETA, «La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali», *Periodica* 93 (2004) 623-691.

¹³⁴ Si veda quanto si è detto a pagina 209.

In primo luogo, la semplicità del can. 1313 è solo apparente. Nel momento in cui dovrà applicare la legge più favorevole al reo il superiore dovrà tenere conto di tutti gli elementi implicati nella legge. Di certo dovrà tenere conto delle garanzie stabilite dal codice, come la non retroattività della legge e soprattutto l'interpretazione stretta della legge penale, per evitare di applicare la stessa norma a situazioni precedenti alla stessa legge o a quelle che non siano direttamente contemplate. Dovrà d'altro canto considerare, già nel caso di cambiamento di legge, se i requisiti richiesti come elementi oggettivi nell'una e nell'altra legge implicano la possibilità che il reo sia incorso o meno nel delitto¹³⁵. Dobbiamo considerare gli elementi soggettivi, non meno importanti degli elementi oggettivi, che possono influire nella considerazione delle cause attenuanti e aggravanti della imputabilità dell'autore del delitto. Dobbiamo considerare infine se la pena che ogni legge prevede è più favorevole in tutta la sua complessità, tenendo conto non solo della quantità ma anche del tipo di pena e, insieme ad essa, la riserva o meno della legge e la prescrizione del delitto.

In secondo luogo l'applicazione più favorevole al reo non *deve sempre essere identificata con la benevolenza*. Se prendiamo in considerazione *l'elemento oggettivo*, come abbiamo mostrato, ci troviamo nella situazione di creazione o cancellazione di una figura delittiva, quindi non si applica la legge o cade la pena prescritta (per tanto non si parla di benevo-

¹³⁵ Ovviamente nei casi in cui non è più considerato delitto non ci troviamo nella situazione del primo paragrafo del can. 1313, ma del secondo.

lenza). Nel caso di cambiamento degli *elementi soggettivi* si applica d'una parte la legge più benevola per le cause attenuanti o aggravanti della punibilità, e dall'altra il secondo paragrafo del can. 1313 per i casi di creazione di cause esimenti della punibilità o dell'imputabilità.

Resta da risolvere il caso dell'*elemento legale* o, come lo abbiamo preso in considerazione, dell'inflizione della pena. In questo caso, tenendo conto della natura e della finalità della pena, così come delle diverse combinazioni distinte tra le pene, rimane il dubbio se realmente si può identificare benevolenza con favore.

Dallo studio etimologico presentato e dalle parole di S.S. Paolo VI rimane chiaramente aperta la possibilità, appellandosi giustamente a un elemento superiore richiesto dall'equità canonica, di applicare una legge che non sia più benevola, ma che sia più favorevole alla salvezza della persona. Certamente tutto l'ordinamento canonico è indirizzato alla salvaguardia e alla protezione della vocazione della persona e del corpo sociale alla santità offerta da Dio ed è in funzione di questa missione che il giudice o il superiore dovranno esercitare sempre la misericordia che il caso esige perché la persona possa ricevere ciò che più favorisce il raggiungimento dello scopo per il quale è stata creata.

DAMIÁN G. ASTIGUETA, S.J.